

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.), Lavinia Botto, Cesare Bruzzone (C.BRU.), Anna Maria Calcagno (AN.CCG.), Francesca Calvari (F.CA.), Antonio Cimino (A.C.), Simonetta Cocconi (SI.CO.), Francesca Cuomo Ulloa, Rosario D'Arrigo (R.D'AR.), Francesco Dimundo (FDM.), Antonio Fontana (A.FONT.), Leopoldo Ghigliotti (L.GH.), Francesco Ghisglieri (F.GHL.), Carlo Iavicoli, Alberto Princiotta, Gian Maria Tavella (G.M.T.), Marco Tiby (M.TY.), Stefano Torchio (ST.TOR.), Ivano Vigiotti, 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:

Erika Adamo, Federica Adorni (F.AD.), Chiara Alinovi (A.C.), Marco Baghino (M.BAG.), Francesca Bagnasco (F.BGN.), Stefano Baldissin (S.BL.), Francesca Bartolini (F.BART.), Giulia Bastianelli Naticchi (G.B.N.), Alexander Beecroft (A.BEE.), Massimo Benoit Torsegno (M.B.T.), Elisa Benvenuto (EL.BNV.), Silvio Bertieri (SB), Enrico Bet, Alessandro Bigoni (A.BI.), Marzio Bini (MA.BN.), Antonio Bisignani, Paola Blengino, Tiziana Blengino (T.BLE.), Nicola Boggiano (NIC.BO.), Costanza Bracciforti (C.BC.), Elisa Brigandi (EL.BR.), Iliaria Busca (I.B.), Francesca Butera (F.B.), Carlo Alberto Calcagno, Alessandra Caldini, Sonia Canata (SO.C.), Chiara Canepa (CH.CNP.), Matteo Caniglia Cogliolo (M.C.C.), Simone Carrea, Emanuela Casaleggio (E.C.), Alessandro Castino, Massimiliano Cattapani (M.C.), Ivano Cavanna, Stefano Cavanna (S.C.), Valentina Cavanna (V.CAV.), Mirko Cavazzana (MK.C.), Chiara Cellerino (C.CELL.), Emiliano Cerisoli (E.CER.), Lara Cipriani (LA.CIP.), Sandra Compiano (SA.COM.), Antonio Maria Corzino (A.M.C.), Marcella Costa (M.COS.), Maria Chiara Costabile (M.C.S.), Michela Cucich (M.CH.), Elena Culetto (EL.C.), Pierpaolo Curri (P.P.CU.), Francesca Dagnino (F.DA.), Marina Damonte (MA.DMT.), Michele Dassio, Daniela Degiovanni (DA.DE.), Gaia De Giovanni (G.D.G.), Annamaria De Luca (A.DL.), Alessandro Demarchi (A.DM.), Raffaella Demaria (R.D.), Stefano Dominelli (S.D.), Gianvittorio Domini (GV.D.), Paolo Donadoni, Marcella Donati, Stefano Faccio, Attilio Fagiani, Chiara Fatta (C.F.), Carlo Fava, Daniele Ferrari (D.F.), Michela Ferraris (MI.F.), Andrea Ferreccio (A.FRC.), Damiano Fiorato, Francesca Florino, Alessandro Fontana (A.F.), Cesare Fossati, Stella Frasca (ST.FR.), Serafina Funaro (SE.F.), Francesco Gaeta (F.G.), Barbara Gambaro (BA.GMB.), Matteo Gamenara (M.GA.), Stefano Garbarino (S.GARB.), Laura Garibbo (L.GRB.), Paola Gatti (PA.GAT.), Andrea Gegoli (A.GE.), Chiara Gianelli (C.GIA.), Cristina Girardi, Vittorio Grasso (V.GR.), Christian Graziano (C.GRA.), Domenico Griffo (D.G.),

Marco Grimani (MA.GRI.), Luca Guerrini (LU.GRR.), Silvia Guglielminetti, Giuseppe Inglese (G.ING.), Vladimir Kusmic (V.K.), Viviana Isola, Paola M. Ivaldi (P.M.I.), Andrea La Mattina (A.LA.M.), Walter Laganà (W.L.), Tiziana Landi (TZ.LND.), Elena Lanzi, M. Francesca Lanznaster, Anita Liporace (A.LI.), Franco Longo (F.LO.), Francesca Maberino (F.MA.), Francesca Maisano (FR.MA.), Fiammetta Malagoli (F.MLG.), Natalina Mancini (NI.MA.), 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.), Giulia Milanti (G.M.), Patrizia Monferrino (P.MO.), Federico Montaldo, Sonia Nadali (S.NA.), Alessandro Nicolini (A.Nic.), Raffaele Nicolini (RAF.NIC.), Diego Nocera (DI.NO.), Diego Nucifora (D.NCF.), Anna Maria Occasione (A.M.OC.), Silvia Olcese (SI.OL.), Annalisa Olivieri (A.O.), Nicola Orecchia (N.OR.), Francesca Orfanelli (F.O.), Giorgia Orsi, Francesca Paderno (F.P.), Carlo Pasero (C.PA.), Clizia Pastorino (CLIP.), Sara Pasquini (S.PSQ.), Pier Luigi Luciano Pesce, Nicolò Pescetto (N.P.), Federico Piva (F.PI.), Elena Pizzorusso (E.PZ.), Patrizia Piano, Stefania Piano, Giuseppe Piccardo (GIU.P.), Stefania Polidorou (STE.POL.), Giovanni Porcile, Claudio Rambaldi (CL.RM.), Andrea Rava (A.RAV.), Federico Repetti (FR.PRT.), Francesca Ricca (FR.RIC.), Francesca Ricco, Mario Riccomagno, Enrico Righetti, Filippo Leone Roberti Maggiore (F.L.R.M.), Raffaella Romoli (R.RO.), Guida Rovegno (GUR.), Anna Ruberto, Alessandro Saccomani (A.SAC.), Aldo Salvadé (AL.S.), Giulia Santoni (G.S.), Beatrice Scaffidi (B.S.), Francesca Scamuzzi (FR.SCA.), Giorgia Scuras, Michele Sivardo (M.SIV.), Laura Sommazzi, Alberto Spinelli (ALB. SPIN.), Paolo Tarnassi, Maurizio Temesio, Federica Testini, Stefano Torchio (S.TOR.), 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.), Andrea Viaggi (A.V.), Valeria Vignolo (V.VGN.), Giacomo Viotti, Andrea Vistosi (A.VST.), Enrico Zanelli (E.Z.), Fabio Zanoli (FA.ZA.), Filippo Andrea Zorzi (FA.Z.)

Sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale:

Enrico Albanesi (E.AL.), Francesca Bailo (F.B.), Lorenzo Barabino (L.B.), Carlo Bilanci (C.B.), Francesco Boetto (F.BO.), Marcello Bolognesi (M.BO.), Monica Busoli (MO.BS.), Omar Caramaschi (O.C.), Marco Castagnola (M.C.), Luca Costanzo (L.C.), Federica Danini (F.D.), Federico Dottori, Simone Frega (S.F.), Alessia Fusco (A.FUS.), Francesco Gallarati (FR.G.), Sarah Garabello (SAR.G.), Chiara Graziani (C.G.), Giovanna Grilli (G.G.), Luca Leonardi (L.L.), Andrea Macchiavello (A.M.), Aurelio Domenico Masuelli, Andrea Mozzati, Maria Paola Pessagno, Simone Pitto (S.P.), Federico Ponte (F.P.), Luca Saguato, Alessandro Salustri, Alessia Tranfo (A.T.), Jenny Verduci (J.V.)

Sezione di diritto tributario:

Sara Armella (S.A.), Federico Bertocchi (F.B.), Stefano Betti, Andrea Bodrito, Massimiliano Ferrando (M.F.), 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.), Iliaria Busca, Martina Caputo (M.CAP.), Annalisa Carella (AN.CAR.), 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, Naomi Moriano, Ruggero Navarra, Emanuele Olcese, Federico Oneto, Fiorenza Oriana, Paola Pepe (P.PE.), Paolo Pittaluga (PA.PITT.), Gabriele Pontepirino, Renato Ramondo, Luigi Sannino (L.SN.), Cristina Senes (CR.SEN.), Alessandro Torri (A.T.), Iliaria Torri, Chantal Torigino (CH.T.), Valentina Ventura Boeri

Sezione di deontologia:

Roberta Caprioli, Fabio Cavaletti

Direttore responsabile: Fabrizio De Ferrari

Sede della Redazione: De Ferrari Comunicazione S.r.l.,

via Ippolito d'Aste 3 · 16121 Genova

Tel 010 0986820/21/22 · 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

© De Ferrari Comunicazione S.r.l.

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

Indice

Sezione di diritto civile

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Genova, sez. I civ., 21 febbraio 2020, Associazioni **3**

Tribunale di Genova, sez. imprese, 19 dicembre 2019, Concorrenza **5**

Giudice di Pace di Savona, 7 gennaio 2020, Contratto **10**

Tribunale di Genova, sez. VII civ., 3 novembre 2019, Fallimento **12**

Corte di Cassazione, sez. I civ., 11 novembre 2019, Impugnazioni civili **15**

Corte di Cassazione, sez. III civ., 14 febbraio 2017, Locazione **17**

Tribunale di Savona, 25 febbraio 2019, Successione **19**

Tribunale di Savona, 1 agosto 2019, **24**

Massimario **27**

Documenti

A proposito delle fonti del diritto bancario. (con riguardo alle intersezioni con il diritto civile)

Guido Alpa **31**

L'assegno divorzile.

Rossella Atzeni **37**

1918: "un attestato di memore animo e di riconoscente affetto". Benedetto XV dona all'Università di Genova una copia del Codice di Diritto Canonico.

Giovanni B. Varnier **43**

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Massimario **47**

Documenti

La proposta di istituzione del Garante regionale per la tutela delle vittime di reato: quid iuris?

Lara Trucco **50**

L'incostituzionalità delle leggi regionali della Liguria: una rassegna delle pronunce della Corte costituzionale e dei ricorsi dello Stato durante il corso del biennio 2018-2019.

Simone Frega **52**

Sezione di diritto tributario

Massimario **55**

Sezione di diritto penale

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Genova, 11 aprile 2019 **64**

Tribunale di Genova, 20 giugno 2019 **65**

Violazione degli obblighi di assistenza familiare: il rigoroso onere della prova che incombe sull'obbligato circa la sua incapacità economica che, per mandarlo esente da responsabilità penale, deve sostanziarsi nella dimostrazione di un'incolpevole impossibilità di adempiere.

Maria Cersosimo **66**

Massimario **74**

Sezione di deontologia

Documenti del Consiglio distrettuale di disciplina di Genova

Fiducia, riserbo e divieto di produrre la corrispondenza scambiata tra colleghi.

Fabio De Santis **77**

Compiti e prerogative del "COA" e del "CDD" nel procedimento disciplinare.

Fabio De Santis **78**

Sezione di diritto civile

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Genova, sez. I civ., 21 febbraio 2020, n. 456 - Giudice Unico Gibelli - X (Avv. Gatto) c. Associazione Piccoli Proprietari Case (Avv. Schiano di Pepe).

ASSOCIAZIONI - associazioni pluralistiche - struttura organizzativa - coordinamento tra struttura locale e struttura centrale - elementi di riferimento - statuti - necessità.

Nel caso di "associazioni pluralistiche" cioè dotate di una dimensione maggiore (p.e. nazionale) ed una dimensione minore (p.e. locale) la struttura organizzativa può essere variamente modellata e cioè avere un carattere unitario formato da sezioni, oppure assumere una struttura piramidale costituendo una federazione (associazione di associazioni), oppure ancora presentarsi come una struttura ad associazioni parallele o asimmetriche. Nel caso di specie si ha una associazione di dimensioni superiori e altre di dimensioni minori (p.e. locali) il cui coordinamento è garantito dagli statuti.

(... Omissis...)

Motivi della decisione.

Gli attori sono stati componenti del consiglio direttivo della Associazione Piccoli Proprietari Case -sede genovese- e, con l'atto introduttivo del presente giudizio, hanno contestato e chiesto l'annullamento delle delibere adottate dall'assemblea della associazione medesima del 24.3.17. Nella sede suddetta era stata, tra l'altro, rifiutata agli attori l'iscrizione quali soci per le annualità ai venire, era stato approvato un bilancio dagli stessi non condiviso ed eletto un direttivo di cui non facevano più parte.

Di fatto quindi l'impugnativa concerne le determinazioni finali causativa del distacco dei due attori dall'Associazione, essendo pacifico che in seno alla stessa vi era all'epoca un aspro contrasto circa la politica associativa rimasto relativamente in ombra in questo giudizio.

Il deliberato assembleare è impugnato, per lo più, per violazione dello statuto. È quindi necessario anticipare quale statuto fosse applicabile al caso. Sul punto vi è massima divergenza tra le parti sostenendo gli attori l'applicazione dello "statuto nazionale" del 2013, e parte convenuta l'applicazione dell'ultimo statuto delle sede genovese "come sede nazionale", ovvero lo statuto approvato nel 1979.

L'associazione convenuta si è costituita in giudizio, e, oltre a contestare nel merito le questioni relative alla conformità a statuto, con ampia argomentazione in ordine allo statuto applicabile, ed alla generale validità della serie di delibere di cui alla assemblea del 24.3.17, ha altresì eccepito che gli interessati non siano legittimati all'impugnazione, siccome "non soci".

Si sovrapponeva così al punto di cui sopra la questione della legittimazione attiva degli attori all'impugnazione del deliberato assembleare, in ragione del fatto che essi non fossero e non siano in grado di dimostrare la qualità di socio al momento dell'assemblea.

Le due questioni generali di cui sopra, che costituiscono la premessa della controversia, si risolvono entrambe sostanzialmente nel senso prospettato dalla associazione convenuta, risultandone l'impossibilità totale di accoglimento di qualsiasi conclusione attorea, e ciò nonostante tale esito dipenda da fattispecie di base certamente, e forse deliberatamente, confuse, dal che il finale disposto in punto spese.

Innanzitutto quasi l'intero impianto impugnatorio della impostazione attorea fondato sulla applicabilità alla assemblea in oggetto dello statuto nazionale della APPC adottato nel 2013. L'assunto è conforme alla linea di evoluzione scelta dalla associazione a partire dal detto anno, ma non tiene conto della sua effettiva antecedente struttura e dell'evoluzione nel tempo della stessa.

Sia prima del 2013 (ad esempio al momento della adozione dello statuto del 2009), sia a tutt'oggi, l'associazione in esame, si presenta come una c.d. "associazione pluralistica", ovvero dotata di una dimensione maggiore (nel caso nazionale) e di una dimensione minore (nel caso locale).

La dottrina ha da tempo inquadrato il fenomeno suddetto individuando sostanzialmente tre modelli di possibile articolazione delle associazioni nel senso detto. Il fenomeno è di notevolissima portata concernendo partiti, movimenti, sindacati, ordini religiosi, associazioni sportive e molte altre rilevanti formazioni sociali di cui all'art. 2 cost.

I tre primari modelli di articolazione territoriale (o per categoria) sono:

1) il mero frazionamento degli organi (l'associazione resta nell'ipotesi unitaria, ma vi sono "sezioni" che esprimono a livello locale -o di categoria- una "quota" dell'organo assembleare e/o un organo "sub-direttivo"). In tal caso, normalmente, i direttivi e l'assemblea al livello superiore vengono formati con un procedimento di elezione indiretta, ovvero di secondo grado ad opera degli organi locali che designano dei delegati;

2) la struttura piramidale, ovvero l'associazione di associazioni, normalmente detta "federazione". In tale ipotesi le sezioni locali (o di categoria) sono vere e priorie associazioni con proprio statuto, fondo comune ed organi. Esse, come tali, sono rappresentate in una associazione superiore che le coordina ed è delegata ad esprimerne valori ed azione unitaria. (si tratta del modello più frequente per i sindacati, molto diffuso, specie in passato, anche per i partiti, ancora dominante in campo sportivo).

3) la struttura ad associazioni parallele ed asimmetriche. In tal caso esiste una associazione di dimensione superiore e ne esistono di minori su base locale. Il coordinamento degli statuti consente tuttavia che gli associati ad una (di solito alle locali) lo siano anche alle altre e che la sede nazionale abbia poteri su quelle locali e possa riconoscere o meno il coordinamento parallelo. In tal caso, la riproduzione degli organi a livello locale è di solito perfetta e sussiste una marcata autonomia patrimoniale.

La struttura della presente controversia non impone una analisi ex professo, che pur sarebbe pro futuro utile, della struttura della APPC, ma, per quanto qui di rilievo, pare certo che il modello di riferimento sia il terzo. Tanto vale sia allo stato attuale, in cui esiste una "sede" (espressione volutamente ambigua, ma chiaramente interpretabile come "associazione" nazionale) e "sedi" vale a dire "associazioni" locali. La cosa è resa palese dallo statuto del 2013 che prevede (all'art 3) una espressa autonomia patrimoniale per le sedi locali, cosa incompatibile con il primo modello, che al massimo può prevedere una autonomia contabile o amministrativa, e, per converso, del tutto scontata per il secondo modello, al punto da non aver significato la sua menzione. Si noti che, in ogni caso, in ordine al secondo modello difetta del tutto la strutturazione federativa, ovvero di secondo

grado, della sede nazionale (cui soci dovrebbero essere associazioni e non persone fisiche).

Fatto il facile inquadramento di cui sopra, si deve rilevare come sia sostanzialmente pacifico tra le parti che:

fino al 2013 l'associazione "superiore", riassuntiva delle altre per la sua maggior dimensione, e per motivi storici, era quella genovese e che le "altre sedi" (associazione parallele minori) erano filiazioni autonome della stessa. Per tutte valeva lo statuto del 1979, applicabile sia al funzionamento dell'associazione complessiva che di quelle parziali (con modeste varianti).

Nel 2013 la sede genovese, come sede nazionale, ovvero come associazione complessiva, si dotò di un nuovo statuto, comprensivo di disciplina delle sedi minori ed al contempo, si costituì anche sede locale, dando vita ad una "sede locale genovese", costituente una mera associazione parziale, anche se di dimensioni superiori alle altre.

Dal modello generale applicato discende tuttavia una conseguenza che l'attore non calcola. L'unitarietà delle associazioni parallele è fondata solo sul parallelismo degli statuti, ma non su un rapporto gerarchico intersoggettivo, rapporto che il diritto civile non ammette mai e che esiste solo nel diritto pubblico posto che esso "dispone della personalità" (Solo gli enti pubblici hanno una soggettività dipendente da quella dello Stato che è distinto da essi, ma nel quale trovano fondamento e dal quale ricevono disciplina).

Le associazioni locali nel 2013 erano già costituite e composte da soggetti diversi (una frazione) della sede nazionale. L'adozione di uno statuto "a loro indirizzato" da parte della sede nazionale quindi non le vincolava immediatamente. Per realizzare l'armonizzazione esse avrebbero dovuto, devono tuttora o dovranno, adottare direttamente, nella loro assemblea, la parte dello statuto del 2013 che le riguarda. Al massimo, ove non lo facciano, la sede nazionale potrebbe "disconoscerle", porre in discussione il parallelismo di associazioni, compresa la simultanea validità dell'iscrizione. Orbene convenuta in questa causa è la "sede genovese locale", lo statuto di riferimento è quindi quello della sede genovese locale e tale statuto resta quello del 1979, fino a che l'assemblea della sede genovese, senza la partecipazione di componenti non genovesi, non si conformi allo statuto del 2013.

È chi invoca l'applicabilità di tale statuto, non pacifica per il presente, a dover dimostrare che esso sia stato adottato, non chi invoca lo statuto del '79, pacificamente applicabile per il passato, a dover dimostrare che esso vige ancora, dovendosi piuttosto dimostrarsi il momento dell'abbandono.

Facendo riferimento allo statuto del '79 la gran parte dei motivi di impugnazione cade.

Per tale motivo si è dato ingresso esclusivo alla prova orale in ordine alla irregolarità delle deleghe, ovvero per il fatto che una grave violazione in merito alla corretta rappresentanza avrebbe avuto rilievo sia per un quadro statutario che per l'altro.

In ogni caso anche i motivi di impugnazione non strettamente correlati alla questione dello statuto applicabile non appaiono fondati.

Più nel particolare:

a) per quanto concerne il supposto vizio correlato alla doppia convocazione, risulta evidente che la tesi relativa alla sua sussistenza regge solo alla luce dello statuto del 2013, posto che il precedente statuto prevedeva la suddetta forma di convocazione;

b) per quanto concerne l'assunzione della presidenza dell'assemblea da parte del Presidente del consiglio direttivo, l'irregolarità è denunciata in termini assoluti, nel senso che si afferma che essa fosse contraria allo statuto del 13, si ammette che essa fosse conforme allo statuto del '79, ma si rileva che,

consentendola, lo statuto del '79 sarebbe risultato in contrasto con la legge, ed in particolare sarebbe "disposizione contrattuale atipica" non meritevole di tutela siccome lesiva del principio di democraticità. La conclusione appare eccessiva, considerata la natura elettiva su base paritaria (e senza privilegi di categoria) della carica in cui si concentrerebbe troppo potere. In ogni caso, anche si ritenesse l'illegittimità della disposizione statutaria, non essendovi figura presidenziale contrapposta, la stessa continuerebbe a valere per la presidenza provvisoria della Assemblea (che è organo "di funzionamento necessario"), valendo l'eventuale difetto normativo statutario solo a facultizzare l'Assemblea stessa a nominare un diverso Presidente, cosa che non risulta essere intervenuta nel caso in cui nessuno si è contrapposto, all'unico presidente in qualche modo designato. Ancora sul punto, l'azione attorea in nulla indica il rapporto, se non per mere espressioni suggestive, tra la eventuale "presidenza impropria" e l'espressione invalida della volontà assembleare, posto che appare evidente come l'Assemblea abbia, in ogni caso, accettato la Presidenza supposta irregolare, e ciò senza riserva della maggioranza, con ciò ratificando l'eventuale vizio.

c) per quanto concerne l'approvazione diretta del rendiconto in assemblea, senza che lo stesso fosse stato fatto oggetto di approvazione da parte del Consiglio Direttivo, si tratta ancora, in gran parte, di questione collegata alla presunta applicabilità dell'art. 19 dello statuto del 2013, applicabilità che si è negata in principio. Al contrario l'approvazione diretta in Assemblea era possibile ai sensi dell'art. 23 lettera C dello statuto del '79. Eventuali questioni relative al carattere inventivo del rendiconto, andavano poste nei più articolati termini di mia azione di annullamento per errore o per dolo, con rigorosa dimostrazione dell'errore medesimo, o dell'artificio, cosa assolutamente mancante in atti. Per il resto ove si debba ammettere, come sembra, che l'assemblea abbia accettato un rendiconto sommario, ma con valori finali reali ed approvati, non si vede possibilità per il dissenziente di contrastare tale volontà col ricorso alla AG.

d) per quanto concerne l'eccesso di impiego diretto di risorse da parte del comitato esecutivo, correttamente parte convenuta rileva che il tema atterrebbe, eventualmente, ad una responsabilità di tale organo non apparendo tuttavia possibile negare l'esistenza di un potere dell'assemblea di acquiescenza sul punto.

e) da ultimo la questione dell'inquinamento della volontà assembleare per la presenza di delegati senza effettivo potere di voto plurimo, per nullità delle deleghe, è stata oggetto di un tentativo reiterato di esplorazione istruttoria senza alcun esito confermativo.

Le domande attoree presentano quindi una oggettiva infondatezza.

Nondimeno le stesse parrebbero provenire da soggetti non legittimati.

Anche in atti finali gli attori ricavano il maggior argomento in favore della loro posizione di soci della "sede genovese" dalla ovvia inerenza di tale carica con quella, che certamente possedevano, di componenti del consiglio direttivo. Non risulta tuttavia dimostrato il versamento delle quote di iscrizione, non rivenendosi documentazione decisiva in proposito. Si può ammettere che la posizione di componente del consiglio direttivo di una associazione faccia quantomeno presumere la posizione socio, pur non ravvisandosi un certo fondamento ad un supposto divieto di cooptazione di componenti non soci. Nondimeno appare pacifico che il diritto di partecipare alla assemblea appartenesse ai soci in regola con le quote e, come detto, non si ravvisa la prova di tale regolarità posto che l'iscrizione per il 2017 risulta rifiutata. Il diritto ad impugnare l'esito della assemblea appare tuttavia

strettamente connesso al diritto a parteciparvi. In caso di contestazione dell'esito dell'assemblea l'impugnazione può provenire solo da chi è in grado di provare che avrebbe potuto partecipare posto che solo tale soggetto ha effettivo e tutelato interesse ad agire.

Il difetto di legittimazione emerge in definitiva per motivo leggermente diverso da quello trattato in contraddittorio e, pertanto, si è ritenuto comunque necessario fondare la decisione sul merito, posto che la decisione su base preliminare, implicando la remissione sul ruolo per la trattazione espressa della questione, è parsa soluzione meno liquida.

In definitiva ogni domanda attorea va respinta.

Non si può negare che la disciplina "auto organizzativa" della Associazione convenuta risulti ambigua e fonte di incertezza in fatto del tutto equiparabile, ai fini di riparto spese, all'incertezza in diritto derivante dal conflitto di giurisprudenza. (... *Omissis*...)

P.Q.M.

il Tribunale, visto l'art. 281 quinquies comma 1 del c.p.c., rigetta ogni domanda attorea (... *Omissis*...)

Tribunale di Genova, sez. imprese, 19 dicembre 2019 - Pres. Tuttobene - Rel. Calcagno.

CONCORRENZA - illeciti anticoncorrenziali - mercato rilevante - esistenza ed individuazione - requisito necessario.

(Artt. 2 e 3 legge n. 287 del 1990)

CONCORRENZA - abuso di posizione dominante - applicazione di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti - ratio del divieto - tutela della concorrenza e non del singolo contraente - esclusione nel caso di specie.

(Art. 102 TFUE; artt. 2 e 3 legge n. 287 del 1990)

La valutazione di una condotta anticoncorrenziale ai sensi degli artt. 2 e 3 della legge n. 287/1990 (nonché artt. 101 e 102 TFUE) richiede necessariamente, ed in via preliminare, l'accertamento dell'esistenza e dell'estensione di un mercato di riferimento, c.d. "mercato rilevante", all'interno del quale collocare l'operazione commerciale denunciata. Tale accertamento va effettuato considerando sia l'ambito geografico in cui la presunta condotta illecita è realizzata e produce effetti (mercato geografico) sia l'ambito del prodotto o del servizio che tale condotta investe (mercato del prodotto); così che costituisce "mercato rilevante" il più piccolo contesto (per area geografica e per insieme di prodotti) nel cui ambito è possibile realizzare - tenuto conto della sostituibilità dei beni presi in considerazione - un significativo potere di mercato, inteso come la capacità di un'impresa di alzare profittevolmente il proprio prezzo al di sopra di quello concorrenziale (nel caso di specie il Tribunale di Genova ha ritenuto "rilevante" il mercato inerente la movimentazione di containers in entrata e in uscita dal Porto di La Spezia, alla luce dell'impostazione della giurisprudenza comunitaria che da tempo configura "parte sostanziale del mercato comune" taluni Porti - tra i quali quelli di Genova e Livorno - , in ragione dell'ingente afflusso di merci, della domanda e della loro situazione geografica).

Ai sensi dell'art. 3 della legge n. 287/1990 (nonché dell'art. 102 TFUE) l'applicazione da parte di un'impresa dominante, nei rapporti commerciali con diversi contraenti, di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti costituisce abuso della posizione dominante solo qualora ciò determini ingiustificati vantaggi nella concorrenza

tra le suddette controparti commerciali: la ratio del divieto non è, pertanto, la semplice protezione delle singole imprese coinvolte, bensì la tutela della regolarità del processo concorrenziale nel suo insieme. Ne consegue che, anche in presenza di una condotta "abusiva" di applicazione di tariffe differenziate non giustificata da elementi obbiettivi, è pur sempre necessario verificare se tale condotta abbia in concreto ostacolato il regolare svolgimento della concorrenza, incidendo su costi, utili o altri interessi di una o più imprese contraenti (nella specie, il Tribunale di Genova ha ritenuto legittima la condotta "abusiva" di applicazione di tariffe differenziate da parte di un'impresa in posizione di monopolio a causa della mancanza di un conseguente svantaggio concorrenziale per la società asseritamente danneggiata, in ragione del fatto che quest'ultima, seppur "gravata" da prezzi superiori a quelli praticati in favore di altre concorrenti, avesse in realtà incrementato, nel periodo di riferimento, le proprie quote di mercato, senza subire significativi squilibri nei propri utili e ricavi).

MI.F.

(... *Omissis*...)

Motivi in fatto e in diritto della decisione.

Il processo. Le domande formulate.

Con atto di citazione datato 13 marzo 2015 la MASPED Sas, da ora Masped, ha convenuto in giudizio Sistema Porto Srl, la Associazione Spedizionieri del Porto di La Spezia, l'associazione Spezzina Doganalisti del Porto di La Spezia, da ora le Associazioni doganalisti e spedizionieri e La Spezia Port Service Srl, da ora La Spezia Port Service, allegando i seguenti fatti: nel 2012 ha deciso di entrare direttamente sul mercato delle spedizioni nel Porto di La Spezia, dopo avervi preso parte tramite una società locale, la Seamaster Srl e, dopo diversi tentativi e contatti con i soggetti convenuti al fine di comprendere la misura effettiva della tariffa per i servizi portuali richiesta dalla concessionaria, Sistema Porto, è venuta a conoscenza del fatto che, mentre ai soci delle Associazioni doganalisti e spedizionieri la concessionaria chiedeva la sola tariffa prevista dalla concessione portuale, pari ad euro 3,86, ai non soci o ai soci "nuovi" cioè iscritti per periodi inferiori al triennio, tale importo veniva maggiorato di ulteriori euro 6,00, prima indicati come 8,00, qualificati quali costi per servizi aggiuntivi, ma in realtà imputati in assenza di alcun effettivo servizio aggiuntivo; ha poi verificato come non soltanto veniva pagata la somma di soli euro 3,98 per poter inviare un container dal porto di La Spezia, ma ai soci ultra-triennale veniva ulteriormente stornato un euro ad operazione, con un ulteriore comportamento "di favore". Ha contestato inoltre il pagamento della somma di euro 2,9 chiesta per il cd. ECS "export control system" da La Spezia Port Service. La difesa, ancora in fatto, ha precisato di aver corrisposto una prima somma nel 2013, con espressa dichiarazione di voler procedere al recupero delle somme ulteriori rispetto ai 3,86 dovuti, e di aver contestato le ulteriori somme richieste con successive fatture riferite agli anni 2014-2015, sino al gennaio 2016 quando, a seguito dell'interruzione dei servizi informatici fino a quel momento forniti, ha deciso di appoggiarsi ad uno spedizioniere locale, al fine di non perdere la propria operatività.

In diritto, ha chiesto: l'accertamento e la declaratoria di nullità dell'intesa restrittiva della concorrenza inerente l'accesso ai servizi portuali del Porto di La Spezia da parte di Sistema Porto, in violazione dell'articolo 81 Trattato istitutivo della Comunità Europea e dell'articolo 2 l. 10.10.1990, n. 287, intesa intervenuta tra la concessionaria dei servizi generali e le associazioni spedizionieri e doganalisti; la declaratoria di abusività dell'imposizione della tariffa aggiuntiva

da parte di Sistema Porto ai sensi dell'articolo 82 Trattato CE e 3 l. 287/1990; la violazione dell'articolo 2598 n. 3 cc; l'accertamento dell'obbligo di versamento della sola somma stabilita dall'Autorità Portuale per i servizi di cui all'articolo 1 Dm 14.11.1994; la sussistenza di una posizione dominante, un monopolio di fatto e/o di esclusiva di La Spezia Port Service con riguardo al servizio "emendamento sicurezza"; la pronuncia di inibitoria e ordine di cessazione dell'abuso e l'accertamento della non debenza delle somme richieste da La Spezia Port Service e da Sistema Porto ed il risarcimento del danno individuato in diverse voci quanto al danno emergente e nella limitazione dell'incremento dell'attività nel Porto per gli anni 2013-2015 anche come danno da perdita di utili per perdita di chance contrattuali.

Si è costituita Sistema Porto precisando di essersi aggiudicata, il 3.5.2007, la gara di appalto n. 64 indetta dall'Autorità Portuale per i servizi generali nel Porto di La Spezia; quanto alla questione centrale della tariffa applicata, la convenuta ha allegato: che con ordinanza 29/2009 l'Autorità Portuale ha fissato in euro 3,86 il diritto fisso per l'erogazione dei servizi generali necessari all'entrata e uscita dei container; che ha svolto in favore dell'attrice una serie di servizi ulteriori e diversi erogati a titolo oneroso, sui quali Mased è stata messa a conoscenza all'inizio del rapporto; che l'attrice non ha inizialmente contestato i servizi aggiuntivi, salvo farlo nel 2013, quando la concessionaria ha reso noto all'impresa la possibilità di auto prodursi i servizi ottenuti tramite la concessionaria; che dopo una trattativa, nel gennaio 2015 ha interrotto l'erogazione dei servizi non rientranti nella tariffa unica ed ha chiesto decreto ingiuntivo per euro 58.742,00 dinanzi al Tribunale di La Spezia; che vi era stata una vicenda di pubblicazione di asseriti fatti di concorrenza sleale pubblicata su una rivista on-line di settore contenente dati sensibili comunicati dall'attrice. In diritto, la convenuta ha eccepito l'inammissibilità della domanda per difetto di giurisdizione, ha contestato l'inadempimento di Mased al pagamento della tariffa ulteriore rispetto al diritto fisso previsto dall'ordinanza 29/2009 relativo unicamente ai servizi in entrata e in uscita dei contenitori e non ad altri, in particolare non riferito ai servizi informatici e telematici, resi dalla concessionaria attraverso una piattaforma, detta Iport, finanziata dall'esponente. In merito alla contestazione afferente l'applicazione di tariffe ingiustificatamente gravose, Sistema Porto ha sottolineato come la somma richiesta era contenuta, come evidente dalla comparazione della misura delle tariffe applicate per servizi simili in altri Porti e come non fosse chiesta ai soci, in particolare alle Associazioni convenute, perché queste avevano partecipato alla spesa per la realizzazione del sistema e dunque la presenza di tariffe differenziate aveva un fondamento oggettivo. Quanto allo storno di 1 euro sulla tariffa fissa del 3,86, applicato agli spedizionieri associati, doveva essere inquadrato nel meccanismo di fidelizzazione dei clienti e comunque l'importo minimo difficilmente poteva incidere sul costo finale del servizio per i clienti. La convenuta ha poi contestato l'esistenza dei presupposti di legge per la configurabilità di una intesa restrittiva della concorrenza, sia con riferimento alle Associazioni convenute sia con riguardo al rapporto con La Spezia Port Service, nonché di un abuso di posizione dominante, sia con riferimento alla natura abusiva dell'applicazione delle tariffe sia con riguardo all'assenza di prova sulla gravosità delle tariffe e sulla distorsione della concorrenza conseguente, sia sulla assenza di mercato rilevante. Ha poi dedotto un danno all'immagine conseguente alla allegata vicenda della comunicazione, da parte di Mased, di dati riservati rappresentati in termini di concorrenza sleale e poi pubblicati nell'ambito di articoli comparsi su internet, domanda per altro abbandonata al termine del giudizio. Sistema Porto ha concluso insistendo nella eccezione pregiudiziale, per la

reiezione delle domande ed ha formulato domanda riconvenzionale, rinunciata all'esito del giudizio.

Si sono costituite le Associazioni eccependo in via pregiudiziale il difetto di giurisdizione, la nullità dell'atto di citazione per indeterminatezza della domanda, l'infondatezza dell'allegato abuso di posizione dominante e comunque l'assenza di mercato rilevante. Hanno insistito nelle eccezioni pregiudiziale e preliminare di nullità della citazione, eccezione ripetuta anche in sede di precisazione delle conclusioni, e per il rigetto delle domande.

Si è costituita La Spezia Port Service, anch'essa eccependo in via pregiudiziale la carenza di giurisdizione, e nel merito contestando la riconducibilità delle somme corrisposte per l'applicativo del c.d. emendamento sicurezza ai servizi generali di cui alla tariffa fissa, l'insussistenza di alcuna intesa restrittiva della concorrenza, e di alcun abuso di posizione dominante riferibile a Sistema Porto.

All'esito della concessione dei termini di cui all'articolo 183 c. 5 cpc, in udienza 9.12.2015 i difensori di Sistema Porto hanno depositato copia del regolamento preventivo di giurisdizione depositato nanti la Corte di Cassazione e con successiva ordinanza 11 gennaio 2016 il Giudice ha dichiarato la sospensione del giudizio ai sensi degli artt. 369 e 367 cpc. Durante il periodo di sospensione, in data 17.10.2016 le parti sono state sentite dal Presidente del Tribunale per i provvedimenti di cui all'articolo 274 cpc in relazione ad un procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo ottenuto da Sistema Porto e relativo al pagamento del corrispettivo dei servizi oggetto di contestazione nella presente causa. Rinviata le parti nanti al Giudice di questo procedimento successivamente alla riassunzione della presente causa, non è stata disposta la riunione ed il processo di opposizione, per altro pendente nanti una sezione ordinaria di questo Tribunale ed avente RG 734/2016, è stato ed è ancora sospeso, in attesa della presente decisione.

In data 2 febbraio 2017 l'attrice ha depositato istanza di riassunzione allegando l'ordinanza della Corte di Cassazione di reiezione del ricorso. Acquisita la decisione dell'Autorità Garante del Mercato e della Concorrenza, assunta all'esito di esposto della Mased depositata in epoca concomitante con l'inizio della presente causa, con ordinanza 11 febbraio 2018 il Giudice ha parzialmente ammesso la prova orale oggetto di istanza ed ha chiesto, ai sensi dell'articolo 213 cpc, informazioni all'Autorità Portuale del Porto di La Spezia, Autorità del Sistema Portuale del Mar Ligure Orientale, in merito ai sistemi informatici in uso e oggetto di provvedimenti concessori. Svolte le prove ed acquisiti altri documenti, le parti hanno precisato le conclusioni e sono state rimesse al Collegio per la decisione.

Sull'eccezione di nullità della citazione.

La difesa delle Associazioni ha ribadito tale eccezione anche in sede di precisazione delle conclusioni. L'eccezione non può essere accolta: le domande attoree si fondano sull'asserita presenza di fattispecie illecite incidenti sulla concorrenza del mercato, avendo Mased allegato l'esistenza sia di una intesa restrittiva della concorrenza, riferita ad un accordo tra Sistema Porto e le Associazioni e ad un accordo tra Sistema Porto e La Spezia Port Service, sia ad un abuso di posizione dominante da parte della concessionaria. L'oggetto della causa investe la fondatezza di tali difese, ben chiare quali fondamento delle domande di danno.

Sulla presenza di illeciti incidenti sulla concorrenza del mercato.

Le domande di risarcimento del danno formulate da parte attrice si fondano su allegate fattispecie di lesione della libera

concorrenza del mercato. L'attrice ha richiamato entrambe le figure tipiche delle distorsioni della concorrenza, avendo fatto riferimento sia all'esistenza di intese restrittive della stessa, sia ad un abuso di posizione dominante da parte della concessionaria Sistema Porto.

Occorre dunque, prima di analizzare i fatti allegati, interrogarsi sulla possibile configurazione degli illeciti, prima di tutto verificando l'esistenza di un mercato rilevante.

Nella presente causa le parti hanno richiamato sia la normativa comunitaria, artt. 81 e 82 Trattato CE - ora 101 e 102 TFUE - sia quella interna, contenuta negli artt. 2 e 3 l. 287/1990. Appare utile riportarne il contenuto, fermando l'attenzione, in questa fase, sulla questione relativa alla presenza di un mercato rilevante, presupposto dell'indagine sull'esistenza di pratiche scorrette e distorsive del mercato. L'articolo 81, già articolo 85 del Trattato, detta: "1. Sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune ed in particolare quelli consistenti nel: a)..... b)..... c)..... d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;..." e il successivo articolo 82, già articolo 86, "1. È incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo. Tali pratiche abusive consistono in particolare: a)... b) ...; c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;..."

Gli articoli 2 e 3 della legge nazionale antitrust, n. 287/1990, contengono i medesimi principi e sono formulati come di seguito. Articolo 2: "1... 2... Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel: a)... b) c)... d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;..." e articolo 3, intitolato "abuso di posizione dominante": "1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, ed inoltre è vietato: a)... b) ... c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;..."

Ai fini della delimitazione del mercato rilevante occorre prendere in considerazione l'estensione geografica in cui l'operazione denunciata si colloca o sortisce effetti (mercato geografico) e l'ambito del prodotto o servizio che la medesima operazione investe (mercato del prodotto): il mercato all'interno del quale può avere efficacia la normativa concorrenziale si determina quindi considerando sia il mercato del prodotto che il mercato geografico, i cui ambiti necessitano di essere distinti e chiariti. La Corte di Cassazione, nella sentenza 13 febbraio 2009, n. 3638, ha precisato i termini dell'analisi ed ha indicato come, nell'accertamento dell'abuso di posizione dominante (al quale si riferiva il caso in esame), il giudice deve ricercare la concorrenza "virtuale", ossia quella che sarebbe rimasta se la posizione dominante non fosse stata esercitata nel modo che si pretende abusivo, definendo il mercato di riferimento, la sua estensione geo-

grafica, l'area di sostituibilità dei prodotti e dei servizi. Sebbene gli articoli 2 e 3 della legge n. 287/90 non richiedano esplicitamente che venga individuato un mercato rilevante nella valutazione concorrenziale di un'intesa o di un presunto abuso di posizione dominante, in quanto in entrambi i casi le norme fanno riferimento alle restrizioni della concorrenza "all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante", riferimento peraltro riguardante, a rigore, l'individuazione dell'ambito di applicabilità della legge, tuttavia l'esigenza di individuare un mercato rilevante si pone con riferimento alla richiesta capacità di un'intesa di alterare "in maniera consistente il gioco della concorrenza" e, nel caso di presunta violazione dell'articolo 3, al fine di accertare l'esistenza di una posizione dominante e le eventuali caratteristiche abusive di un dato comportamento. In altre parole, l'identificazione di un mercato di riferimento è funzionale alla stessa individuazione delle restrizioni della concorrenza vietate ai sensi degli articoli 2 e 3 della legge.

In sintesi, a livello normativo interno non è esplicitamente imposto che venga individuato un mercato rilevante come stadio distinto del processo di valutazione di un'intesa o di un presunto comportamento abusivo; tuttavia, esiste un ampio numero di riferimenti indiretti da cui emerge l'opportunità di fare riferimento, nell'analisi dei casi, a una nozione di mercato chiaramente definita. In particolare, indicatori strutturali quali le quote di mercato detenute dalle imprese o il grado di concentrazione dell'offerta sono necessariamente individuati "rispetto a un mercato". L'individuazione del mercato rilevante va intesa non come fine a se stante, ma come una delle fasi funzionali alla valutazione concorrenziale di un atto o di un comportamento. Ad essa pertanto va attribuito non un valore "assoluto", bensì un valore relativo; ad esempio, utilizzare definizioni molto restrittive dei mercati (mercato comunale degli impieghi bancari a breve termine) non distorce necessariamente i risultati dell'analisi se negli stadi successivi del processo di valutazione si tiene adeguatamente conto delle possibilità di spostamento della clientela su altri prodotti o su una più ampia area geografica. Il mercato rilevante può essere definito come il più piccolo contesto (insieme di prodotti, area geografica) nel cui ambito è possibile, tenendo conto delle esistenti opportunità di sostituzione, la creazione di un significativo grado di potere di mercato. In termini economici il potere di mercato è la capacità di un'impresa di alzare profittevolmente il proprio prezzo al di sopra del prezzo concorrenziale. Nella pronuncia della Cassazione del 2009 viene richiamata questa definizione generale, e la decisione si fa carico di precisare come debba essere condotta l'analisi in concreto. Quindi, che si voglia esaminare la domanda sotto il profilo della distorsione interna, o della distorsione comunitaria, occorre comunque interrogarsi sull'elemento in esame.

Per quanto riguarda in particolare la materia dei porti, già nella risalente decisione resa nella causa n.C-179/90 (Siderurgica Gabrielli c. Merci Convenzionali Porto di Genova) la Corte di Giustizia ha affermato che i porti non rientrano nell'ambito applicativo dell'articolo 84.2 del Trattato CE e che quindi, di conseguenza, sono soggetti alle regole sulla concorrenza e ai principi generali vigenti della normativa comunitaria delineati dallo stesso Trattato. In tema di abuso di posizione la Corte di Giustizia, con la sentenza n.179/1991, ha affermato che l'impresa che ha un monopolio legale su una parte sostanziale di mercato comune può essere considerata tale se occupa una posizione dominante, ai sensi dell'art.86 del Trattato e che l'abuso è in re ipsa nell'occupazione di una posizione dominante che è rappresentata dal fatto che una impresa chiude l'accesso al mercato dei concorrenti (Corte di Giustizia CEE 9,11,1983): alla luce di tale sentenza, i gruppi e le compagnie portuali occu-

pano il più delle volte una posizione dominante in quanto si trovano, per effetto delle riserve preesistenti e non rimosse dalle Amministrazioni portuali, in regime di monopolio che esercitano nei porti i quali, per l'afflusso delle merci, per la domanda e per la situazione geografica, costituiscono una parte sostanziale del mercato comune, come la giurisprudenza comunitaria ha riconosciuto per il porto di Genova e di Livorno. La giurisprudenza comunitaria quindi da tempo ha riconosciuto l'esistenza di un mercato rilevante con riferimento a singoli porti. Per altro non può non sottolinearsi che la stessa dizione dell'articolo 16 comma 7 l. 84/1994, la legge sul riordino della legislazione in materia portuale, - comma che recita: "7. *L'autorità portuale o, laddove non istituita, l'autorità marittima, sentita la commissione consultiva locale, determina il numero massimo di autorizzazioni che possono essere rilasciate ai sensi del comma 3, in relazione alle esigenze di funzionamento del porto e del traffico, assicurando, comunque, il massimo della concorrenza nel settore.*" - richiamando espressamente quale specifica finalità nell'operare dell'Autorità Portuale il raggiungimento del massimo della concorrenza, fornisce una importante indicazione dell'esistenza di un mercato concorrenziale gestito da ogni Autorità. La difesa di Sistema Porto contesta l'esistenza di un mercato rilevante sull'argomento della impossibilità di costruire un tale mercato con riferimento ai soli servizi informatici e telematici di gestione container, dovendo la valutazione far riferimento ad un segmento non parcellizzato. La tesi, pur in astratto corretta, non può applicarsi alla fattispecie in esame: la domanda di Masped allega l'esistenza di una distorsione della concorrenza con riferimento al mercato di ingresso e uscita dei contenitori, sostenendo l'applicazione di tariffe diverse per servizi eguali, laddove i servizi attengono all'intera gestione dei contenitori in transito nel porto. Potrebbe essere oggetto di approfondimento la questione se, con l'entrata in vigore del decreto legislativo 4 agosto 2016, n. 169, recante la riorganizzazione, razionalizzazione e semplificazione della disciplina concernente le Autorità portuali di cui alla legge 28 gennaio 1994, n. 84 e la loro sostituzione con quindici Autorità di Sistema Portuale, la valutazione dovrebbe riguardare piuttosto il mercato costituito almeno da ognuno di questi enti pubblici non economici, come è stato evidenziato dalla dottrina più attenta. Tuttavia, poiché la vicenda in esame si situa negli anni 2013-2015, la questione ha natura meramente teorica e dunque deve confermarsi la presenza di un mercato rilevante riferito alla movimentazione in entrata ed in uscita di contenitori nel Porto di La Spezia. Sull'esistenza di intese restrittive della concorrenza.

Come già sopra ricordato, l'attrice ha dedotto entrambe le fattispecie tipiche della distorsione del mercato, vale a dire ha sostenuto la presenza di un accordo tra Sistema Porto e le Associazioni Spedizionieri e Doganalisti e tra Sistema Porto e La Spezia Port Service. Tali intese avrebbero avuto quale contenuto la prima, la fissazione di un sovrapprezzo alle imprese non associate e associate "da meno di tre anni", per la fornitura dei servizi legati alla gestione in entrata e uscita dei container, la seconda il pagamento di un servizio legato al cd. "emendamento sicurezza" a La Spezia Port Service. Preliminarmente occorre verificare se l'attrice ha fornito prova dell'esistenza di tali intese. Si tratterebbe di intese verticali, in quanto vedrebbero quali parti il soggetto concessionario e le imprese a valle. Quanto all'intesa con le Associazioni, nella prospettiva attorea la prova deriverebbe dai documenti 3 e 4 allegati all'atto di citazione, con la precisazione che il n. 4 è eguale al doc. 18 prodotto da Sistema Porto, il quale ne ha confermato la veridicità. Il primo documento contiene una missiva inviata da Sistema Porto a Associazione Spedizionieri nella quale la prima comunica, in data 28.7.2009, che inten-

derà la tariffa fissata nell'Ordinanza Autorità Portuale n. 29 del 2009 come riferita ai soli servizi generali di entrata e uscita dei contenitori, mentre gli altri servizi, che vengono allegati in elenco, saranno oggetto di richiesta di una somma aggiuntiva di euro 6,00. Il secondo è il verbale di una riunione tenuta in data 29.10.2009 alla quale hanno partecipato l'Associazione degli agenti marittimi e quella degli spedizionieri e nella quale, lamentando problemi nelle operazioni doganali, viene chiesto a Sistema Porto di dotarsi di un sistema informatico al fine di permettere la lavorazione delle bollette doganali e viene previsto un tavolo di lavoro per verificare la funzionalità di un tale sistema. Nessuno dei documenti citati fornisce prova dell'allegata intesa restrittiva. Quanto al primo documento, si tratta di una comunicazione di Sistema Porto all'Associazione Spedizionieri, quindi è la manifestazione di volontà di una parte, non contiene l'evidenza di alcun accordo. Quanto al secondo, si tratta di un incontro tra due soggetti, di cui uno non è convenuto in causa e non è neppure allegato quale compartecipe all'intesa dalla difesa Masped, ed attiene all'individuazione di un problema economico - la lavorazione delle bollette da parte delle Dogane con il vecchio sistema comportava un allungamento di tempi che rendevano anticoncorrenziale il Porto-, e contiene l'invito a Sistema Porto a dotarsi di una nuova informatizzazione nell'ambito delle operazioni in Dogana. Ancora una volta, quindi, il documento non fornisce prova di alcuna intesa. Per quanto poi riguarda l'allegata attività distorsiva posta in essere tra Sistema Porto e La Spezia Port Service, non vi è alcun elemento di prova, rimanendo l'allegazione meramente teorica.

Deve quindi concludersi che in causa non è stata acquisita prova delle alleghe intese restrittive della concorrenza.

Sull'abuso di posizione dominante di Sistema Porto.

Ai fini di un inquadramento generale della problematica, occorre rammentare che il presupposto logico dell' art. 102 TFUE - o articolo 3 l. 287/1990- è che le imprese dominanti hanno una "speciale responsabilità" per il corretto funzionamento del mercato, ed è per questo motivo che determinati comportamenti, legittimi se posti in essere da imprese non dominanti, sono vietati se posti in essere da queste ultime. La nozione di speciale responsabilità non aiuta, in quanto tale, a distinguere i comportamenti legittimi dagli abusi: sin dai primi anni la giurisprudenza della Corte di giustizia ha chiarito che la norma non riguarda solo i comportamenti con cui l'impresa, attraverso lo sfruttamento del proprio potere di mercato, crea un pregiudizio diretto alle controparti commerciali (cd. abusi di sfruttamento), ma anche i comportamenti che danneggiano indirettamente i consumatori pregiudicando una situazione di concorrenza effettiva. Di fatto i casi riguardano soprattutto i comportamenti "escludenti" nei confronti dei concorrenti (cd. abusi escludenti). Occorre rammentare che il bene tutelato dalla norma è la tutela dell'efficace processo concorrenziale e non la semplice tutela dei concorrenti, il che può significare che usciranno dal mercato i concorrenti che presentano ai consumatori un'offerta meno interessante in termini di prezzo, varietà, qualità e innovazione, ma l'obiettivo è impedire che le imprese dominanti ostacolino lo svolgimento della concorrenza effettiva precludendo il mercato ai loro concorrenti in modo anticoncorrenziale, con conseguenti effetti negativi per il benessere dei consumatori, sia in forma di prezzi più elevati di quelli altrimenti vigenti, sia in altra forma, ad esempio limitando la qualità o riducendo la scelta dei consumatori.

Un abuso escludente ha due componenti: una è la condotta che ostacola o impedisce l'effettivo ingresso dei concorrenti attuali o potenziali alle forniture o ai mercati e l'altro è l'impatto anticoncorrenziale, attuale o probabile (aumento dei prezzi o peggioramento di qualità, varietà, innovazione) a danno dei clienti.

Chiarito quanto sopra occorre verificare quali siano gli elementi emersi nel processo e relativi alla fattispecie concreta e se questi integrino l'abuso lamentato, con specifico riguardo all'ipotesi dell'applicazione di tariffe e prezzi diversi per servizi identici. È circostanza pacifica che Sistema Porto sia concessionario di servizi presso il Porto di La Spezia, all'esito di aggiudicazione di successive gare, la prima delle quali indetta con delibera n. 15/2007 dall'Autorità Portuale e terminata con l'aggiudicazione alla convenuta per la durata di tre anni in data 4.7.2007. La gara aveva ad oggetto una serie di servizi, su cui si tornerà, ed il corrispettivo sarebbe stato riscosso dall'aggiudicataria presso gli utenti portuali, tramite l'applicazione di una soprattassa pari ad euro 3,86 a contenitore. A tale ammontare fa riferimento anche il successivo provvedimento dell'Autorità Portuale n. 29/2009. Le parti hanno molto discusso del profilo relativo al contenuto della tariffa fissata nel provvedimento dell'Autorità Portuale. Secondo la tesi di parte attrice, la somma doveva comprendere tutti i servizi, con specifico riferimento anche a quelli afferenti l'informatizzazione del sistema di movimentazione, compresi nell'articolo 1 lett. F) del DM 14.11.1994, intitolato *"Identificazione dei servizi di interesse generale nei porti da fornire a titolo oneroso all'utenza portuale. La lettera citata da parte attrice recita: "F) Servizi informatici e telematici. Fornitura di sistemi informatici e telematici, di supporto informativo e di comunicazioni resi alle amministrazioni pubbliche, agli operatori privati, alla utenza e, più in generale, ai servizi marittimi..."*. Sistema Porto ha invece sostenuto che la tariffa, pari ad euro 3,86, riguardava solo i servizi di interesse generale, dovendosi ritenere i sistemi informatici servizi ulteriori e diversi, forniti dal concessionario su richiesta degli spedizionieri e quindi pagati a parte; inoltre, secondo la tesi della convenuta, oltre a tali servizi, ve ne erano altri, aggiuntivi, dei quali veniva richiesto il corrispettivo, indipendentemente dalla prestazione effettiva o meno degli stessi. Per tali servizi aggiuntivi veniva richiesta la somma di euro 6,00. Inoltre, secondo Sistema Porto, le imprese potevano decidere di non utilizzare i servizi informatici, potendo provvedere in autonomia alla effettuazione delle operazioni, tramite il cd Totem. È circostanza pacifica che Sistema Porto non chiedesse l'ulteriore somma di euro 6,00 agli associati doganalisti e spedizionieri, essendo le Associazioni socie della stessa concessionaria, così come non è contestato che agli associati venisse praticato un ulteriore sconto, con lo storno di 1,00 euro a container. Poiché la posizione di concessionaria nel Porto di La Spezia ha creato certamente una posizione di monopolio nei servizi portuali di Sistema Porto, occorre chiedersi se le pratiche commerciali seguite dalla società non costituiscano un abuso di posizione dominante, con specifico riferimento all'applicazione di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, come sopra ricordato, secondo la dizione degli artt. 82, ora 102 TFUE, e 3 l. 287/1990. La lettura del documento depositato sub. 123A da Mased permette di comprendere quali fossero i servizi contenuti nella tariffa unica di euro 3,86, all'esito della gara indetta nel 2007. Il documento, contenente un negozio di accertamento *"finalizzato alla ricognizione, precisazione e miglior definizione dei rapporti contrattuali relativi al "Contratto di affidamento servizi per la concessione della gestione della piattaforma informatica denominata Port Community System" (PCS) per l'esecuzione dei servizi di supporto alle operazioni doganali, alle attività di security, di assistenza all'autotrasporto e per l'automatizzazione dei processi logistico-portuali"*, a pagina 1 nelle premesse afferma come la gara, indetta nel 2007, avesse ad oggetto una serie di servizi generali, elencati in una tabella da 1 a 9, tra i quali non erano inclusi i servizi informatici, con la previsione di una tariffa di euro 3,86 che il conces-

sionario avrebbe riscosso direttamente dagli utenti portuali. Con delibera dell'Autorità Portuale 48/2014 veniva indetta una gara pubblica per la gestione triennale della piattaforma informatica Port Community System, "PCS" *"per l'esecuzione di servizi di supporto alle operazioni doganali ed alle attività di security e per l'automatizzazione dei processi logistico-portuali"*, così a pagina 3-4 del negozio di accertamento. Nel successivo punto k), ancora pagina 4 del negozio di accertamento, vengono elencati i servizi aggiuntivi rispetto alla concessione del 2007, elencati in altra tabella e identificati con ulteriori numeri, dal 10 al 18, relativi appunto ai servizi informatici. Anche questa gara vedeva quale aggiudicataria Sistema Porto, la quale siglava con Autorità Portuale un contratto di concessione in data 25.11.2015, con il quale le veniva affidata la gestione della piattaforma informatica PCS. Da quanto sopra, secondo quanto emerge dal documento di provenienza dell'Autorità Portuale, deve concludersi che in giudizio è stata acquisita la prova che fino al novembre 2015 non esisteva un servizio informatizzato pubblico di gestione delle operazioni portuali, in quanto la concessione riguardava unicamente le operazioni generali di ingresso e uscita dei contenitori e la piattaforma informatica in uso era stata sviluppata da Sistema Porto, secondo l'auspicio delle Associazioni di Agenti Marittimi e Spedizionieri di cui alla riunione 29.10.2009 - doc. 3 parte Mased e 18 Sistema Porto-. Quindi, la tariffa di euro 3,86 non poteva comprendere anche servizi che non erano oggetto di concessione, in quanto quei servizi di informatizzazione erano offerti dalla concessionaria in quanto proprietaria di una piattaforma, cd IPort, che lei stessa aveva sviluppato. Dunque ben poteva Sistema Porto chiedere il pagamento di una somma per l'utilizzo di quei servizi. Se pure il DM 1994 elenca, tra i servizi portuali, anche l'informatizzazione delle operazioni, questo non è accaduto nel Porto di La Spezia, il quale si è dotato di una piattaforma pubblica, oggetto di una specifica gara per la gestione della stessa, solo nel 2014. Chiarito il punto relativo alla proprietà del sistema informatico, occorre qui ricordare che l'Autorità Garante del Mercato e della Concorrenza ha concluso - doc. 43 Sistema Porto - per l'insussistenza di elementi sufficienti a giustificare ulteriori accertamenti, a fronte delle indagini effettuate all'esito della segnalazione da parte di Mased di pratiche allegate come contrarie alla concorrenza del mercato a carico di Sistema Porto, e relative ai fatti oggetto di questa causa. L'Autorità argomenta nel senso che la decisione della concessionaria di non chiedere alcuna somma ai soci delle associazioni spedizionieri e doganalisti trova giustificazione nella loro qualità di soci della stessa concessionaria: in quanto tali, hanno partecipato all'investimento necessario per la realizzazione del sistema informatico e dunque ben potevano andare indenni da una richiesta di tariffa per l'utilizzo. In questi termini, quanto richiesto a Mased costituirebbe tipicamente una sorta di *cost recovery*. Tuttavia, se pure Sistema Porto ha depositato una serie di documenti contenenti indicazioni sulle somme investite per la realizzazione della piattaforma IPort - in particolare doc. 20 contratto di servizi 19.2.2010 con InfoPorto per lo studio di fattibilità di una piattaforma informatica con lo scopo di ottimizzare le comunicazioni e lo scambio cartaceo con riferimento alle procedure doganali; n. 22 fatture Infoporto -, non ha provato una corrispondenza, se pure in termini generali, tra quanto investito e quanto richiesto ai non soci - così dimostrando la cd *cost recovery*-. Inoltre, la lettera del 28.7.2009 da Sistema Porto alla Associazione Spedizionieri - documento 2 di parte attrice-, indicata quale prova dell'intesa restrittiva, in realtà dimostra come, secondo la concessionaria, la tariffa di euro 6 chiesta ai non associati o associati da meno di tre anni, non coprisse

soltanto l'utilizzo del sistema IPort, ma anche altri servizi che non voleva fossero pagati se non, appunto, dalle imprese "estrane", indipendentemente dalla loro effettiva fornitura o meno. Deve allora concludersi che non può ritenersi la presenza di elementi oggettivi idonei a giustificare la richiesta di tariffe differenziate agli associati da oltre tre anni ed agli estranei o associati da meno di tre anni per i medesimi servizi e deve concludersi che questo comportamento, attesa la posizione di monopolista dei servizi portuali di Sistema Porto, configuri un abuso rilevante. Per completezza sul punto relativo all'individuazione dei servizi resi, si osserva che il cd "emendamento sicurezza", relativo ad una normativa entrata in vigore del 2012, ben poteva essere oggetto di un applicativo specifico elaborato, su richiesta della concessionaria, da La Spezia Port Service e collegato all'utilizzo della piattaforma informatizzata IPort, così come dichiarato dal teste Giacomo Galletto in udienza 10.5.2018.

Tuttavia occorre a questo punto rammentare che la normativa prevede un ulteriore requisito, collegato alla già ricordata finalità di tutela della normativa, diretta a proteggere non le singole imprese ma a garantire la concorrenza del mercato. L'articolo 82, già articolo 86, ora 102 TFUE, sopra ricordato, prevede "1. È incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo. Tali pratiche abusive consistono in particolare: a).... b); c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;..". L'articolo 3 lett. c) 1. 297/1990 richiama lo stesso requisito c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;..". Sul punto la Corte di Giustizia, nella sentenza 19.4.2018 in causa C-525/16, ha chiarito, al punto 34 "...quando l'incidenza di una diversificazione tariffaria sui costi sostenuti dall'operatore che si reputa danneggiato, oltre che sulla redditività e sugli utili di tale operatore, non è significativa, da ciò può eventualmente dedursi che tale diversificazione tariffaria non è in grado di produrre un qualsivoglia effetto sulla posizione concorrenziale di detto operatore..." ed ha concluso che "La nozione di «svantaggio per la concorrenza», ai sensi dell'articolo 102, secondo comma, lettera c), TFUE, dev'essere interpretata nel senso che essa riguarda, nell'ipotesi in cui un'impresa dominante applica prezzi discriminatori a talune controparti commerciali sul mercato a valle, la situazione in cui detto comportamento può avere come effetto una distorsione della concorrenza tra dette controparti commerciali. L'accertamento di un siffatto «svantaggio per la concorrenza» non richiede la prova di un deterioramento effettivo e stimabile della posizione concorrenziale, ma deve basarsi su un'analisi del complesso delle circostanze rilevanti del caso di specie, la quale consenta di concludere che detto comportamento ha un'influenza sui costi, sugli utili o su un altro interesse rilevante di una o più di dette controparti, di modo che tale comportamento è in grado di incidere su detta posizione."

Parte attrice nulla ha provato su questo punto fondamentale. Non solo, dai dati presenti in causa risulta che Mased ha aumentato il suo traffico negli anni 2013-2014: La Spezia Port Service ha prodotto documenti - sub. 12 e 13- dai quali risulta che il volume in export di Mased nel Porto di La Spezia è passato dall'1,4% nel 2013 al 2,27% nel 2014. La stessa attrice in atto di citazione, a pagina 6, indica l'aumento in export dei contenitori, passati da 4.363 del 2013 a 7.359 nel 2014. Non è quindi stata fornita la prova dello svantaggio concorrenziale rilevato, pur nell'ambito di un complessivo giudizio, prima di tutto dal dato significativo dello sbilanciamento negli utili e nei ricavi, mentre nel caso

in esame la società, come sopra evidenziato, ha aumentato le quote di mercato e non ha dato evidenza di quanto questo aumento le sia costato. Inoltre, anche le somme oggetto di illegittima richiesta sono di ammontare contenuto, come risulta ancora a pagina 16 dell'atto di citazione, ove si indica la presenza di addebiti non dovuti pari, in due anni, ad euro 70.000 circa. In assenza di un quadro di elementi indicativi di un effettivo svantaggio concorrenziale, la domanda di parte attrice non può essere accolta.

Va aggiunto che la difesa Mased fa cenno, in comparsa conclusionale, ad una possibile qualificazione del fatto quale abuso di dipendenza economica; ma tale prospettazione è evidentemente inammissibile perché mai sollevata in causa e quindi mai oggetto di contraddittorio.

Infine, nelle domande viene fatto cenno anche all'articolo 2598 n. 3 c.c. e 2757 c.c. Si tratta di riferimenti privi di argomentazioni difensive. Per completezza si osserva che, con riferimento al rapporto con Sistema Porto, manca l'elemento qualificante della normativa richiamata, precisamente l'esistenza di un rapporto di concorrenza tra imprese. Infatti la normativa attiene ai rapporti diretti tra imprenditori operanti in concorrenza tra loro. Egualmente non vi è alcun rapporto di concorrenza con La Spezia Port Service, la quale è società legata da un rapporto commerciale di natura privatistica con Sistema Porto, per la quale ha realizzato un applicativo, il cd ECS.

(...Omissis...)

P.Q.M.

Il Tribunale di Genova, in composizione collegiale, ogni contraria istanza, eccezione e deduzione reietta, definitivamente pronunciando, così provvede:

respinge l'eccezione di nullità dell'atto di citazione sollevata da Associazione Spedizionieri del Porto di La Spezia e Associazione Doganalisti del Porto di La Spezia;
respinge le domande formulate da Mased Sas;
dichiara tenuta e condanna Mased Sas a rifondere ai convenuti le spese del presente giudizio, così liquidate (...Omissis...)

Giudice di Pace di Savona, 7 gennaio 2020 - Giudice Tiby - C. (Avv. Nunziata) c. Banca (Avv.ti Balbi e Tavormina).

CONTRATTO in genere - contratto di finanziamento - costi del finanziamento - interpretatio contra stipulatorem - inefficacia di clausola di recurring - indebito oggettivo.

(Artt. 1370 e 2033 c.c.; art. 125 sexies T.U.B)

In materia di contratti di credito ai consumatori, l'art. 16, paragrafo 1 della Direttiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, anche alla luce della sentenza C.G.C.E 383-18 del 11.9.2018, va inteso nel senso che, in caso di estinzione anticipata del finanziamento, il consumatore ha diritto al rimborso di tutti i costi posti a suo carico, senza che si possa distinguere tra costi "up front" e costi "recurring" (nella specie, la clausola contrattuale per la quale solo il 60% dei costi riferiti alla "Commissione di rete distributiva" sarebbe stato rimborsato è stata interpretata contra stipulatorem ex art. 1370 c.c. in quanto ambigua e vaga, ammettendo così il rimborso di tutti i costi sostenuti, comunque denominati).

(...Omissis...) Fatti rilevanti e ragioni della decisione.

C. Roberto, premesso:

a) di aver stipulato, nel mese di maggio del 2013, il contratto di finanziamento n. 5006929, con la Banca S.p.A., appartenente al gruppo bancario Banca S.p.A., mediante cessione

del quinto dello stipendio per un capitale lordo di E 42.840,00 da rimborsare in 120 rate da E 357,00;

b) di aver estinto anticipatamente il finanziamento nel giugno 2017 in corrispondenza della 48° rata, versando la somma di Euro 20.373,55;

c) di non essere stato rimborsato delle commissioni (fissate per l'intero rapporto in Euro 3.641,40) per il periodo non goduto.

Tutto quanto premesso, conveniva in giudizio Banca Spa chiedendone la condanna alla restituzione, ex art. 2033 c.c. e 125 *sexies* D.lvo 385/93, della somma di Euro 2.184,48 (3.641,40: 120 = 30,34 x 72 = 2.184,48).

Banca Spa si è costituita in giudizio deducendo: a) di aver rimborsato al C. l'importo di Euro 870,82 per Commissioni Rete Distributiva non maturate, come da contratto e schema di calcolo allegato; b) che nessun costo per premi assicurativi è mai stato addebitato c) che l'art. 8 del contratto di finanziamento riproduce esattamente la disposizione di legge (art. 125 - *sexies* TUB; d) che la previsione contrattuale (sempre contenuta nel citato art. 8) relativa al 60% di rimborso interessi e commissioni non può essere superata dal criterio proporzionale indicato dall'attore; e) che, in ogni caso, non sarebbero dovute le somme volte a remunerare l'agente di intermediazione finanziaria per l'attività svolta al fine di giungere al perfezionamento del contratto e altre spese c.d. *up front*.

All'udienza del 23 dicembre 2019 la causa veniva trattenuta in decisione.

La domanda merita accoglimento.

Parte attrice la fonda sull'art. 125 *sexies* del T.U.B. (così come modificato dal d.lgs. n. 141/2010), a mente del quale: "il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore. In tal 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".

A su avviso, in ragione della suddetta disposizione, il consumatore avrebbe diritto al rimborso della quota degli interessi e di tutti i costi del credito, da imputarsi al periodo residuo del contratto, dovendosi in ogni caso considerare nulla per contrarietà a norme imperative la clausola contrattuale a mezzo della quale si esclude o limita in qualsiasi modo il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito.

In sede di memorie conclusive viene poi richiamata la pronuncia n. C-383/18 dell'11 settembre 2019 con la quale la Corte di Giustizia Europea ha eliminato la distinzione tra costi fissi (c.d. *up front*) e costi correlati alla durata del contratto (c.d. *recurring*) statuendo che: "l'art. 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori che abroga la direttiva 87/102/CEE del Consiglio, 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".

Occorre intanto considerare che parte attrice ha richiesto, in via proporzionale rispetto alla durata del contratto, la restituzione dell'importo evidenziato sul modulo contrattuale nella casella "D" "commissioni rete distributiva" pari a Euro 3.641,40.

Detto importo è stato solo in parte rimborsato mediante la contabilizzazione, in favore del C., di Euro 870,82 (in realtà, nel "Piano annuale di rimborso interessi e commissioni" l'importo indicato in corrispondenza della 48° rata è di Euro 893,18) in quanto, come precisato in epigrafe al conteggio, "la quota parte rimborsabile dell'importo delle "Commissioni Rete Distributiva" (lettera D) è individuata nella misura massima del 60%".

Dal testo del contratto emerge poi che una spesa fissa (*up front*) non rimborsabile è quella relativa all'istruttoria, pari a Euro 450,00 (lettera C).

Ora, la limitazione del 60% consente alla Banca di trattenere *ab origine* una quota fissa pari, nel caso di specie, a Euro 1.456,56 (e cioè il 40% di Euro 3.641,40). Esaminando infatti il Piano annuale si può vedere che se il cedente estinguesse alla prima rata, l'importo da rimborsare sarebbe quello di Euro 2.184,84 (pari al 60%). Questa quota percentuale rappresenta quindi il costo fisso del contratto di finanziamento per la causale indicata "Commissioni Rete Distributiva".

Nel complesso mette conto di essere sottolineato come l'importo complessivo C + D ammonti a Euro 4.091,40 a fronte di un finanziamento di Euro 22.228,33 (riquadro F) ove gli interessi sono pari a Euro 13.505,65.

Le spese rappresentano dunque il 22% del capitale, mentre gli interessi corrispondono al 60%.

Per affrontare la questione (se sia legittimo o meno fissare un tetto al rimborso delle spese sub D) occorre prendere in esame il testo contrattuale e mettere in rapporto le due clausole.

In base all'art. 5, comma 2, del contratto (Importo erogato e detrazioni operate), nelle Commissioni Rete Distributiva vengono ricompresi "i costi e gli oneri sopportati per l'attività svolta dalla rete di vendita diretta (Filiali) o indiretta (Agenti in attività Finanziaria/Intermediari Finanziari) sia in fase di istruttoria della pratica, sia nel corso della durata del contratto.

A titolo esemplificativo rientrano all'interno di tali commissioni, quelle sostenute per: 1) ricercare ed attuare la soluzione finanziaria di interesse del Cedente; 2) la raccolta e verifica preventiva della documentazione fornita dal Cedente; 3) l'assistenza al Cedente in tutte le fasi ed in tutti gli adempimenti precedenti all'erogazione del prestito ed alla ricezione dell'assegno o del bonifico corrispondente; 4) la gestione notifica presso il debitore ceduto; 5) per ogni altra attività prestata e connessa al contratto".

Come si vede, le attività indicate a titolo di esempio riguardano anche (e soprattutto) la fase istruttoria.

Questa fase (il cui costo, pari, nel caso di specie, a Euro 450,00, non è rimborsabile ex art. 8) viene rubricata, come visto, sub lettera C.

In essa, sempre a titolo meramente esemplificativo, vengono ricomprese: 1) l'assistenza alla rete distributiva nella fase precontrattuale (es. consulenza legale ed operativa con particolare riferimento alla gestione dell'erogazione degli anticipi e a alla estinzione di altri prestiti); 2) controllo documentazione; 3) istruttoria e caricamento debitore ceduto; 4) delibera della pratica; 5) elaborazione dei dati in funzione della normativa antiriciclaggio; 6) ed ogni altro costo connesso al perfezionamento del contratto.

Esaminando gli esempi indicati sub D sorgono alcune perplessità.

Il primo esempio (ricerca ed attuazione della soluzione finanziaria di interesse del Cedente) sembra ipotizzare una sorta di consulenza finanziaria a chi, notoriamente, si trova in difficoltà e deve ricorrere al prestito cedendo il quinto dello stipendio o della pensione. Il primo esempio è quindi del tutto inadeguato e non si comprende di quali particolari consulenze possa avere chi ha un impellente bisogno di liquidità. In ogni caso, ci si muove pur sempre nell'ambito di una attività volta ad istruire la pratica.

Il secondo ("raccolta e verifica preventiva della documentazione fornita dal Cedente") si esaurisce, come noto, nell'esame della busta paga che non viene certo "raccolta" ma fornita dal Cedente, unitamente al codice fiscale e a un documento di identità. Tra l'altro, siccome la Banca introita un utile caricando

gli interessi sull'importo finanziato, non si vede come possa ribaltare sul Cedente il costo di un servizio che, alla fine, risulta necessario per raggiungere il suo scopo e soddisfare i suoi interessi. Ma la cosa che più sorprende è che questa voce viene già indicata *sub* C2) "controllo documentazione" con la conseguenza che siamo di fronte ad una (questa volta) enunciata duplicazione di attività.

Il terzo è costituito "dall'assistenza al Cedente in tutte le fasi ed in tutti gli adempimenti precedenti all'erogazione del prestito ed alla ricezione dell'assegno o del bonifico corrispondente". Non si comprende di quale assistenza il Cedente, come del resto chiunque, abbia bisogno per ricevere un bonifico o ritirare un assegno. La prima parte sembra invece rientrare a pieno titolo nella fase istruttoria, con ciò sovrapponendosi alla voce C3) "istruttoria e caricamento debitore ceduto" (cioè ricopiare i dati del datore di lavoro o dell'Inps).

La quarta, "gestione notifica presso il debitore ceduto" si esaurisce nell'invio di una lettera mentre la quinta riguarda "ogni altra attività prestata e connessa al contratto", una sorta di clausola di chiusura, un vuoto contenitore che non può non trovarsi a disagio in una elencazione esemplificativa...

Alla luce di quanto appena detto, la voce D, Commissioni Rete Distributiva, un po' perché inidonea ad assumere credibile giustificazione, un po' perché vaga e generica, si risolve così in una duplicazione della voce C, fatti salvi tutti quei costi e quelle attività successive alla erogazione del credito per le quali non può essere prevista (su questo non c'è disaccordo) alcuna limitazione.

Si noti, per concludere, che gli autori dello schema contrattuale non hanno saputo tradurre in esempi concreti il c.d. *recurring*, contenendo, l'elencazione, solo attività prodromiche alla formazione del contratto. D'altra parte va anche detto che, una volta erogato il finanziamento, l'unica attività del finanziatore è quella di aspettare le scadenze e controllare il regolare pagamento delle rate.

Ma la limitazione del 60% risulta indebita, anche volendo escludere la duplicazione, sotto un altro profilo.

Invero, molto difficilmente si potrà negare l'ambiguità della clausola, la sua mancanza di chiarezza, la confusione, la sproporzione degli esempi in rapporto alle reali necessità per approntare pratiche semplici e ripetitive, l'assenza di una precisa indicazione di quali siano le attività e i costi *recurring* e quelli *up front*.

Ambiguità che pesa, *contra stipulatorem*, ai sensi dell'art. 1370 c.c. e che finisce per circoscriverne l'efficacia solo nella misura in cui essa si riferisce unicamente ai primi e non anche ai secondi.

La giurisprudenza di merito allegata dai difensori delle parti evidenzia una netta contrapposizione tra magistratura onoraria (più in linea con le tesi dei consumatori) e magistratura togata (più in linea con le tesi delle banche). Si consideri, tra le altre, Tribunale di Torino (sent. del 22.03.2019, all. 13 di parte convenuta) per il quale il formulario appena esaminato permetterebbe "di comprendere in modo chiaro le diverse componenti di costo, distinguendo quelle soggette a maturazione nel corso del tempo e quelle relative alla sola fase di stipulazione" salvo poi giustificare (e salvare ai sensi dell'art. 125 *sexies*) la limitazione forfettaria del 60% "non potendosi a priori e in modo preciso quantificare e distinguere i costi causalmente determinati da attività connesse al perfezionamento del finanziamento e attività legate alla durata del rapporto". Difficile non percepire la contraddizione...

Ma qui si aprirebbe un altro fronte che, come emerge dalla lettura del prosieguo della motivazione, riguarda la valutazione circa la adeguatezza o meno della percentuale fissata

in contratto (a dire del Tribunale di Torino "tale da tenere indenne il cliente" in caso di estinzione anticipata del rapporto dalle spese che il finanziatore non ha sostenuto). In effetti, la previsione contrattuale in virtù della quale banca trattiene da subito il 40% e restituisce il 60% a scalare assomiglia molto ad una liquidazione anticipata del danno... danno derivante alla banca dalla estinzione anticipata del finanziamento.

La cosa più ragionevole da fare appare quindi quella di considerare rimborsabili tutti i costi esposti (a parte le spese vive e le imposte) senza distinguere tra *up front* e *recurring* così come ha appena saggiamente fatto la Corte Europea. La clausola, nei termini sopra detti, va dichiarata comunque inefficace.

La convenuta dovrà quindi essere condannata al pagamento di quanto richiesto (Euro 2.184,48), dedotto quanto versato dalla Banca (Euro 870,82), per un importo pari a Euro 1.313,66, oltre interessi dalla data della domanda al saldo. Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, accoglie la domanda proposta da C. Roberto e condanna Banca Spa, in persona del legale rappresentate pro tempore, al pagamento delle seguenti somme (... *Omissis*...)

Tribunale di Genova, sez. VII civ., 3 novembre 2019 - Giudice Unico Lucca - Naturale srl in liquidazione.

FALLIMENTO e procedure concorsuali - procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento - nomina gestore della crisi - modalità - cd."doppio binario" - procedura di sovraindebitamento - decorrenza.

(L. n. 3/2012)

FALLIMENTO e procedure concorsuali - composizione della crisi da sovraindebitamento - start up innovative - termine quinquennale di esonero dalle procedure concorsuali - decorrenza.

(Art. 31 c. 4, L. n. 3/2012)

La nomina del gestore della crisi e la procedura di sovraindebitamento sono due procedure distinte, la prima delle quali non ha necessariamente natura giurisdizionale, potendo il debitore rivolgere la domanda di nomina del gestore direttamente ad un Organismo di Composizione della Crisi.

Quando la nomina del gestore della crisi viene richiesta al Tribunale dà luogo ad un procedimento di volontaria giurisdizione che, dal punto di vista soggettivo, vede la partecipazione del solo istante e, dal punto di vista oggettivo, è circoscritto alla nomina del gestore e termina con l'emissione del provvedimento o con il rigetto o la declaratoria di inammissibilità dell'istanza.

È erroneo qualificare il momento della nomina del gestore della crisi quale inizio della procedura di sovraindebitamento in quanto ad essa non consegue necessariamente la relativa procedura concorsuale.

La legge, nello stabilire la decorrenza del quinquennio di esenzione dall'area della fallibilità per le start up innovative - oggetto di una disciplina di favore per l'alto rischio legato all'innovazione tecnologica - ha previsto che detto termine decorra dalla costituzione dell'impresa e non dalla successiva iscrizione nel registro delle imprese.

A.BEE.

(... *Omissis*...) **Il Giudice**

Vista la proposta di accordo per la composizione della crisi da sovraindebitamento depositata in data 21 ottobre 2019 da “Naturale s.r.l.” in liquidazione;
Letta l’integrazione depositata in data 31 ottobre 2019;

Osserva

“Naturale s.r.l.” in liquidazione, società iscritta dal 4 novembre 2014 alla sezione speciale delle start up innovative della Camera di Commercio di Genova, è stata costituita in data 15.10.2014.

La stessa, in data 21 ottobre 2019, ha depositato una proposta di accordo per la composizione della crisi da sovraindebitamento ai sensi dell’art. 9 della legge 27 gennaio 2012, n.3, quale soggetto escluso dalla applicabilità delle procedure concorsuali (diverse da quelle previste per il sovraindebitamento dalla legge 27 gennaio 2012, n.3) in virtù dell’art. 31 del decreto legge 179/2012, convertito nella legge 17 dicembre 2012, n.221.

Si deve ritenere, tuttavia, che la ricorrente abbia superato il quinquennio di esclusione dalle procedure concorsuali previsto dall’art. 31 del d.l. 179/2012.

Tale norma, mentre al primo comma prevede tale esclusione, al quarto comma ne disciplina la durata, stabilendo: “Fatto salvo il diverso termine previsto dal comma 3 dell’articolo 25 se applicabile, qualora la start-up innovativa perda uno dei requisiti previsti dall’articolo 25, comma 2, prima della scadenza dei cinque anni dalla data di costituzione, secondo quanto risultante dal periodico aggiornamento della sezione del registro delle imprese di cui all’articolo 25, comma 8, e in ogni caso al raggiungimento di tale termine, cessa l’applicazione della disciplina prevista nella presente sezione”. Il primo inciso della norma (“Fatto salvo il diverso termine previsto dal comma 3 dell’articolo 25 se applicabile,”) non riguarda la società istante, ma le società preesistenti alla entrata in vigore della norma.

Di seguito, il comma quarto prevede espressamente che cessi l’applicazione della disciplina prevista nella presente sezione, e quindi, senza dubbio, anche l’esonero dalle procedure maggiori di cui al primo comma del medesimo art. 31, decorso il termine dei cinque anni dalla data della costituzione.

Poiché la società è stata costituita in data 15.10.2014, come risulta dalla visura camerale (p.1), mentre la proposta di accordo per la composizione della crisi è stata depositata in data 21 ottobre 2019, il quinquennio è interamente decorso e, quindi, non si tratta più di soggetto escluso dalle procedure concorsuali.

Sul punto, con decreto del 25.10.2019, si è chiesta alla società di prendere posizione sul punto.

Nella memoria integrativa, depositata il 31 ottobre 2019, Egadi Cosmesi Naturale ha fornito una diversa interpretazione della norma: laddove l’art. 31 c.4 fa riferimento alla costituzione” si dovrebbe intendere invece “iscrizione nel registro delle imprese”, evento verificatosi in data 4 novembre 2014; in ogni caso, la procedura da sovraindebitamento non avrebbe avuto inizio in data 21 ottobre 2019, ma il 29 giugno 2018, quando la società ha depositato press ó l’Organismo di Composizione della Crisi istanza di nomina del Gestore della Crisi, con conseguente nomina dello stesso in data 30 luglio 2018. Di conseguenza, non sarebbe decorso il quinquennio.

Ritiene questo Giudice non condivisibili le interpretazioni proposte sia relativamente al dies a quo, sia relativamente alla data di inizio della presente procedura.

Inizio del quinquennio.

Quanto al primo punto, ossia l’interpretazione della parola “costituzione” della società utilizzata dall’art. 31 c. 4, occorre rilevare che la lettera della legge è chiara.

La norma, nello stabilire la decorrenza del quinquennio (nella versione attuale, rispetto all’originario quadriennio), ha posto in essere una scelta esplicita, che deve ritenersi di favore per le start up innovative, nel contemperamento dell’interesse dei creditori e dei terzi. In generale, si tratta di una soluzione innovativa che, per consentire agli imprenditori di avviare questo tipo di iniziative, spesso ad alto rischio — poiché al rischio di qualunque start up si aggiunge quello dell’innovazione tecnologica — ha previsto una esenzione dall’area della fallibilità” a tempo”.

Quanto all’aspetto letterale della decorrenza del quinquennio, occorre rilevare che è previsto il termine “costituzione” e non quello di “iscrizione nel registro delle imprese”. Questa è una scelta effettuata tramite termini tecnici, anche perché, al comma 2 della medesima disposizione, il termine per la decorrenza del termine ivi previsto è, invece, fatto decorrere “dalla iscrizione nel registro delle imprese” della delibera ivi indicata. Il termine, quindi, non viene utilizzato in senso generico, ma nel suo valore specifico. Col medesimo valore specificamente tecnico, proprio in relazione alla fase della costituzione delle start up innovative è stata, con il Decreto 17 febbraio 2016, introdotta anche la modalità di costituzione delle società a responsabilità limitata derogatoria della disciplina di cui all’art. 2463 del codice civile, prevedendo che, per “i contratti di società a responsabilità limitata, ivi regolati, aventi per oggetto esclusivo o prevalente, lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico e per i quali viene richiesta l’iscrizione nella sezione speciale delle start-up di cui all’art. 25, comma 8, del decreto legge 19 ottobre 2012, n. 179” la redazione in forma in forma elettronica con firma digitale. Si tratta, cioè, di termine sicuramente utilizzato in senso tecnico dal legislatore per indicare la costituzione della società, momento distinto da quello, diverso, della iscrizione nel registro delle imprese. La visura camerale (doc. 1), a pag. 1, reca l’indicazione “data di iscrizione” il 4.11.2014 “data atto di costituzione” il 15.10.2014.

Quanto alla ratio di tale previsione, si deve intendere che la non fallibilità sia prevista fin dalla costituzione di tali imprese e quindi “copra” anche il periodo in cui le stesse non abbiano ancora perfezionato l’iscrizione nel registro delle imprese nella specifica sezione dedicata a questo tipo di società. Ciò, evidentemente, per maggiore chiarezza, essendo piuttosto di scuola la possibilità che sia assoggettata ad una procedura concorsuale una società nel periodo tra la costituzione e la iscrizione nella speciale sezione.

La norma tutela, correlativamente, anche i terzi e i creditori: i benefici accordati dalla normativa trovano una giustificazione proprio nella novità dell’impresa ad alto valore di innovazione tecnologica e nell’elevato coefficiente di rischio che tale attività comporta, e sono conseguentemente limitati alla fase di “partenza”, che il legislatore ha limitato al quinquennio che decorre dalla costituzione. In altre parole, poiché la start up doveva essere in qualche modo “coperta” dall’esonero delle procedure anche in tale iniziale periodo (tra la costituzione e la iscrizione), questo periodo viene anche conteggiato nel quinquennio nel quale è imposto ai creditori il maggior sacrificio che le procedure di sovraindebitamento pongono rispetto a quelle concorsuali “maggiori” (si pensi ad esempio al consenso esplicitamente richiesto nelle procedure maggiori e nel consenso presunto di alcune procedure da sovraindebitamento).

Il ricorrente, pur notando che la norma usa il termine costituzione e non quello di iscrizione, ritiene che esigenze di coerenza sistematica impongano di interpretare “costituzione” come “iscrizione nel Registro delle imprese”.

Evidenza che, altrimenti, non si comprenderebbe la ragione per cui dipendano dalla iscrizione della società nell’apposita

sezione del Registro delle Imprese sia la verifica dei requisiti per accedere ai benefici stabiliti ex lege, sia il perdurare dei benefici per i successivi 5 anni.

In realtà, ritiene questo Giudice che il fatto che ad altri fini il legislatore faccia riferimento al momento della iscrizione nel registro delle imprese invece che alla costituzione conferma che l'uso del termine "costituzione" al posto di "iscrizione" nell'art. 31 sia voluto dal legislatore e non costituisca il frutto di una mera svista.

La differenza tra le situazioni richiamate, poi, può essere spiegata piuttosto agevolmente: la prima norma richiamata dal ricorrente è quella dell'art. 25 c. 8 che stabilisce per le start up "le presenti disposizioni sono dirette a favorire la crescita sostenibile, lo sviluppo tecnologico, la nuova imprenditorialità e l'occupazione, in particolare giovanile, con riguardo alle imprese start-up innovative, come definite al successivo comma 2 e coerentemente con quanto individuato nel Programma nazionale di riforma 2012, pubblicato in allegato al Documento di economia e finanza (DEF) del 2012 e con le raccomandazioni e gli orientamenti formulati dal Consiglio dei Ministri dell'Unione europea".

In questa sede, il legislatore fa riferimento alla iscrizione e non alla costituzione perché sta istituendo la sezione speciale del registro delle imprese dedicata alle start up innovative. Si richiede, ivi, che la start up innovativa sia iscritta in questa sezione previa dimostrazione dei requisiti ed è evidente che non possa che farsi riferimento alla iscrizione nel registro delle imprese: la disciplina della sezione speciale, infatti, non può che riguardare le sole società iscritte nel registro delle imprese, poiché una società non iscritta non sarebbe iscritta, né nella sezione speciale, né in alcuna sezione del registro.

Non v'è contrasto alcuno, poi, tra l'onere di iscrizione nella sezione speciale delle start up innovative nel registro delle imprese qui imposto e il fatto che il termine quinquennale di riconoscimento del beneficio venga ancorato al momento, normalmente anteriore di pochi giorni, della costituzione della società.

Quanto al secondo richiamo, sottolinea il ricorrente come la start up possa perdere i benefici anche nel caso in cui sia verificato dalla Camera di Commercio competente il venir mero dei requisiti in sede di periodico aggiornamento della sezione del Registro delle Imprese. Il riferimento normativo è al medesimo art. 31 c.4 già citato: anche in questo caso appare logico, in un sistema che richiede in maniera espressa che l'iscrizione nella sezione speciale sia requisito necessario per la qualifica di start up innovativa, che la permanenza dei requisiti di cui all'art. 25 c. 2 sia sottoposta a controlli periodici, e che un eventuale esito negativo degli stessi comportamenti che la società, non più iscritta nella sezione speciale, non sia più considerata come; ciò anche se non è decorso il termine quinquennale. Tuttavia, questa norma non è in contrasto con la previsione, pure contenuta in questo stesso comma, della possibilità che una società tuttora iscritta nella sezione speciale possa perdere per decorso del termine quinquennale la propria qualifica, né che questo termine sia fatto decorrere dal momento della costituzione della società e non da quello della sua iscrizione nel registro delle imprese.

Si deve, quindi, far decorrere il termine quinquennale dal momento di costituzione della società (15.10.2014) ed è scaduto il 15.10.2019.

Inizio della procedura di sovraindebitamento.

Non è neppure condivisibile l'assunto che la procedura di sovraindebitamento sia stata instaurata nel quinquennio, in quanto la stessa avrebbe avuto inizio in data 29 giugno 2018 con la presentazione dell'istanza di nomina presso l'OCC. In tal senso la parte istante ha prodotto alcune pronunce della S.C. nelle quali è usata la locuzione "procedura da so-

vraindebitamento iniziata con la istanza di nomina del gestore della crisi" o simili.

Ha anche prodotto una pronuncia del Tribunale di Milano, del 13.10.2015, che militerebbe nello stesso senso.

Si deve rilevare che i precedenti della Corte di Cassazione SC non solo costituiscono dei veri e propri obiter dicta, come qualificati dallo stesso ricorrente (nota 3 p.2), ma, ad una attenta lettura, neppure costituiscono delle decisioni sul punto (si direbbe, dei dicta). Si tratta, invece, di punti di motivazione utilizzati dalla Corte soltanto per descrivere e riportare il contenuto di alcuni ricorsi che venivano dichiarati inammissibili.

Così nella Sentenza Cass., sez. VI, 26.10.2018, n. 27287 (doc. 3) si può leggere che era stato presentato un ricorso contro un decreto del Tribunale di Lecce che aveva disposto l' "archiviazione della procedura di sovraindebitamento instaurata con istanza di nomina dell'OCC in quanto giudicata palesemente inammissibile". La Corte, dopo aver riportato il contenuto del provvedimento impugnato, con le parole sopra citate, nulla dice sul punto, perché neppure esamina il merito del provvedimento: si limita a rilevare la natura non decisoria né definitiva del decreto che aveva rifiutato la nomina del gestore e quindi l'inammissibilità dell'istituto. Quasi identica è la sentenza della medesima Sesta Sezione del 3/11/2017, n. 26201 (all.4): anche qui la parte riportata dall'istante si rinviene nella descrizione del contenuto del ricorso per cassazione che era stato, presentato, in questo caso contro "il decreto del Tribunale di Bologna relativo alla dichiarazione di improcedibilità della procedura di sovraindebitamento introdotto dalla signora P. con l'istanza di nomina dell'organismo di composizione della crisi ai sensi dell'art. in quanto l'istante aveva poi omissso di presentare un piano per il superamento della crisi". Anche in questo caso, non si tratta di espressioni utilizzate dalla Corte, se non in quanto riportate durante la descrizione del contenuto del ricorso. La Corte non entrava nel merito, ma dichiarava inammissibile il ricorso.

Anche il terzo caso citato, ossia la sentenza Cass. Sez. VI del 26/4/2017, n. 10204 (all.5), non contiene alcuna pronuncia della Corte sulla ricostruzione sistematica, neppure obiter, della procedura da sovraindebitamento: anche in questo caso la Corte, descrittivamente, riferisce che "con il decreto impugnato il tribunale ha confermato integralmente il provvedimento del giudice che ha disposto l'archiviazione della procedura da sovraindebitamento instaurata dall'odierno ricorrente con istanza di nomina dell'organismo di composizione della crisi".

Anche in questo caso, la Corte si limita a riferire il contenuto del provvedimento impugnato col ricorso, senza pronunciarsi su tale contenuto, e a dichiarare il ricorso inammissibile perché del tutto genericamente formulato in violazione dell'art. 366 c. 6 c.p.c. e privo di riferimenti precisi a documenti depositati e privo di allegazioni documentali a norma dell'art. 369 c.p.c. in. 4.

Neppure il precedente di merito citato (Tribunale di Milano 13 ottobre 2018), è nel senso dell'interpretazione della norma come proposta dall'istante: in esso, il giudice al quale era stata chiesta la nomina di un gestore della crisi e, contestualmente, la sospensione di procedure esecutive in corso, decideva per l'inammissibilità della istanza, accedendo ad una distinzione ben diversa da quella proposta dal ricorrente. Il Tribunale di Milano nel provvedimento depositato evidenziava, infatti, che per valutare l'ammissibilità della proposta si sarebbe dovuto attendere il deposito della proposta con l'ausilio dell'Organismo di composizione della Crisi: tuttavia statuisce che, nel caso in cui "tali elementi emergano prima facie dalla documentazione prodotta a correcc0 della

domanda di nomina dell'organismo (istanza propedeutica al deposito della proposta e ai conseguenti provvedimenti inibitori delle procedure espropriative in corso) e non siano idonei 'a mutare sino al momento del deposito della proposta medesima, tale inammissibilità possa essere rilevata immediatamente dal giudice designato sia pure finalizzato tale rilievo al propedeutico rilievo dell'inammissibilità della nomina dell'Organismo di composizione della Crisi".

In questa pronuncia il Tribunale di Milano, quindi, ha distinto espressamente tra le due procedure: quella di nomina del gestore della crisi e quella che successivamente si sarebbe instaurata con la proposta per il sovra- indebitamento, definendo la prima come meramente Propedeutica alla seconda. Il dubbio che si pone il giudice nel caso concreto è se si possa/debba rigettare la richiesta della nomina di un gestore della crisi anche nel caso in cui il soggetto che l'ha presentata non abbia i requisiti soggettivi per accedere alle procedure di sovraindebitamento. La pronuncia, quindi, accede e sottintende una ricostruzione ben diversa, che è quella che è invalsa anche presso questo Tribunale e che distingue tra le due procedure, quella di nomina e quella di sovraindebitamento.

Ritiene questo Tribunale che si tratti, in realtà, di due procedure: la prima, del tutto eventuale, potendo essere sostituita con la nomina da parte dell'OCC in sede non giurisdizionale, ha natura di volontaria giurisdizione pura: dal punto di vista soggettivo, vede la partecipazione del solo istante; dal punto di vista oggettivo è circoscritta alla nomina del gestore.

La seconda, del tutto eventuale anche dopo che si è svolta la prima e non necessariamente preceduta dalla nomina in sede giudiziale, può avere ad oggetto una delle tre procedure universali e concorsuali di cui alla legge sul sovraindebitamento, e che vede come soggetti controinteressati i creditori. La nomina del gestore della crisi, quanto venga richiesta presso il Tribunale e non presso l'Organismo di Composizione della Crisi (a Genova costituito presso l'Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili), dà luogo ad un procedimento di nomina che ha natura di volontaria giurisdizione. Esso è assimilabile ai diversi procedimenti previsti in più parti del codice civile e delle leggi speciali che demandano al Presidente del Tribunale o al Tribunale (spesso al Tribunale delle Imprese) la nomina di soggetti come i liquidatori delle società gli stimatori, i certificatori esperti (si pensi alla materia delle attestazioni SOA nel caso di cessione di rami di azienda). Si tratta di procedure che hanno il loro inizio con la richiesta della nomina e la loro fine con l'emissione nel provvedimento di nomina o con l'eventuale rigetto/inammissibilità della istanza di nomina. Come si è accennato, si deve rilevare che nel caso del gestore della crisi, l'esistenza di questa fase di volontaria giurisdizione non è neppure necessaria: la nomina può anche essere richiesta all'Organismo di Composizione della Crisi, senza, quindi, instaurare alcuna procedura giurisdizionale. Questo, peraltro, è avvenuto nel caso di specie, ove l'istante ha richiesto ed ottenuto presso l'OCC sito presso l'Ordine dei Commercialisti di Genova la nomina del gestore della crisi. Correlativamente, si deve rilevare che neppure ad ogni nomina consegue necessariamente una procedura concorsuale di sovraindebitamento, in quanto la nomina del gestore della crisi molte volte non porta ad alcuna proposta ai sensi della legge 3/2012. Sono numerosi i casi in cui nulla — dopo la nomina — avviene, perché la complessità delle situazioni concrete spesso impedisce di pervenire ad una concreta proposta.

È erroneo, pertanto, qualificare il momento della nomina come l'inizio della procedura del sovraindebitamento.

Nel caso concreto, poi, con la richiesta di nomina di "Naturale srl" presso l'OCC istituito presso l'Ordine dei dottori

Commercialisti ed Esperti Contabili di Genova nessuna procedura giurisdizionale, di alcun tipo, è stata instaurata presso il Tribunale, limitandosi "Naturale srl" a richiedere la e nomina presso l'OCC, senza instaurare alcun procedimento di volontaria giurisdizione.

Diversa è la successiva instaurazione di una procedura di sovraindebitamento: nel caso di specie iniziata il 21 ottobre 2019, iscritta nella medesima data ed assegnata a questo giudice il 22 ottobre.

Prima di questo momento non pendeva presso il Tribunale alcuna procedura.

Per maggiore chiarezza, si deve aggiungere che le conclusioni non muterebbero neppure se la nomina fosse stata richiesta da "Naturale srl" con l'instaurazione di una richiesta di nomina al Tribunale, perché, come si è detto sopra, la procedura di nomina non prevede altro provvedimento che la nomina stessa: Nel nostro Ufficio il Presidente della Sezione Fallimentare, cui tabellarmente assegnata la nomina dei gestori della crisi, al momento della nomina del gestore dichiara anche espressamente la chiusura del procedimento.

Si tratta, come già si è accennato, di due procedure che sono diverse dal punto di vista soggettivo ossia dei soggetti-partecipanti: la prima, del tutto eventuale (potendo essere sostituita con la nomina da parte dell'OCC) con natura di volontaria giurisdizione pura, senza alcuna partecipazione dei controinteressati, che non hanno alcuna conoscenza né della istanza né della nomina del gestore della crisi. La seconda (relativa ad una delle tre procedure per il sovraindebitamento) del tutto eventuale e non necessariamente preceduta dalla nomina in sede giudiziale, con specifici momenti di pubblicità finalizzata a coinvolgere i soggetti controinteressati, ossia i creditori sui cui diritti può avere un riflesso la procedura e che possono costituirsi come parti.

Soltanto l'instaurazione della seconda procedura (se non addirittura la pronuncia di un provvedimento di ammissione alla procedura) può avere, nei confronti dei creditori, l'effetto preclusivo delle procedure concorsuali minori che il ricorrente vorrebbe far conseguire dalla instaurazione della procedura di nomina (qui peraltro non avvenuta in sede giurisdizionale).

Mancanza dei requisiti soggettivi

Si deve, pertanto, ritenere che "Naturale s.r.l." in liquidazione al momento del deposito del ricorso non godesse più dell'esenzione di cui all'art. 31 c.1 e 4 d.l. 179/2012 e che, ai sensi dell'art. 9 della legge n. 3 del 2012 si tratta di soggetto escluso dall'ambito applicativo delle procedure da sovraindebitamento. Il ricorso deve, quindi, essere respinto.

P.Q.M.

Respinge il ricorso. (... *Omissis*...)

Corte di Cassazione, sez. I civ., 11 novembre 2019, n. 29052 - Pres. Di Virgilio - Rel. Pazzi - C. (Avv. Ferrando) c. A.I. s.r.l. in l.c.a. (Avv. Gallo) e jA. Sim s.p.a. in liq. (Cassa con rinvio, decreto Tribunale Genova, 23 gennaio 2014)

IMPUGNAZIONI civili - identificazione - ultrattività del rito - qualificazione dell'azione effettuata dal giudice - legittimazione del creditore opponente - presupposti - natura impugnatoria del rimedio.

LIQUIDAZIONE coatta amministrativa - S.I.M. - opposizioni allo stato passivo - normativa applicabile - am-

missione al passivo - disciplina antecedente l'entrata in vigore del d. lgs. 181/2015 - normativa speciale e autonoma - applicabilità artt. 98 e 99 L.F. - esclusione.

(Art. 57, comma 3, d. lgs. 58/1998 c.d. T.U.F., Artt. 80, 87, commi 2, 3 e 4, e 88 d. lgs. 385/1993 c.d. T.U.B.)

In ragione del consolidato principio di ultrattività del rito, l'identificazione del mezzo di impugnazione esperibile contro un provvedimento giurisdizionale va operata con riferimento esclusivo a quanto previsto dalla legge per le decisioni emesse secondo il rito in concreto adottato in relazione alla qualificazione dell'azione effettuata dal giudice.

Nell'opposizione al passivo, il presupposto per la legittimazione del creditore opponente deve essere individuato nella reiezione o nell'accoglimento parziale della domanda, riconoscendo così la natura impugnatoria del rimedio e ancorando la relativa titolarità al comune criterio della soccombenza.

A norma dell'art. 57, comma 3, del d. lgs. n. 58/1998, la liquidazione coatta amministrativa delle società di intermediazione mobiliare rimane regolata, in tema di opposizioni allo stato passivo, dalle disposizioni contenute, tra l'altro, negli artt. 87, commi 2, 3 e 4, e 88 del d. lgs. n. 385/1993.

Nella disciplina antecedente l'entrata in vigore del d. lgs. 181/2015, l'accertamento dei crediti nella liquidazione delle S.I.M., delle società di gestione del risparmio e delle S.I.C.A.V. era regolamentato - stante il richiamo contenuto nell'art. 57, comma 3, T.U.F. alla clausola di prevalenza contenuta nell'art. 80, comma 6, T.U.B. - dalle disposizioni delle leggi speciali, risultando applicabili le disposizioni della legge fallimentare soltanto "per quanto non espressamente previsto", a conferma dell'autonomia normativa della liquidazione coatta amministrativa delle società di intermediazione mobiliare, in parallelo con la liquidazione coatta amministrativa bancaria.

P.MO.

(... Omissis...) **Rilevato che:**

1. il Ministero dell'Economia e delle Finanze, con decreto del 7 maggio 2013, revocava l'autorizzazione all'esercizio dell'attività di intermediazione mobiliare in favore di Abacus Sim s.p.a. assoggettando la società a liquidazione coatta amministrativa ai sensi dell'art. 57, comma 1, d. lgs. 58/1998; i commissari liquidatori di Abacus Sim s.p.a. in l.c.a. ammettevano al passivo il credito vantato da Auditors Italiana s.r.l. in l.c.a. per € 54.724.210,40 con riserva, in applicazione dell'art. 96, comma 2, n. 2, legge fall., in considerazione della materiale impossibilità per la procedura istante di produrre i titoli necessari a provare l'esistenza del suo credito, stante l'assoggettamento a sequestro penale di tutta la documentazione contabile e contrattuale societaria;

2. a seguito dell'opposizione presentata, ai sensi del combinato disposto degli artt. 57 T.U.F. e 87 T.U.B., dal creditore Francesco Cauvin rispetto a tale ammissione il Tribunale di Genova, precisava in limine che la disciplina prevista dagli artt. 98 e 99 legge fall., doveva ritenersi di generale applicazione per tutte le procedure concorsuali; nel merito il collegio dell'opposizione reputava che l'esistenza di un sequestro preventivo penale su tutta la documentazione societaria di Auditors costituiva un tipico caso di *factum principis*, che rendeva non imputabile al creditore istante la mancata disponibilità dei materiali necessari a suffragare la sua pretesa creditoria, ritenendo poi che l'onere di indicazione dei documenti che il creditore si riservava di produrre fosse stato assolto tramite il richiamo, all'interno de l'istanza di ammissione al passivo, della corrispondenza intercorsa fra le due compagini;

in virtù di simili argomenti il Tribunale rigettava, con decreto definito "ex art. 99 legge fall." (pag. 1) depositato in data 16 gennaio 2014, l'opposizione proposta "ex art. 98 e 20911 co. LF" (pag. 3) da Francesco Cauvin rispetto all'ammissione con riserva disposta dai commissari liquidatori;

3. per la cassazione di tale decreto ha proposto ricorso Francesco Cauvin prospettando tre motivi motivi di doglianza, ai quali I-19 resistito con controricorso Auditors Italiana s.r.l. in l.c.a.; l'intimata Abacus Sim s.p.a. in l.c.a. non ha svolto alcuna difesa; entrambe le parti costituite hanno depositato memoria ai sensi dell'art. 380 bis.1 cod. proc. civ.;

Considerato che:

4. è opportuno compiere in via preliminare alcune precisazioni in merito all'ammissibilità del ricorso in esame;

4.1 il provvedimento adottato dal collegio di merito - e da questi a più riprese ricondotto al procedimento di impugnazione regolato dagli artt. 98 e 99 legge fall. - non poteva che essere impugnato in questa sede secondo le modalità previste dall'art. 99, comma 11, legge fall.;

l'identificazione del mezzo di impugnazione esperibile contro un provvedimento giurisdizionale va infatti operata con riferimento esclusivo a quanto previsto dalla legge per le decisioni emesse secondo il rito in concreto adottato in relazione alla qualificazione dell'azione effettuata dal giudice;

e ciò in ragione del consolidato principio di ultrattività del rito che - quale specificazione del più generale principio per cui l'individuazione del mezzo di impugnazione esperibile deve avvenire in base al principio dell'apparenza, cioè con riguardo esclusivo alla qualificazione, anche implicita, dell'azione e del provvedimento compiuto dal giudice, giusta od errata che sia -

trova fondamento, oltre che nella necessità di tutela dell'affidamento della parte (Cass. 2948/2015), nel fatto che il mutamento del rito con cui il processo è erroneamente iniziato compete esclusivamente al giudice (Cass. 210/2019, Cass. 20705/2018);

4.2 l'intervenuta ammissione al passivo con riserva del credito vantato da Auditors Italiana s.r.l. in l.c.a. non pregiudicava l'immediata proponibilità dell'opposizione del creditore Cauvin e, di conseguenza, la ricorribilità per cassazione della decisione assunta;

in vero, malgrado l'attuale art. 98 legge fall., non preveda espressamente la legittimazione dei creditori ammessi con riserva a presentare opposizione, nel senso stabilito dall'art. 98, comma 1, legge fall., nel testo non più vigente, una simile legittimazione può essere ricavata dall'attuale disposto del secondo comma della norma in parola, che individua quale presupposto per la legittimazione del creditore opponente la reiezione o l'accoglimento parziale della domanda, riconoscendo così la natura impugnatoria del rimedio e ancorando la relativa titolarità al comune criterio della soccombenza;

l'opposizione al passivo deve perciò ritenersi ammissibile a beneficio dei creditori ammessi con riserva, ove, all'esito di un raffronto tra il tenore letterale della domanda di insinuazione presentata e il tenore formale della corrispondente decisione giudiziale, esista un divario - fra l'aspirazione del creditore a un *quid pluris*, costituito dall'ammissione immediata e incondizionata del suo credito allo stato passivo, e il provvedimento di ammissione con riserva adottato - da apprezzarsi in termini di soccombenza;

del pari e per converso la legittimazione all'impugnazione dei creditori ammessi pregiudicati dal riconoscimento di diritti in favor di altri soggetti discende dall'accoglimento, seppur parziale ed in termini di ammissione con riserva, della domanda di questi ultimi volta all'inclusione del loro diritto di credito nel novero del passivo;

5. la controricorrente Auditors Italiana s.r.l. in l.c.a. ha sostenuto nella propria memoria conclusiva che la materia del

contendere sarebbe nel frattempo cessata a seguito della definitiva ammissione del proprio credito al passivo di Abacus Sim s.p.a. in l.c.a.;

l'assunto risulta tuttavia privo di ogni riscontro documentale ed è quindi inidoneo ad esimere questa Corte dall'esame del ricorso presentato;

6.1 il primo motivo denuncia, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 4, cod. proc. civ., la violazione o falsa applicazione degli artt. 209 legge fall., 57, comma 3, d. lgs. 58/1998, 87, commi 3 e 4, e 88 d. lgs. 385/1993: il Tribunale di Genova avrebbe erroneamente applicato alla fattispecie in esame la disciplina contenuta negli artt. 98 e 99 legge fall., omettendo di prendere in considerazione la normativa speciale vigente in tema di liquidazione coatta amministrativa delle società di intermediazione mobiliare, di natura autonoma, in forza della quale il procedimento era regolato dall'art. 87, commi 3 e 4, T.U.B. e andava deciso con sentenza, ai sensi del successivo art. 88; in questo modo il diritto di difesa dell'opponente sarebbe stato pregiudicato sia per l'impossibilità di proporre appello, con la conseguente facoltà di prospettare in quella sede anche motivi di merito, sia per la mancata riunione alle altre cause di opposizione proposte avverso lo stato passivo di Abacus Sim s.p.a. in l.c.a.;

6.2 il motivo è fondato;

la fattispecie in esame è disciplinata dall'assetto normativo Vigente nel momento in cui la decisione impugnata è stata resa, quando ancora non era entrato in vigore il d. lgs. n. 181 del 2015 (il quale non solo ha disposto la modifica degli artt. 87 e 88 del d. lgs. 385/1993, ma ha anche stabilito - all'art. 3, comma 5 - che per le procedure di liquidazione coatta amministrativa previste dal d. lgs. 58 del 1998 in corso le sentenze pronunciate ai sensi dell'art. 87 T.U.B. dopo la sua entrata in vigore fossero impugnabili esclusivamente con ricorso per cassazione);

questo panorama normativo è costituito dall'art. 57, comma 3, del d. lgs. n. 58 del 1998, secondo cui la liquidazione coatta amministrativa delle società di intermediazione immobiliare rimane regolata, in tema di opposizioni allo stato passivo, dalle disposizioni contenute, fra l'altro, negli artt. 87, commi 2, 3 e 4, e 88 del d. lgs. n. 385 del 1993; e tali norme prevedevano, nel testo applicabile *ratione temporis*, che la decisione fosse assunta dal collegio con un'unica sentenza relativa alle varie cause di opposizione suscettibile di appello;

una volta esclusa la rilevanza della mancata riunione - posto che la norma non prevede espressamente la sanzione della nullità per la violazione del disposto dell'art. 87, comma 4, T.U.B. né potendosi ritenere il provvedimento impugnato, a norma dell'art. 156, comma 2, cod. proc. civ., inidoneo a raggiungere il suo scopo di decidere la causa, potendo determinare al più solo il rischio di giudicati contrastanti o dissimili su questioni identiche -, occorre rilevare come la tesi illustrata dal giudice di merito rispetto alla disciplina che presiede il giudizio di opposizione non appaia condivisibile;

un simile assunto, nel ritenere che il nuovo assetto dell'opposizione a stato passivo introdotto dagli artt. 98 e ss. legge fall. valga per tutte le procedure concorsuali, abrogando implicitamente per incompatibilità ogni diversa disciplina, trascura di considerare che l'accertamento dei crediti nella liquidazione delle S.I.M., delle società di gestione del risparmio e delle S.I.C.A.V. era regolamentato - stante il richiamo contenuto nell'art. 57, comma 3, T.U.F. alla clausola di prevalenza contenuta nell'art. 80, comma 6, T.U.B. - dalle disposizioni delle leggi speciali, risultando applicabili le disposizioni della legge fallimentare soltanto "per quanto non espressamente previsto";

una conferma dell'autonomia normativa della liquidazione coatta amministrativa delle società di intermediazione immobiliare, in parallelo con la liquidazione coatta amministrativa bancaria, viene del resto dal diretto intervento compiuto in seguito dal legislatore al fine di attribuire alla materia una disciplina coerente con le regole generali in tema di opposizioni a stato passivo, a dimostrazione del fatto che nessuna abrogazione implicita potesse essere predicata e la *reductio ad unum* necessitasse di un esplicito riassetto; l'erronea applicazione della regola processuale ha poi provocato, per la parte, un'apprezzabile lesione del diritto di difesa, precludendogli il giudizio di appello a cui aveva diritto e la proponibilità in quella sede di ogni doglianza relativa anche al merito della controversia;

7. l'accoglimento della prima doglianza comporta l'assorbimento degli ulteriori motivi di ricorso presentati;

8. il provvedimento impugnato andrà dunque cassato, con rinvio al Tribunale di Genova, il quale, nel procedere a nuovo esame della causa, si atterrà ai principi sopra illustrati, avendo cura anche di provvedere sulle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo motivo di ricorso, dichiara assorbiti gli altri, cassa il decreto impugnato in relazione al motivo accolto e rinvia la causa al Tribunale di Genova in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità. (...*Omissis*...)

Corte di Cassazione, sez. III civ., 14 febbraio 2017, n. 3795.

(Cassa con rinvio, decreto Tribunale Genova, 23 gennaio 2014)

LOCAZIONE - disciplina delle locazioni di immobili urbani (legge 27 luglio 1978 n. 392) - disposizioni processuali - controversie relative alla finita locazione - immobili adibiti ad uso diverso da quello di abitazione - in genere convalida di licenza per finita locazione - possibilità per il locatore di avvalersi dopo la scadenza del contratto di clausola risolutiva espressa - esclusione - indennità per perdita dell'avviamento - debenza.

In tema di locazione di immobili ad uso diverso da quello abitativo, ove il rapporto sia cessato a seguito di convalida della licenza intimata dal locatore, questi - difettando di interesse al riguardo - non può far valere, dopo la scadenza, una clausola risolutiva espressa del contratto, neppure al fine di sottrarsi al versamento dell'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale (Cassa con rinvio, Corte d'Appello di Genova, 14 novembre 2014).

(...*Omissis*...)

Svolgimento del processo.

Dopo aver comunicato la volontà di avvalersi (a causa del mancato pagamento di canoni) della clausola risolutiva espressa contenuta nel contratto di locazione stipulato con la Nursing & Residence s.r.l., la Immobiliare Attilia s.r.l. propose ricorso ex art. 447 bis c.p.c., per sentir dichiarare l'avvenuta risoluzione del contratto e per accertare che alla conduttrice non spettava l'indennità per la perdita dell'avviamento.

La Nursing & Residence resistette alla domanda e, a seguito di separato ricorso monitorio, ottenne l'ingiunzione di pagamento della somma dovuta per l'indennità di avviamento commerciale.

Riuniti i due giudizi, il Tribunale di Chiavari rigettò le domande della Immobiliare Attilia e condannò la locatrice al pagamento dell'indennità.

La Corte di Appello di Genova ha affermato che l'esistenza del debito della conduttrice risultava accertata con efficacia di giudicato (per effetto di ordinanza L. n. 253 del 1950, ex art. 41, non impugnata) e che tale debito persisteva alla data in cui la locatrice aveva comunicato di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa; ha pertanto dichiarato risolto il contratto di locazione (rilevando che sussisteva l'interesse della locatrice a far valere la risoluzione anche "in presenza di una causa di estinzione del rapporto, quale la naturale scadenza, precedentemente verificatasi") e ha ritenuto non dovuta l'indennità per la perdita dell'avviamento (pur avendo accertato che l'attività svolta dalla Nursing & Residence - che gestiva una casa di riposo per anziani - aveva natura imprenditoriale e comportava contatti diretti col pubblico degli utenti).

Ricorre per cassazione la Nursing and Residence s.r.l. in liquidazione, affidandosi a sei motivi; resiste l'intimata a mezzo di controricorso contenente ricorso incidentale basato su un unico motivo; ad esso resiste la Nursing and Residence con controricorso.

Entrambe le parti hanno depositato memoria.

Motivi della decisione.

1. Col primo ("violazione ed errata applicazione di legge in relazione agli artt. 1453 e 1456 c.c.") e col secondo motivo (che denuncia la violazione della L. n. 392 del 1978, art. 34) la ricorrente censura la Corte laddove ha affermato che la risoluzione per inadempimento del contratto di locazione può essere fatta valere anche nel caso in cui si sia precedentemente verificata la naturale scadenza: evidenza che la comunicazione del locatore di avvalersi della clausola risolutiva espressa (che non poteva aver prodotto effetti che dal momento in cui il conduttore l'aveva ricevuta, ossia dal 16.12.2008) era stata successiva di due giorni alla scadenza del contratto (avvenuta il 14.12.2008, come da licenza per finita locazione e successiva convalida) e assume che "se può essere accettabile che il locatore possa chiedere la risoluzione del contratto anche dopo la sua scadenza per non pagare l'indennità di avviamento, ciò potrebbe fare solo per far accertare una causa di risoluzione per grave inadempimento (art. 1453 cc) mai per far accertare l'operatività di una clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.) comunicata dopo la scadenza del contratto"; conclude pertanto che la già avvenuta cessazione del contratto per finita locazione comportava la "preclusione a far valere la clausola", con la "ulteriore conseguenza" della "debenza dell'indennità di avviamento, poiché la inutile tentata risoluzione del contratto per inadempimento non è ostativa alla insorgenza del diritto L. n. 392 del 1978, ex art. 34, comma 1".

2. Il terzo e il quarto motivo denunciano l'omesso esame di un fatto decisivo individuato - in un caso - nella circostanza che il 29.12.2006, la Nursing e Residence aveva trasmesso alla locatrice, tramite bonifico, la somma corrispondente alle mensilità da aprile a dicembre 2006 e - nell'altro caso - nel fatto che la conduttrice aveva versato alle imprese esecutrici dei lavori sull'immobile la quota dell'80% dei canoni "oltre al corrispondente quoziente dell'80% di IVA", corrispondendo invece alla locatrice la restante quota del 20% del canone e della relativa IVA. 3. Il quinto motivo deduce la "violazione ed errata applicazione degli artt. 112 e 132 c.p.c., e dell'art. 12 preleggi", e contesta la sussistenza del giudicato circa la posizione debitoria della conduttrice.

4. Il sesto motivo censura, sotto il profilo dell'omesso esame di un fatto decisivo e con richiamo al terzo e al quarto mo-

tivo, l'affermazione della Corte secondo cui il credito della locatrice venne estinto "solo mediante l'azione esecutiva successiva all'invocazione della clausola risolutiva espressa".

5. L'unico motivo del ricorso incidentale prospetta la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 35 L. n. 392/78 in relazione all'affermazione della Corte secondo cui "deve presumersi che la casa di riposo per anziani gestita da Nursing & Residence avesse natura imprenditoriale".

6. Il ricorso principale è fondato in relazione ai primi due motivi.

La quaestio iuris sottoposta alla Corte attiene alla possibilità o meno di far valere una clausola risolutiva espressa in un momento successivo alla cessazione del contratto per finita locazione (nel caso, il contratto era cessato alla scadenza del 14.12.2008, a seguito di licenza convalidata nell'anno 2004; la volontà della locatrice di avvalersi della clausola risolutiva espressa era stata invece comunicata con missiva pervenuta alla conduttrice il 16.12.2008, e quindi in data successiva alla cessazione del contratto per finita locazione). Ad essa è collegata la questione (costituente la ragione del contendere) concernente la spettanza o meno dell'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale, che - ai sensi della L. n. 392 del 1978, art. 34, comma 1, - va riconosciuta in caso di cessazione della locazione promossa dal locatore e va negata, invece, in caso di risoluzione per inadempimento del conduttore.

I precedenti richiamati dalla sentenza impugnata (ossia Cass. n. 8435/2002 e Cass. n. 28416/2008, come pure altri successivi) riguardano l'ipotesi della cessazione per finita locazione (o, comunque, della restituzione dell'immobile) che intervenga in pendenza di un giudizio di risoluzione per inadempimento e affermano - condivisibilmente - che la scadenza del contratto o comunque - la restituzione dell'immobile non determinano la cessazione della materia del contendere in relazione alla domanda di risoluzione per inadempimento, in quanto il locatore conserva interesse alla pronuncia sull'inadempimento "potendo da tale accertamento derivare effetti a lui favorevoli come, in caso di immobile non abitativo, la non debenza dell'indennità di avviamento" (Cass. n. 8435/2002; conformi Cass. n. 2082/2012 e Cass. n. 25740/2015).

Diverso è il caso in esame, in cui la clausola risolutiva è stata fatta valere (con comunicazione ricevuta il 16.12.2008 ed efficace da tale momento, ex art. 1334 cod. civ.) a contratto già cessato, in quanto scaduto - come detto - il 14.12.2008, a seguito di convalida di licenza del maggio 2004.

In tale ipotesi, la debenza dell'indennità era ormai "cristallizzata" per il fatto che il contratto era cessato a seguito dell'iniziativa della locatrice (licenza) e non vi era pertanto spazio - e interesse - per l'accertamento della risoluzione a seguito dell'esercizio della clausola risolutiva espressa in un momento successivo alla cessazione del contratto.

Va pertanto affermato il seguente principio di diritto: "cessato il contratto di locazione relativo ad un immobile ad uso diverso da quello abitativo a seguito di convalida della licenza intimata dal locatore, questi non ha interesse a far valere, dopo la scadenza, una clausola risolutiva espressa del contratto, neppure al fine di sottrarsi al versamento dell'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale".

Accolto dunque il ricorso principale in relazione ai primi due motivi (con assorbimento dei restanti quattro), deve cassarsi la sentenza in relazione ad essi, disponendosi il rinvio alla Corte di Appello di Genova, in diversa composizione, che si atterrà al principio di diritto sopra affermato.

7. Il ricorso incidentale è infondato.

La Corte ha ampiamente e correttamente motivato sulla natura dell'attività della casa di riposo e sulla sussistenza

del requisito del contatto diretto col pubblico degli utenti, sottolineando - quanto al primo profilo - la prevalenza di un'attività di natura imprenditoriale (che collocava le prestazioni propriamente professionali in un contesto organizzato di una pluralità di servizi, quali la refezione, l'alloggio, la pulizia, l'assistenza alla vita quotidiana) e rilevando quanto al secondo profilo - che la circostanza che, negli anni più recenti, i posti letto fossero stati tutti assegnati alla ASL non valeva ad escludere che l'attività fosse - per sua natura - comunque aperta al contatto diretto col pubblico degli utenti (come lo era stata prima della convenzione con la ASL), in conformità alle stesse previsioni contrattuali.

Sulla base di tali apprezzamenti in fatto, non sindacabili in sede di legittimità, non risulta configurabile, sotto alcun profilo, la dedotta violazione della L. n. 392 del 1978, art. 35.

8. Il giudice di rinvio provvederà anche sulle spese di lite.

9. In relazione al ricorso incidentale, proposto successivamente al 30.1.2013, sussistono le condizioni per l'applicazione del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater.

P.Q.M.

rigettato il ricorso incidentale, la Corte accoglie i primi due motivi del ricorso principale, dichiarando assorbiti gli altri, cassa in relazione e rinvia, anche per le spese di lite, alla Corte di Appello di Genova, in diversa composizione.

(...*Omissis*...)

Tribunale di Savona, 25 febbraio 2019 - Pres. Princiotta - Rel. Acquarone - B. (Avv. Manti) c. B. (Avv. Zunino, Merrino e Fabbrocini) e c. M. (Avv. Sbressa) e c. V. (Avv. Salvini).

SUCCESSIONE ereditaria - accettazione beneficiata - azione di riduzione e di simulazione - presupposti.

L'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario rappresenta una vera e propria condizione di ammissibilità dell'azione di riduzione così come, parimenti, anche dell'azione di simulazione, ogni qualvolta quest'ultima sia funzionale all'esperienza della prima, tendendo a svelare la reale natura giuridica degli atti di disposizione posti in essere in vita dal de cuius, quali vendite dissimulanti donazioni.

GIU.P.

(...*Omissis*...)

Svolgimento del processo.

Con atto di citazione datato 21.2.2017 Giorgio conveniva in giudizio davanti al Tribunale di Savona, Pietro Antonio, Dario, Anna e Barbara indicando quanto segue: la propria madre Bartolomea, dopo la morte del marito Adolfo, aveva intrattenuto relazione sentimentale con Augusto fino al decesso della stessa avvenuto in data 5.8.1996; dopo la morte della Bartolomea, Augusto aveva deciso di procedere alla sua adozione, dichiarata con decreto del Tribunale di Monza del 7.7.1997 ed in forza di tale provvedimento aveva acquisito la posizione di figlio legittimo del medesimo Augusto; dopo la morte della madre, aveva lasciato gestire in via esclusiva al padre adottivo una serie di titoli (meglio specificati in atti) in comproprietà al 50% tra il predetto e la Bartolomea e il valore della quota dei titoli della madre ammontava a € 439.515,52=; dopo l'agosto del 2000 il aveva riallacciato i rapporti con i propri parenti (con i quali in passato aveva avuto screzi) e da quel periodo era iniziato il depauperamento del suo patrimonio mediante varie donazioni e/o altri atti; in particolare in data 1.12.2000 Augusto, con atto si-

mulato, aveva venduto al nipote Pietro Antonio, al prezzo di € 444.152,93=, la quota della proprietà del 50% di un fabbricato, sito in Cologno Monzese, composto di n. 4 piani fuori terra ed un seminterrato e lo stesso giorno aveva redatto nuovo testamento nominando eredi la sorella Emerenziana, il nipote Pietro Antonio e la badante Anna; inoltre, successivamente, aveva altresì (come emerso anche dalla perizia redatta dal dr. Giuseppe Auxilia nel procedimento R.G. n. 2826.2010 vertito davanti al Tribunale di Savona tra le stesse parti e per gli stessi motivi di diritto, poi interrotto e non riassunto) donato a Emerenziana e Carlo la somma di € 201.532,86= e a Anna la somma di € 276.609,90= (a tali donazioni doveva aggiungersi quella indiretta avvenuta a favore di Pietro Antonio, mediante la vendita simulata dell'immobile in precedenza indicato, sito in Cologno Monzese); a seguito della condotta tenuta da Augusto era stato privato della legittima a lui spettante e del patrimonio della Bartolomea (di cui era l'unico erede) che era stato gestito dal medesimo Augusto; in data 16.11.2008, era poi deceduta Emerenziana lasciando quali eredi Carlo e Dario; successivamente, in data 30.8.2015 era deceduto anche Carlo ed erede del predetto risultava essere la moglie Barbara; la vendita avvenuta, in data 1.12.2000, da parte di Augusto a favore di Pietro Antonio, al prezzo di € 444.152,93=, della quota della proprietà del 50% del citato fabbricato, sito in Cologno Monzese, era in realtà una donazione avendo l'acquirente versato l'importo concordato (£. 860.000.000=) con n. 9 assegni il denaro per il pagamento dei quali aveva tratto origine da fondi messigli a disposizione dallo stesso venditore mediante deposito sul conto appoggio n. 66/098389 presso Banca Fideuram: per tale motivo il valore dell'immobile (ben superiore a quello indicato nella vendita) doveva essere computato al fine della quantificazione del valore complessivo dell'asse ereditario del *de cuius* e ad esso dovevano essere aggiunti i frutti successivamente maturati; parimenti dovevano essere dichiarate nulle le donazioni di ingenti somme di denaro effettuate dal *de cuius* a favore di Emerenziana, Carlo e Anna, tutte avvenute senza il rispetto dei requisiti di forma previsti dal Legislatore; inoltre risultava l'unico erede della madre Bartolomea ed aveva diritto alla restituzione degli importi trattenuti da Augusto pari a € 439.515,52.

Concludeva, quindi, previo accertamento della nullità delle donazioni effettuate da Augusto a favore di Carlo, Emerenziana e Anna e previo accertamento della simulazione dell'apparente atto di compravendita a rogito Notaio Fontana di Milano del 1.12.2000 intervenuto tra Augusto e Pietro Antonio da ritenersi in realtà atto di donazione, da un lato, dichiararsi la sua qualità di erede unico della madre Bartolomea il cui patrimonio (rimasto nella disponibilità di Augusto) ammontava a € 439.515,52=, con condanna dei convenuti Pietro Antonio, Anna e Carlo e Dario (nella qualità di eredi di Emerenziana) in solido alla restituzione di tale importo e, dall'altro, accertarsi la lesione del suo diritto alla quota di legittima di Augusto con conseguente condanna dei convenuti, in solido o pro quota, alla restituzione delle somme ricevute a titolo di donazioni nei limiti della lesione del suo diritto alla legittima.

Si costituiva in giudizio Pietro Antonio che contestava le avversarie argomentazioni; rilevava che l'attore già aveva proposto le stesse domande nel giudizio R.G. n. 376.2008 vertito davanti al Tribunale di Savona, Sezione Distaccata di Albenga poi interrotto per la morte di Emerenziana e poi estinto ed in quello R.G. n. 2826.2010, vertito davanti al Tribunale di Savona (in relazione al quale era stata disposta e poi depositata nel 2015 C.T.U. contabile affidata al dr. Giuseppe Auxilia), poi interrotto per la morte di Carlo ed estinto per

mancata riassunzione; eccepiva, in via preliminare, l'improcedibilità della domanda per il mancato esperimento della procedura di mediazione obbligatoria e, comunque, per difetto di accettazione dell'eredità con beneficio di inventario risultando l'azione di riduzione proposta non nei confronti di coeredi, ma di legatari e donatari; sosteneva, inoltre, la nullità dell'atto di citazione per indeterminazione dell'oggetto e per la mancata indicazione della lesione della sua quota di riserva; nel merito, rilevava l'infondatezza dell'azione di riduzione e delle ulteriori domande; precisava che il *de cuius* Augusto aveva preso a cuore la situazione dell'attore su insistenze della Bartolomea, sebbene costui fosse dedito al gioco ed alla frequentazione di cattive compagnie; evidenziava che il padre adottivo aveva effettuato a favore del figlio adottivo molteplici donazioni e che i rapporti si erano incrinati quando il primo aveva scoperto di essere stato vittima di sottrazioni di denaro ad opera del secondo; indicava non essere provata la asserita simulazione dell'atto di vendita dell'immobile (in allora in pessimo stato) sito in Cologno Monzese, avvenuta in data 1.12.2000, di avere sostenuto per detto atto notarile spese per complessivi € 70.367,77= ed aggiungeva che il *de cuius* dopo la conclusione del negozio aveva reimpiegato la somma incassata; evidenziava di avere poi sostenuto ingenti esborsi per provvedere alla ristrutturazione del fabbricato (accensione di n. 2 mutui dell'importo di € 103.291,38= e di € 199.991,00=, somme poi utilizzate per le opere di ristrutturazione); sottolineava, quanto ai frutti rivendicati, che la lesione di legittima doveva essere valutata alla data della apertura della successione; aggiungeva inoltre che il testamento redatto dal *de cuius* Augusto in data 1.12.2000 (con revoca del precedente testamento olografo del 18.10.1996) aveva avuto proprio la finalità di escludere dall'asse il figlio adottivo; disconosceva la efficacia probatoria degli assegni apparentemente da lui sottoscritti quale beneficiario, prodotti dall'attore solo in copia e faceva altresì presente che la polizza a suo favore menzionata nel testamento del 1.12.2000 era stata poi riscattata ancora dal testatore; indicava, da ultimo, che il c.c. n. 3401 acceso presso Banca Popolare Spa, Agenzia n. 36 di Milano, cointestato tra Augusto e Bartolomea, era stato acceso e poi alimentato con denaro del solo e contestava che Augusto avesse dopo la morte della Bartolomea gestito denaro anche a lei appartenente.

Concludeva, quindi, per la reiezione delle domande proposte dall'attore o in subordine, nell'ipotesi di parziale accoglimento, indicava doversi tenere conto delle donazioni ricevute dal *de cuius* anche da parte dell'attore Sergio e la compensazione anche con le somme da lui sborsate per i mutui contratti e con gli esborsi sostenuti per la ristrutturazione dell'immobile di Cologno Monzese, nonché con le spese notarili e funerarie.

Si costituiva in giudizio Dario che sosteneva la nullità dell'atto di citazione per indeterminazione dell'oggetto del giudizio; nel merito, indicava di essere estraneo ai fatti di causa; indicava che a seguito della morte della madre Emerenziana (avvenuta in data 16.11.2008) non aveva ricevuto alcuna somma dalla predetta e di nulla sapere in relazione ai rapporti in essere tra Augusto, Emerenziana ed il padre adottivo Carlo; quanto a quest'ultimo rilevava che, con testamento olografo datato 23.12.2011, aveva nominato quale sua unica erede la seconda moglie Barbara; indicava, inoltre, che, in ogni caso, Augusto poteva disporre del suo patrimonio come meglio credeva e che anche l'attore aveva ricevuto dal padre adottivo consistenti elargizioni in denaro fino all'avvenuta interruzione dei rapporti con lo stesso.

Concludeva, quindi, per la reiezione delle domande contro di lui proposte.

Si costituiva in giudizio anche Anna che parimenti sosteneva

l'improcedibilità della domanda per mancato esperimento della procedura di mediazione e per difetto di accettazione dell'eredità di Augusto da parte di Sergio, con beneficio di inventario, nonché la nullità dell'atto di citazione per indeterminazione dell'oggetto del giudizio; nel merito, indicava che il *de cuius* aveva più volte indicato (anche al Giudice delegato in occasione della procedura di nomina di un amministratore di sostegno promossa dall'attore) la natura dei rapporti con il figlio adottivo; rilevava di avere svolto per oltre dieci anni le mansioni di badante ed assistenza di Augusto, senza essere stata regolarizzata dal punto di vista previdenziale e che, proprio per tale motivo, il *de cuius* nel testamento del 2000 l'aveva beneficiata con la polizza n. 3046716 Bipiemme Vita del valore di £. 10.000.000= poi da lui riscattata e versata su un conto corrente con lei cointestato acceso presso Banca Popolare Italiana Spa, filiale di Pietra Ligure e che i successivi depositi di denaro avvenuti su quel conto dal erano proprio la contropartita della sua attività lavorativa, al punto che anche Sergio, ben consapevole della situazione, nei precedenti giudizi da lui radicati, non aveva chiesto alcuna restituzione di importi da lei ricevuti a titolo di donazione, ma semmai solo il 50% della somma depositata sul suddetto conto corrente; negava in ogni caso di avere ricevuto donazioni di denaro dal *de cuius* per i rilevanti importi indicati in citazione.

Concludeva, quindi, per la reiezione delle domande contro di lei proposte.

Nessuno si costituiva in giudizio per Barbara della quale (dopo la conclusione della procedura di mediazione), all'udienza del 24.11.2017, veniva dichiarata la contumacia.

Concessi i termini per il deposito delle memorie istruttorie di cui all'art. 183 c.p.c., con ordinanza emessa a scioglimento di riserva in data 22.5.2018, il Tribunale ritenuta la causa matura per la decisione, rinviava per assegnazione a sentenza.

All'udienza del 22.6.2018, il procedimento veniva assegnato a decisione, con termine alle parti di sessanta giorni per il deposito della comparsa conclusoria e di ulteriori venti giorni per il deposito delle memorie di replica.

Motivi della decisione.

Sergio ha agito in giudizio (riproponendo in sostanza la domanda già formulata nel precedente giudizio R.G. n. 2826/2010, vertito davanti al Tribunale di Savona poi interrotto per la morte di Carlo ed estinto per mancata riassunzione), al fine di: 1) fare accertare la nullità per mancanza di forma (dovendo essi ritenersi alla stregua di donazioni) degli atti di elargizione compiuti dal padre (adottivo) Augusto a favore di Emerenziana, nella cui posizione è poi subentrato *iure successionis* il figlio Carlo, e di Dario, nella cui posizione è poi subentrato *iure successionis* la moglie Barbara (quanto alla domanda volta alla declaratoria di nullità delle asserite elargizioni compiute dal *de cuius* a favore dell'altra convenuta Anna, si dirà *infra*); 2) la lesione della quota di legittima di Augusto a lui spettante, in relazione al contenuto del testamento dallo stesso redatto in data 1.12.2000, lesione da ritenersi sussistente in forza della reale consistenza del patrimonio del *de cuius*, tenuto conto anche delle donazioni in denaro effettuate con la richiamata scheda testamentaria dal testatore a Carlo e Emerenziana (come detto *medio tempore* deceduti e nella cui posizione erano subentrati i rispetti eredi) e a Anna ed altresì della intervenuta simulazione dell'atto di compravendita (da qualificarsi in realtà come donazione indiretta) a rogito Notaio Fontana di Milano del 1.12.2000 avvenuto tra Augusto e Pietro Antonio, con il quale il primo aveva apparentemente venduto al secondo un immobile sito in Cologno Monzese; 3) la sua

qualità di erede unico di Bartolomea, con richiesta di restituzione della somma di € 439.515,52 facente parte dell'asse della stessa, importo di fatto poi rimasto nella disponibilità e concretamente gestito da Augusto e confluito poi nell'asse ereditario dello stesso e, quindi, indirettamente trasmesso ai suoi eredi.

Occorre preliminarmente richiamare i rapporti di parentela in essere tra i soggetti coinvolti nella presente causa.

L'attore Sergio risulta essere il figlio di Adolfo (estraneo alla vertenza) e Bartolomea; la Bartolomea, dopo la morte del marito Adolfo aveva intrattenuto relazione sentimentale (senza contrarre matrimonio) con Augusto; dopo la morte della Bartolomea avvenuta nel 1996, Augusto ha adottato il figlio della stessa Sergio (al punto che il predetto ha modificato il proprio cognome da a) ed il rapporto di adozione di persona di maggiore età è stato formalizzato con decreto del Tribunale di Monza del 7.7.1997 (in forza di tale provvedimento l'attore ha, quindi, acquisito la posizione di figlio legittimo del medesimo Augusto); Augusto è poi deceduto in data 15.6.2006 ed in precedenza aveva disposto del suo patrimonio con testamento 1.12.2000 (con il quale ha revocato ogni sua precedente disposizione testamentaria), Notaio Fontana di Milano.

Quanto alla posizione degli altri convenuti, Dario è erede di Emerenziana, deceduta nel 2008 (figlio), mentre Barbara è l'unica erede di Carlo (moglie di seconde nozze) in forza del testamento dallo stesso redatto (Carlo è deceduto nel 2015): costoro in base ai richiamati rapporti successori sono subentrati nelle posizioni già riconducibili rispettivamente a Emerenziana e Carlo.

Secondo la tesi dell'attore il *de cuius* Augusto (padre adottivo) avrebbe, da un lato, depauperato il proprio patrimonio, con una serie di atti a titolo gratuito intervenuti a favore di Emerenziana, di Carlo e di Anna, atti da ritenersi quali donazioni e da dichiararsi nulli per mancanza della forma richiesta dal Legislatore per la loro validità (con la conseguenza che gli importi oggetto di tali elargizioni dovrebbero essere restituiti dal soggetto beneficiati e/o dai loro eredi e rientrare nell'asse ereditario e, quindi, essere a lui attribuiti, quale erede del *de cuius*) e, dall'altro, in ogni caso, con la scheda testamentaria datata 1.12.2000, il testatore avrebbe leso la sua quota di legittima dovendo tenersi conto, ai fini della ricostruzione del valore dell'asse, sia delle donazioni (da dichiararsi, come detto, nulle per mancanza della forma richiesta *ex lege*) da lui eseguite a favore della sorella Emerenziana e del marito della stessa Carlo, nonché del nipote Pietro Antonio e della badante Anna (nominati, secondo la tesi attorea, eredi con quel testamento) e del rilevante valore del 50% di un cespite immobiliare sito in Cologno Monzese apparentemente venduto, ma in realtà parimenti donato (ragione per la quale ha chiesto anche accertarsi la simulazione di tale compravendita sempre nell'ottica del positivo esperimento dell'azione di riduzione testamentaria) sempre al nipote Pietro Antonio.

Più in dettaglio secondo la tesi dell'attore ed in base alle risultanze emerse anche dalla C.T.U. contabile affidata in altro giudizio al dr. Giuseppe Auxilia ed acquisita poi agli atti di questo procedimento, il padre adottivo Augusto avrebbe in vita donato a Emerenziana e Carlo la somma complessiva di € 201.532,86 (di cui € 48.725,65 in favore di Emerenziana e € 152.807,21 in favore di Carlo), a Anna la somma di € 276.609,60 ed il valore della donazione (apparente compravendita) del 50% del cespite immobiliare sito in Cologno Monzese avvenuta a favore di Pietro Antonio sarebbe stata almeno pari a € 444.152,93: dette somme dovrebbero essere, quindi, tenute in considerazione al fine della quantificazione del valore complessivo dell'asse e, te-

nuto conto della consistenza degli stessi, l'importo a lui attribuito in forza delle disposizioni testamentaria del 1.12.2000, risulta insufficiente a soddisfare il suo diritto a ricevere la quota legittima e, per tale motivo, ha proposto nei confronti dei convenuti azione di riduzione testamentaria.

Ciò rilevato in relazione ai rapporti, anche parentali, in essere tra le parti ed alle domande formulate dall'attore Sergio ed evidenziato che, pur in presenza di alcune ambiguità e sovrapposizioni, le domande da lui proposte in citazione appaiono sufficientemente chiare e determinate (al punto da doversi affermare l'infondatezza dell'eccezione dei convenuti di nullità della stessa per indeterminatezza dell'oggetto del giudizio), va osservato quanto segue.

In primo luogo la domanda dell'attore di accertamento della nullità delle donazioni effettuate dal *de cuius* ai convenuti risulta del tutto generica non essendo state neppure precisate in citazione le singole operazioni a cui le sue doglianze sono state rivolte: a tale proposito va osservato che la punto sub 7 dell'atto introduttivo del giudizio Sergio si è limitato a richiamare il contenuto della già citata C.T.U. redatta dal dr. Auxilia in altro giudizio, senza nuovamente indicarle e specificarle con conseguente violazione dell'onere di allegazione che deve riguardare gli atti processuali del giudizio in cui un diritto è fatto valere, non risultando sufficiente un mero richiamo *per relationem* a documentazione formata in altro procedimento.

In ogni caso, anche a volere ritenere che detto generico richiamo (che, lo si ribadisce, non individua alcuna operazione specifica che possa essere presa in considerazione dal Collegio), sia sufficiente, va rilevato che all'esito della perizia Auxilia è emerso come il *de cuius* fosse titolare di un rilevante numero di posizioni e rapporti bancari e fosse solito disinvestire e reinvestire il proprio denaro con frequenti spostamenti dello stesso da un conto all'altro (ed uno di questo conti, quello acceso presso la Banca Bipielle.net, filiale di Milano n. 4526/77, era, fra l'altro cointestato tra lui e la sorella Emerenziana, al punto che tutta una serie di operazioni di disinvestimento da lui eseguite mediante versamento di rilevanti importi di denaro su tale conto, non hanno poi comportato uno spostamento di denaro, rimasto sempre nella sua disponibilità; vd. perizia Auxilia punto n. 2 sub A) da pag. 11 a pag. 15).

Quanto invece alle operazioni meglio descritte dal C.T.U al punto sub 2B) del proprio elaborato peritale (pagg. 15 e 16) che avrebbero portato all'attribuzione di rilevanti importi già appartenuti al *de cuius* a Emerenziana e a Carlo, mediante versamenti effettuati con n. 3 assegni bancari risalenti al novembre 2000 per complessive £. 385.000.000= (pari a € 198.835,91=) e confluiti sul conto n. 452879 cointestato a Emerenziana e Carlo, acceso presso Bipielle.net Spa filiale di Milano (importo poi da costoro reinvestito in prodotti finanziari) e mediante versamento del l'assegno di £. 16.350.000=, emesso, sempre nel novembre 2000, su altro c.c. cointestato a Emerenziana e Carlo e, segnatamente sul c.c. n. 1343 acceso presso Banca Popolare di Novara Spa, filiale di Borgo Ticino (operazioni meglio descritta dal C.T.U al punto sub 2C) del proprio elaborato peritale pagg. 16 e 17), va sottolineato come l'attore non abbia fornito al Collegio alcun concreto elemento utile per potere effettivamente affermare la natura di tali operazioni e la effettiva volontà di Augusto di volere beneficiare Emerenziana e Carlo.

In tal senso va osservato che per aversi donazione, anche indiretta, non basta l'arricchimento di una persona, operato da un'altra mediante la disposizione di un diritto o la assunzione di un'obbligazione e, quindi, non risulta sufficiente una attribuzione patrimoniale gratuita, ma è necessario che

questa sia fatta specificamente per spirito di liberalità e tale *animus*, partecipando della causa del contratto come qualificazione in senso soggettivo della gratuità, consiste nella coscienza, da parte del donante, di compiere, in favore del donatario, un'attribuzione patrimoniale *nullo jure cogente*, nel senso che il comportamento non deve essere determinato da un vincolo giuridico o da un vincolo extragiuridico rilevante per la legge: nel caso esaminato l'attore si è limitato sul punto a dedurre un unico capitolo di prova (quello sub 3 della memoria datata 13.2.2018) avente ad oggetto l'avvenuta elargizione della somma da parte di Augusto ai suddetti, convenuti senza peraltro in alcun modo effettuare riferimento all'inesistenza di eventuali rapporti sottostanti che avrebbero potuto, per svariate ragioni, giustificare il versamento anche tenuto conto dei plurimi rapporti in essere tra le parti (va osservato sul punto che i beneficiati, ormai deceduti non sono neppure più parti del presente processo essendo subentrati i loro eredi che peraltro hanno indicato, laddove si sono costituiti, di nulla conoscere in relazione a fatti avvenuti molti anni prima e che avevano riguardato esclusivamente i loro danti causa).

In sostanza, anche volendo fare riferimento al contenuto della C.T.U Auxilia, non risulta provata la natura gratuita delle operazioni a cui il perito ha fatto riferimento e che ha portato allo spostamento di importi dalla disponibilità di Augusto a quella di Emerenziana e Carlo.

In relazione poi alle presunte donazioni effettuate dal *de cuius* Augusto alla convenuta Anna, va rilevato che nell'atto di citazione datato 21.2.2017 l'attore Sergio al primo punto delle conclusioni ha limitato la domanda di accertamento della nullità delle donazioni in denaro fatta dal *de cuius* ai soli beneficiati Carlo e Emerenziana con la conseguente richiesta di restituzione formulata solo nei loro confronti non avendo indicato e concluso (vd. pag. 6 dell'atto di citazione), in relazione alla posizione di Anna, a cui la domanda è stata estesa solo in occasione della prima memoria ex art. 183 c.p.c.: tale modifica, con la quale ha richiesto accertarsi la nullità di donazioni effettuate a favore di un soggetto in precedenza non considerato, non rappresenta una mera *emendatio*, ma una vera e propria *mutatio* con la conseguenza che il Collegio non può esaminare tale domanda in quanto tardivamente formulata.

Passando poi all'esame dell'azione di riduzione testamentaria, va preliminarmente esaminata l'eccezione sollevata da alcuni dei convenuti (segnatamente Pietro Antonio e Anna) relativa alla mancata necessaria accettazione dell'eredità con beneficio di inventario da parte dell'attore, condizione, secondo la loro impostazione, necessaria ed imprescindibile per il possibile accoglimento dell'azione di riduzione proposta non nei confronti di coeredi, ma di legatari e donatari.

Osserva il Collegio che ai sensi dell'art. 564 comma 1 c.c. affinché il legittimario possa domandare la riduzione delle donazioni o dei legati deve preventivamente accettare l'eredità con il beneficio di inventario, a meno che le dette liberalità non abbiano beneficiato soggetti chiamati come coeredi, ancorché rinunzianti: la Suprema Corte, a tale proposito, ha, a più riprese, evidenziato che, in tali ipotesi, l'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario rappresenta una vera e propria condizione di ammissibilità dell'azione di riduzione così come, parimenti, anche dell'azione di simulazione, ogni qualvolta questa ultima sia funzionale all'esperimento della prima, tendendo a svelare la reale natura giuridica degli atti di disposizione posti in essere in vita dal *de cuius*, quali vendite dissimulanti donazioni (Cass. n. 10262/2003; Cass. n. 44400/2011; Cass. n. 17896/2011; Cass. n. 15546/2017).

L'onere della preventiva accettazione beneficiata da parte

del legittimario leso che intenda agire in riduzione rappresenta, dunque, formalità necessaria allo scopo di proteggere i donatari ed i legatari estranei rispetto alla cerchia degli eredi nominati dal testatore e, a tal fine, occorre la preventiva oggettiva constatazione della consistenza del compendio ereditario, funzionale anche alla verifica dell'effettività della lesione della porzione legittima e, a comprova di tale impostazione, il Legislatore non ha imposto di seguire la riferita procedura quando l'azione di riduzione viene esercitata nei confronti di soggetti chiamati come coeredi: in sostanza tale essendo la *ratio* dell'onere previsto, occorre che il legittimario leso non si limiti all'accettazione, ma compia anche le formalità inventariali, vale a dire quelle dalle cui risultanze possano trarsi le indicazioni relative alla consistenza dell'asse (Cass. n. 1787/1981).

La sopra richiamata disposizione riguarda inoltre il solo legittimario leso, non quello integralmente pretermesso (in tal senso Cass. n. 11873/1993; Cass. n. 240/2010; Cass. n. 16635/2013) e, a tale proposito, la norma richiama, infatti, le sole liberalità effettuate dal *de cuius* nei confronti di coeredi, tali palesandosi i chiamati che siano tali rispetto al legittimario leso: d'altra parte, il legittimario pretermesso non appare in grado di accettare l'eredità né puramente e semplicemente, né con il beneficio di inventario, essendo per l'appunto escluso dalla chiamata ereditaria.

Inoltre va rilevato come il mero promovimento dell'azione di riduzione nei confronti di coeredi, non richiedendo la preventiva accettazione beneficiata, sia piuttosto apprezzabile come atto di accettazione tacita di eredità ex art. 476 c.c., con la conseguenza che, una volta intrapresa l'azione, il legittimario leso o pretermesso non potrà più ricorrere al beneficio d'inventario, dovendo essere considerato piuttosto erede puro e semplice (Cass. n. 18068/2012).

Nel caso esaminato appare evidente che l'attore Sergio non sia stato pretermesso dal padre poiché, come risulta dall'esito della perizia redatta nel precedente giudizio dal dr. Giuseppe Auxilia, volta alla ricostruzione del patrimonio del *de cuius* Augusto, è emerso che alla data di apertura della successione su c.c. e conti di gestione intestati o cointestati al predetto erano depositati € 323.597,12= e il minor importo disponibile di estinzione, ammontante a € 323.343,65= al netto delle spese bancarie poi addebitate, è stato così assegnato: € 55.985,33= accrediti a favore di Anna e € 267.358,32= per accrediti a favore proprio di Sergio.

Ancora non risulta fondata la tesi dell'attore secondo cui egli non sarebbe stato designato erede risultando tali (e non meri legatari) Emerenziana, Pietro Antonio e Anna.

Da un lato il testamento pubblico 1.12.2000 di Augusto (doc. n. 7 di fascicolo di parte attrice), con il quale è stata revocata qualsiasi precedente disposizione testamentaria, ha previsto invero una serie di elargizioni, consistite in attribuzioni dei benefici patrimoniali derivanti da varie polizze vita dal testatore precedentemente contratte a favore di Emerenziana, Pietro Antonio e Anna, ma, al tempo stesso, non è stato disposto di tutti i beni facenti parte dell'asse che, nella restante parte, sono stati poi in concreto, attribuiti ed assegnati all'erede legittimo Sergio, al punto che, come detto, le liquidità presenti sui c.c. facenti capo al *de cuius* sono state a lui consegnate e che lo stesso testatore, nella scheda testamentaria del 1.12.2000 ha poi previsto anche "(...) dispongo inoltre che siano posti a carico della mia eredità tutti i rimborsi eventualmente dovuti per le spese affrontate da mia sorella Emerenziana e da mio nipote Pietro Antonio per assistenza medica e/o ricovero in casa di Cura (...)", così ulteriormente indicando la presenza di ulteriori cespiti facenti parte dell'asse. D'altra parte va osservato che si ha *institutio ex re certa*, con conseguente attribuzione della qualità di erede al soggetto che

riceve il bene, laddove, pur in presenza da parte del testatore di indicazione di beni determinati o di un complesso di beni (che normalmente integrerebbero un'istituzione di legato) da assegnarsi ad un soggetto, risulti, comunque, dalla scheda testamentaria, che il *de cuius* abbia inteso assegnare quei beni come quota ideale del suo patrimonio ex art. 588 C.C.: in base all'interpretazione letterale e dalla lettura congiunta del primo e del secondo comma del richiamato art. 588 C.C. si desume che il lascito di un bene determinato configuri normalmente un legato dal momento che il suddetto secondo comma indica che "(...) l'indicazione di beni determinati o di un complesso di beni non esclude che la disposizione sia a titolo universale, quando risulta che il testatore ha inteso assegnare quei beni come quota del patrimonio (...)"; in sostanza in presenza di un lascito di un bene determinato, di regola va ritenuta la sussistenza di un legato, mentre solo in via eccezionale può configurarsi una ipotesi di successione a titolo universale.

Pertanto l'istituzione di erede *ex re certa* può configurarsi unicamente allorché la dichiarazione testamentaria, nel suo complesso, induca un ragionevole dubbio che, nonostante l'indicazione di cespiti determinati, il testatore abbia voluto chiamare il destinatario di essi ad una successione a titolo universale, mentre in tutti gli altri casi (nelle ipotesi cioè in cui dalle disposizioni testamentarie non emergano fondati dubbi sull'intenzione del testatore di istituire un vero e proprio legato), rimane *ab origine* preclusa per l'interprete qualsiasi ulteriore indagine sulla volontà testamentaria ai fini dell'applicabilità dell'art. 588 comma 2 c.c.

A tale proposito la Suprema Corte ha ritenuto, al fine di distinguere tra disposizioni testamentarie a titolo universale e a titolo particolare, che, indipendentemente dalle espressioni e dalle denominazioni usate dal testatore, il Giudice debba compiere sia una indagine di carattere oggettivo riferita al contenuto dell'atto, sia un'indagine di carattere soggettivo riferita all'intenzione del testatore, non essendo decisive in tal senso l'utilizzo di espressioni quali "erede" o "eredità" che non forniscono segnali univoci a favore della qualificazione come disposizione a titolo universale, costituendo tutt'al più elementi indiziari per ricostruire ed interpretare la volontà del testatore: in ogni caso, come detto, l'assegnazione di beni determinati può essere interpretata come disposizione a titolo universale solo qualora risulti che il testatore, pur avendo indicato beni determinati, li abbia in effetti intesi assegnare come quota del patrimonio ereditario, neppure risultando determinante a tale fine il criterio della proporzionalità di valore tra il bene determinato oggetto della disposizione e quello dell'intero asse ereditario.

Applicando i sopra richiamati principi al caso concreto, va osservato che il *de cuius* ha attribuito a Emerenziana, Pietro Antonio e Anna, gli importi derivanti da una serie di polizze vita che, peraltro, non esaurivano l'asse ereditario, che nell'ultima parte del testamento del 2000 ha indicato che dovevano essere posti "(...) a carico della mia rendita (...)” e, quindi, della parte residua dell'asse, evidentemente già dal *de cuius* ritenuto ancora esistente (parte dell'asse che doveva essere attribuita al suo erede legittimo), le spese ed i rimborsi affrontati dalla sorella e dal nipote per la sua assistenza medica ed inoltre, in concreto, il patrimonio del *de cuius* comprendeva altri rilevanti importi poi assegnati al figlio adottivo, con conseguente acquisito possesso da parte dell'attore di beni dell'asse ed acquisizione *ex lege* del titolo di erede ex art. 485 c.c.: da tutti tali elementi si può dunque affermare che la presunzione della qualifica di legatario in capo al beneficiario dal testatore di un bene o di una somma determinata, così come prevista dall'art. 588 c.c. non sia stata superata e, anzi, che Sergio sia da ritenersi erede universale di Augusto.

In forza di tale impostazione, sebbene dalla già richiamata consulenza tecnica redatta dal dr. Giuseppe Auxilia nel precedente procedimento R.G. n. 2826.2010 vertito davanti al Tribunale di Savona, relativo alle stesse problematiche e poi interrotto e non riassunto, all'esito dell'esame delle movimentazioni afferenti i plurimi rapporti bancari riconducibili al *de cuius* Augusto, sia emerso che il predetto ha effettuato certamente operazioni di dazione di denaro a favore di Emerenziana (quantomeno per € 48.725,65=), Carlo (quantomeno per € 152.807,21=) e Anna (quantomeno per € 220.624,27=) e sebbene all'esito della ricostruzione delle operazioni bancarie sottese all'alienazione a favore di Pietro Antonio dell'immobile sito in Cologno Monzese sia stata accertata la natura simulata della compravendita (vedi conclusioni del C.T.U dr. Auxilia, alle pagg. 31 e 32 dell'elaborato peritale), poiché Emerenziana, Pietro Antonio e Anna vanno ritenuti legatari e poiché l'erede Sergio non ha accettato l'eredità del padre Augusto con beneficio di inventario l'azione di riduzione e quella di simulazione (anch'essa finalizzata ad affermare la sussistenza dei presupposti per l'esperimento con successo dell'azione di riduzione) vanno dichiarate inammissibili ex art. 564 c.c.

Passando infine all'ulteriore domanda proposta da Sergio di restituzione delle somme già appartenenti, almeno in parte, alla madre Bartolomea (depositi in essere sul c.c. n. 3401 acceso presso Banca Popolare filiale di Milano e vari titoli che costei aveva in comproprietà con Augusto per un valore di complessivi € 851.020,726= e quindi, nella misura del 50% di € 439.515,526=), secondo il suo assunto lasciate in gestione a Augusto dopo la morte della madre (avvenuta nell'agosto del 1996) e non più restituitegli, sebbene a lui spettanti quale unico erede della Bartolomea va osservato quanto segue.

Il C.T.U. dr. Auxilia ha rilevato che il conto corrente n. 3401 in essere presso la Banca Popolare di Milano, Agenzia n. 36, già cointestato a Augusto e Bartolomea risulta essere confluito nel c.c. bancario n. 640 acceso presso la stessa banca e poi estinto in data 22.10.1999 con gli importi ivi depositati probabilmente confluiti sul conto corrente n. 3267 parimenti sempre acceso presso lo stesso istituto bancario, ma presso l'Agenzia n. 55 di Peschiera Borromeo e che in relazione a quest'ultimo conto (a cui era appoggiata la custodia titoli collegata n. 312933) sono intervenute operazioni di pagamento (e quindi in uscita) anche per rilevanti importi fino all'estinzione del 31.3.2005 (vd. pagg. 5, 6, 9 e 10 della C.T.U) precisando che "(...) Il conto corrente ed il deposito titoli in essere presso la Banca Popolare di Milano, sui quali era abilitato ad operare il solo titolare, supportavano l'attività di gestione del patrimonio finanziario di Augusto: sul rapporto di conto corrente transitavano le operazioni di investimento e disinvestimento in titoli, venivano accreditati i proventi da pensione del titolare ed erano effettuate le movimentazioni finanziarie in uscita dal patrimonio mobiliare, distinte in due principali tipologie e segnatamente, pagamenti in favore di terzi soggetti ed approvvigionamento del c/c n. 1341780 presso Banca CARIGE." (pag.6 della C.T.U.)".

Inoltre il perito dell'ufficio ha evidenziato anche alla luce del tempo trascorso, l'impossibilità di una effettiva possibile ricostruzione delle movimentazioni e dei passaggi che hanno interessato i predetti conti, a causa della carenza e della grave incompletezza della documentazione ad essa inerente precisando che "(...) Lo scrivente ha più volte richiesto all'attore Sergio, per il tramite del suo legale, la trasmissione della documentazione relativa al c/c bancario n. 640 ed alla custodia titoli n. 172257, a suo tempo acquisita presso la Banca Popolare di Milano quantomeno per il biennio 1997 - 1999 (lettera B.P.I. del 11.10.2006 allegata all'atto di citazione al sub 7), nonché copia di assegni e contabili di bonifico relativi ad operazioni effettuate sul c/c n. 3267, richieste alla banca unitamente ad altri

assembli in seguito allegati all'atto di citazione (lettera avv. Iannetti del 7.11.2006, allegata in copia - All. 16), senza tuttavia ottenere, alla data odierna, esauritivo riscontro (...)" (pag. 9 della C.T.U.) ed ancora che "(...) Dall'esame del c/c n. 640, che il legale dell'attore ha trasmesso relativamente al periodo dal 1.8.2006 al 31.12.2006, emergono l'accredito del saldo di estinzione del rapporto di c/c n. 3401 intestato a Augusto e Cuk Bartolomea e diverse disposizioni di pagamento tramite assegni e bonifici, non meglio dettagliate; appare inoltre singolare che l'odierno attore non abbia chiesto alla Banca Popolare di Milano, unitamente a copia dei giustificativi di operazioni di pagamento rilevanti intervenute sul c/c n. 3267 dal 2000 al 2005, i giustificativi delle seguenti ulteriori operazioni di pagamento effettuate nel medesimo periodo per complessive L. 272.364.000=, pari a € 140.664,27=, i cui destinatari sono rimasti sconosciuti in questa sede: addebito giroconto di L. 10.000.000= del 28.1.2000; addebito giroconto di L. 65.000.000= del 14.4.2000; addebito bonifico di L. 13.927.000= del 9.6.2000; addebito assegno bancario di L. 100.000.000= del 9.6.2000; addebito assegno bancario di L. 13.700.000= del 12.6.2000; addebito bonifico di L. 29.737.000= del 10.11.2000; addebito bonifico di L. 40.000.000= del 30.8.2001." (pagg. 9 e 10 della C.T.U.).

In sostanza, la assoluta carenza di documentazione utile a ricostruire la situazione in essere circa il rapporto di conto corrente n. 3401 in essere presso la Banca Popolare di Milano, Agenzia n. 36, cointestato tra Augusto e Bartolomea (ormai estinto da quasi 20 anni) e le vicende afferenti gli ulteriori rapporti bancari su cui poi sarebbe confluito il denaro e gli altri titoli già appoggiati al suddetto c.c. n. 3401, impediscono ogni valutazione sulla eventuale fondatezza delle pretese dell'attore circa gli importi già appartenuti alla madre con conseguente reiezione per carenza di prova della domanda di restituzione degli stessi.

Per tutte le ragioni esposte senza neppure dovere esaminare le ulteriori eccezioni sollevate dai convenuti, afferenti le donazioni a sua volta ricevuta dall'attore Sergio dal padre adottivo, nonché i motivi, non di mera liberalità, per i quali i versamenti di denaro da parte di Augusto sarebbero intervenuti (con particolare riferimento, quanto alla posizione di Anna, dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato protrattosi per anni e mai regolarizzato, tale da giustificare le periodiche dazioni di denaro a suo favore intervenute), vanno respinte tutte le domande proposte da Sergio nei confronti di Pietro Antonio, Dario, Anna e Barbara.

Le spese di lite seguono la soccombenza, vanno accollate all'attore Sergio e liquidate come in dispositivo, con applicazione del D.M. n. 55.2014, cause di valore indeterminato di complessità media e valori medi di tabella o tenendo conto dei minori importi concretamente richiesti dai legali nelle notule depositate. Sentenza esecutiva *ex lege*.

P.Q.M.

ogni altra domanda, eccezione e deduzione disattesa, non definitivamente decidendo,

Respinge le domande proposte da Sergio nei confronti di Pietro Antonio, Dario, Anna e Barbara;

(... Omissis...)

Tribunale di Savona, 1 agosto 2019, n. 758 - Giudice Unico Pelosi.

TESTAMENTO - beni determinati - legato - istitutio ex re certa - rapporto di regola ad eccezione del legato rispetto alla istitutio ex re certa - sussiste.

In caso di dubbio, l'attribuzione testamentaria concernente beni de-

terminati va qualificata come legato, con la conseguenza che il rapporto intercorrente tra il legato e l'istitutio ex re certa è di regola ad eccezione: quando, cioè, si sia in presenza di un lascito avente oggetto determinato, la regola generale è che si tratti di un legato; viceversa, l'eccezione è che si tratti di una istituzione di erede.

GIU.P.

(... Omissis...)

Motivi della decisione.

Il 7 luglio del 2014, Matilde B sottoscrisse la polizza BG, indicando come beneficiario RN.

Matilde B è deceduta il 4 maggio del 2015.

RN è deceduta il 3 settembre del 2016, lasciando 2 schede testamentarie (prodotte da tutte le parti).

Con la prima, dichiarò "...con questo mio testamento olografo nel caso di mio decesso contemporaneo con la sig.ra Matilde B (1) dispongo delle mie sostanze nel seguente modo:

1) il magazzino sito in A via P in comproprietà con Matilde B per il mio 50% ai miei nipoti Alfonso e Mario.

2) il patrimonio mobiliare in comproprietà con Matilde B, e della stessa entità, per mio 50% ai nipoti del mio defunto marito Ulisse B: Pietro B, Luciano B, Piero B, Renato B, Edoardo B in parti uguali.

Albenga 1/03/97

RN ved. B

(1) O nel caso in cui divenissi erede universale della stessa Albenga 21/5/01

RN ved. B

(1) O venissi dalla stessa nominata usufruttuaria per mia vita naturale durante, di tutti i suoi beni

Albenga 15/06/07

RN ved. B

Con la seconda scheda, di pochi giorni successiva, invece, la stessa così statui: "...con questo mio testamento olografo, nomino erede universale delle mie sostanze presenti e future Matilde B..."

Albenga 10/3/97

RN ved. B

Non è contestato che Mario ed Alessandro R sono eredi legittimi della di RN.

Mario è deceduto ed a lui sono succeduti Laura e Paolo e Fabio.

Oggetto del contendere è a chi siano state lasciate da RN gli importi da questa non riscossi derivanti dalla polizza vita stipulata a suo favore da Matilde B. In particolare, i sig.ri B rivendicano diritti su tale somma facendo leva sulla prima scheda testamentaria che, a loro giudizio, li avrebbe nominati eredi.

Si deve, innanzitutto, valutare se la prima scheda testamentaria è o meno efficace o è stata revocata dalla seconda scheda testamentaria con cui Matilde B è stata nominata erede universale.

La prima scheda testamentaria è destinata ad operare nell'ipotesi in cui si verificano, in alternativa tra loro, 3 condizioni:

a) Nell'ipotesi in cui vi sia commorienza tra lei e Matilde B;

b) Nell'ipotesi in cui divenisse erede universale di quest'ultima;

c) Nell'ipotesi in cui sia nominata usufruttuaria di tutti i beni di Matilde B;

Nel nostro caso, ricorre l'ipotesi sub c).

Non è, quindi, dubbio (e del resto, non è mai stato messo in discussione da alcuna parte) che la prima scheda testamentaria è efficace.

Non può neppure dirsi che la seconda scheda abbia revocato la prima: infatti, è evidente che l'intento della de cuius era

quello di beneficiare le persone indicate nel primo testamento solo nell'ipotesi in cui Matilde B morisse prima della de cuius medesima e, quindi, non potesse essere nominata erede universale.

A questo deve aggiungersi che le postille aggiunte alla prima scheda lo hanno, di fatto, postdatato rispetto alla seconda scheda testamentaria.

Si deve, innanzitutto, valutare se gli importi derivanti dal contratto di assicurazione di cui RN era beneficiaria siano stati oggetto della prima disposizione testamentaria.

La risposta è negativa.

Non può sostenersi che, nel lasciare ai sig.ri B "il patrimonio mobiliare in comproprietà con Matilde B", la de cuius abbia inteso beneficiarli di tutte le somme liquide facenti parte del suo patrimonio.

Infatti, in senso contrario, si osserva che la de cuius specificò che il lascito riguardava le sole somme in contitolarità con Matilde.

Di conseguenza, ne furono esclusi sia alcuni conti correnti (si vedano le denunce di successioni) di cui la de cuius era unica titolare (circostanza pacifica anche ex art. 115 c.p.c.), sia soprattutto l'indennizzo derivante dalla polizza vita, tanto più che questa, al momento della redazione del testamento, non era ancora stata stipulata.

Non vi sono, quindi, elementi per poter dire che quando la de cuius si riferì ai beni mobili in comproprietà intendesse, sia pure impropriamente, riferirsi anche al capitale assicurato da Matilde B di cui la de cuius risultava beneficiario nel caso di premorienza della prima.

I sig.ri B hanno sostenuto che gli altri conti correnti non erano stati menzionati per mera dimenticanza.

Tuttavia, la giurisprudenza afferma che nell'indagine della volontà del testatore, ci si potrà servire anche di elementi extra-testuali, ma unicamente nella misura in cui questi consentano di chiarire una volontà emersa nella scheda, e non mai per ricostruire un intento rimasto in questa del tutto inespresso.

Si deve, allora, valutare, in assenza di una espressa previsione della destinazione di tali importi, chi siano gli eredi aventi diritto.

In sostanza, si pone il problema di valutare se, con la prima scheda testamentaria, la de cuius dispose di legati o istituti degli eredi.

Al riguardo, i sig.ri B sostengono di essere eredi ai sensi dell'art. 588 c.c.

Le disposizioni testamentarie possono essere a titolo universale, e, dunque, attribuire la qualità di erede, qualunque sia l'espressione o la denominazione usata dal testatore, secondo quanto stabilisce l'art. 588, 1° co., c.c. Il 2° co. del medesimo articolo, poi, sancisce che l'indicazione di beni determinati, o di un complesso di beni, non esclude che la disposizione possa essere a titolo universale, quando risulti che il testatore abbia inteso assegnare quei beni come quota del patrimonio.

La vocazione in beni determinati, in altri termini, non necessariamente impone di ravvisare una successione a titolo particolare, e di qualificare la disposizione come legato.

In sostanza, ai sensi dell'art. 588 c.c., per valutare se si è in presenza di una disposizione a titolo universale o a titolo particolare, bisogna valutare se il de cuius ha inteso disporre dei beni indicati nel testamento come quota o meno di quel patrimonio.

A tal fine, dice la giurisprudenza, è necessaria una duplice indagine, di tipo oggettivo, riferita al contenuto dell'atto ed una di tipo soggettivo, riferita all'intenzione del testatore (Cass. 9467/01).

Quanto all'indagine soggettiva, i sig.ri B hanno sostenuto che era intenzione concorde di Matilde B e di RN che tutti

i beni mobili pervenissero ai nipoti di sesso maschile, tant'è vero che anche Matilde B nel proprio testamento avrebbe lasciato, nel caso di premorienza di RN, tutti i beni mobili ai nipoti B.

Al di là della possibile interferenza con i patti successori di un simile accordo (sul punto la giurisprudenza ha sostenuto: "Si ha patto successorio, vietato, ai sensi dell'art. 458 cod. civ., quando le disposizioni testamentarie redatte da più persone, pur essendo contenute in schede formalmente distinte, si integrano a vicenda, dando luogo a un accordo con il quale ciascuno dei testatori provvede alla sua successione in un determinato modo, in determinante correlazione con la concordata disposizione dei propri beni da parte degli altri. Nella specie, si è ravvisato un patto successorio vietato, essendo risultato che ciascuno dei coniugi aveva lasciato i propri beni a uno dei due figli, perché l'altro coniuge aveva disposto delle sue sostanze a favore dell'altro figlio [Cass. 2623/82]), comunque, di questo non c'è prova.

Né è possibile ritrarre elementi dal testamento di Matilde B, dal momento che la giurisprudenza ammette che, nell'interpretazione del testamento e della volontà effettiva del de cuius, si possa far riferimento ad elementi estrinseci al testamento, ma purchè riferibili al testatore, quali, ad esempio, la personalità dello stesso, la sua mentalità, cultura o condizione sociale o il suo ambiente di vita (Cass. 10882/18). Inoltre, neppure rileva, ai fini della soluzione della controversia, la circostanza che, in sede di denuncia di successione, i sig.ri Sciri+3 non hanno menzionato l'indennità assicurativa di cui oggi si discute, dal momento che il comportamento degli eredi è irrilevante ai fini dell'interpretazione del testamento (Cass. 5625/85; Cass. 3751/76).

Peraltro, la denuncia di successione ha una mera valenza fiscale (Cass. 4843/19).

Esaminando il testamento, non emergono elementi per risolvere la controversia.

Come evidenziato in dottrina, però, "Quando l'indagine non abbia condotto, con certezza, a ravvisare una chiamata a titolo universale, il "lascito" di beni determinati vada qualificato come legato. Il testo del 2° co. dell'art. 588 c.c., difatti, si limita a "non escludere" che l'indicazione di beni determinati possa fare qualificare una disposizione come "a titolo universale", e ciò unicamente quando "risulti" che il testatore abbia inteso assegnare quei beni come quota del patrimonio. Da ciò si evince che, ove tale volontà di assegnare beni determinati in funzione di quota del patrimonio non risulti, o non risulti con certezza, si dovrà escludere che l'indicazione di cespiti determinati concretizzi una chiamata a titolo universale; la disposizione, vale a dire, andrà ritenuta a titolo particolare, ai sensi del 1° co. dell'art. 588 c.c. In sostanza, in caso di dubbio, l'attribuzione testamentaria concernente beni determinati va qualificata come legato, con la conseguenza che il rapporto intercorrente tra il legato e l'istitutio ex re certa è di regola ad eccezione: quando, cioè, si sia in presenza di un lascito avente oggetto determinato, la regola generale è che si tratti di un legato; viceversa, l'eccezione è che si tratti di una istituzione di erede (sul punto, Trib. Genova, 19/05/2016, n.1809 in *dejure.it*).

A questo, deve aggiungersi che la giurisprudenza ha precisato che, alla stregua dell'art. 588, co. 2, c.c. anche l'assegnazione di determinati beni (istituzione ex re certa) o di un complesso di beni non esclude che la disposizione sia a titolo universale, tutte le volte che risulti che il testatore abbia inteso assegnare quei beni come quota del suo patrimonio, considerandoli, cioè, nel loro rapporto con il tutto (Cass. 1800/1964; Cass. 974/1999; Cass. 24163/2013).

In sostanza, l'istitutio ex re certa presuppone che i beni mobili assegnati siano considerati non in sé, ma nel rapporto

di valore con l'intero patrimonio. Questo implica che ex post sia possibile ricostruire la frazione del patrimonio complessivo andato a favore dei beneficiari.

Diversamente dalla lettura del testamento non emerge alcun riferimento al rapporto proporzionale tra i singoli lasciti e il valore complessivo del patrimonio.

Ciò è tanto più essenziale nel caso di specie, ove si consideri che, qualora si fosse ritenuto che il testamento configuri una istitutio ex re certa, si sarebbe dovuto determinare in che misura i sig.ri B avrebbero dovuto concorrere al riparto dell'indennizzo assicurativo ($\frac{1}{2}$? $\frac{1}{4}$?).

Tuttavia, tale indagine non è possibile.

Infatti, il patrimonio su cui valutare la misura della quota non è quello esistente al momento della morte del de cuius, bensì quello al momento della redazione del testamento, perché solo in questo modo può rispettarsi la volontà del testatore che, nel redigere il testamento, ha considerato il patrimonio a tale momento.

Del resto, che il tutto cui rapportare la quota rappresentata dall'istitutio ex re certa sia l'insieme dei beni esistenti al momento della redazione del testamento e non quello esistente al momento della morte è ulteriormente confermato dall'art. 588 c.c. che riferisce la quota al patrimonio e non

all'eredità, proprio a voler indicare che la grandezza di riferimento non è il complesso dei beni nei quali l'erede deve succedere.

Da quanto detto, ne discende che il testamento in esame contiene solo legati, con la conseguenza che vi è coesistenza tra la successione testamentaria e quella legittima.

Sul punto, Cass 15239/17: "la successione legittima può coesistere con quella testamentaria nell'ipotesi in cui il de cuius non abbia disposto con il testamento della totalità del suo patrimonio ed in particolare, nel caso di testamento che, senza recare istituzione di erede, contenga soltanto attribuzione di legati". L'importo dovuto da Genererliffe è di euro 862.405,78, somma riconosciuta come dovuta dalla stessa assicurazione, non essendoci prova del diverso maggior importo rivendicato da Sciri +3 non essendo certa l'autenticità e la provenienza del doc. 1 da questi prodotto.

(...*Omissis*...)

P.Q.M.

Dichiara il diritto di Laura e Alessandro, Fabio e Paolo ad ottenere la liquidazione della suindicata polizza "BG" in persona del legale rapp.te p.t. pari ad euro 862.405,78;

(...*Omissis*...)

Massimario

I

Tribunale per i minorenni di Genova, 12 luglio 2019 - Pres. e Rel. Villa.

ADOZIONE - parto anonimo - madre biologica defunta - presenza di altri figli della donna - diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini -- esclusione.

(Legge n. 184 del 1983, art. 28)

Il diritto a conoscere le proprie origini, sancito dall'art. 28 della legge n. 184 del 1983, sussiste in capo all'adottato anche in caso di c.d. "parto anonimo" e, in particolare, non solo quando si possa utilmente procedere al preventivo interpellato della madre biologica al fine di verificare la perdurante attualità della scelta di conservare il segreto, ma anche nell'ipotesi in cui detta possibilità sia preclusa per l'intervenuta morte della donna: si tratta, invero, di un interesse primario, espressione essenziale del diritto all'identità personale, la cui tutela non può essere subordinata al fattore - meramente casuale - del suo esercizio "tempestivo".

Tuttavia, il diritto a conoscere le generalità della madre biologica rimasta "anonima" al momento del parto deve essere limitato nel caso in cui la donna sia deceduta lasciando altri figli; in detta ipotesi, invero, è da ritenersi prevalente l'esigenza di tutela degli interessi di questi ultimi, che potrebbero venire a conoscenza (e, per di più, solo in quel momento) della pregressa esperienza della madre, rimanendo all'improvviso coinvolti in una dolorosa e fino ad allora ignota vicenda familiare, con conseguenti traumi, conflitti emotivi e gravi ricadute sul piano psicologico (Nella specie, il Tribunale dei Minori di Genova, in un caso di c.d. "parto anonimo", ha rigettato l'istanza dell'adottato volta a conoscere le generalità della madre biologica, deceduta pochi anni prima, attesa la mancanza di elementi certi dai quali desumere che la figlia di lei fosse a conoscenza della precedente gravidanza della donna e del successivo fenomeno adottivo).

(Conf.: Tribunale per i Minorenni di Genova, 13 maggio 2019, in Questa riv., n. 3/2019, pag. 4 e seg.)

II

Corte d'Appello di Genova, sez. min., 13 dicembre 2019, n. 198 - Pres. Azteni - Rel. Silvestri.

ADOZIONE - parto anonimo - madre biologica defunta - presenza di figli della donna diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini - sussiste.

(Legge n. 184 del 1983, art. 28)

L'art. 28 della legge n. 184 del 1983 configura un diritto fondamentale e di primario rilievo nella costruzione dell'identità personale, la quale può dirsi completa solo al momento della conoscenza delle proprie origini e della scoperta della propria genealogia biologico - genetica.

Il rilievo che precede ha condotto la giurisprudenza costituzionale

e di legittimità ad ampliare il campo di applicazione della norma, ricomprendendo nel novero dei soggetti dei quali l'adottato ha diritto a conoscere le generalità sia la madre naturale rimasta "anonima" al momento del parto (tanto se ancora in vita, previo suo interpellato, quanto se già deceduta) sia i congiunti più stretti, come i fratelli e le sorelle biologici (salva, anche in questo caso, la preventiva verifica da parte del giudice del loro consenso).

L'eventuale presenza di figli della madre biologica deceduta e rimasta "anonima" non è circostanza di per sé idonea a precludere all'adottato l'accesso alle generalità della donna, dovendosi considerare il diritto del reclamante alla piena realizzazione dell'identità personale come prevalente rispetto al pericolo che l'adottato, una volta noti i dati della madre, individui i fratelli naturali e li renda edotti della pregressa esperienza di lei (Nella specie, la Corte di Appello di Genova, accogliendo il reclamo proposto dall'adottato avverso il decreto di rigetto del Tribunale dei Minori, ha riconosciuto il diritto di quest'ultimo ad accedere alle generalità della madre biologica deceduta e rimasta "anonima" pur in presenza di una figlia di lei, alla luce sia del prevalente interesse del reclamante sia dell'età adulta della sorella naturale, ritenuta per ciò in grado di fronteggiare in modo adeguato gli stati psicologici conseguenti al suo eventuale coinvolgimento nella vicenda).

MI.F

Tribunale di Savona, 31 luglio 2017 - Giudice Unico Princiotta - B.G. (Avv. Gemma) c. M.E.D. e altri (Avv. Pessano e Barla De Guglielmini).

APPALTO - appalto tra privati - corrispettivo - determinazione - liquidazione giudiziale del prezzo d'appalto a seguito della domanda di una delle parti di determinarne la misura.

(Art. 1657 c.c.)

SPESE giudiziali in materia civile - condanna alle spese - pagamento in corso di causa.

(Art. 91 c.p.c.)

Laddove non possa ritenersi determinato tra le parti il prezzo dell'appalto il Giudice può fare ricorso alla consulenza tecnica di ufficio per determinare il prezzo unitario secondo il valore di mercato. Nella fattispecie l'impresa appaltatrice ha chiesto la determinazione giudiziale del prezzo corrispettivo per l'esecuzione di lavori di scavo che è stato determinato da Consulente Tecnico di Ufficio.

La statuizione delle spese processuali segue il criterio della soccombenza anche laddove i convenuti abbiano effettuato un pagamento nel corso del giudizio ma a distanza di lungo tempo dalla esecuzione della prestazione dell'attore ed in misura insufficiente a soddisfare il credito oggetto di causa. Nella fattispecie il Tribunale ha accolto la domanda determinando il prezzo dell'appalto in euro 8.867,50 e condannando i convenuti al pagamento di euro 5.313,14 pari alla differenza tra il prezzo dell'appalto giudizialmente determinato e quanto versato in acconto dai convenuti, ed ha condannato i convenuti alla rifusione delle spese legali.

G.U.R.

Tribunale di Savona, 28 giugno 2017 - Giudice Unico Princiotta - E. (Avv. Della Rosa) c. S. (Avv. Chirone e Suffritti).

ASSICURAZIONE (contratto di) - interpretazione - interpretazione contro l'autore della clausola - criterio di buona fede.

ASSICURAZIONE (contratto di) - inadempimento dell'obbligo di avviso o di salvataggio - natura dolosa o colposa dell'omissione - pregiudizio sofferto dall'assicuratore - esclusione.

(Artt. 882, 1362 e ss., 1375, 1913 e 1915 c.c.)

Nell'interpretazione del contratto di assicurazione, che va redatto in modo chiaro e comprensibile, il giudice non può attribuire a clausole polisensu uno specifico significato, pur teoricamente non incompatibile con la loro lettera, senza prima ricorrere all'ausilio di tutti gli altri criteri di ermeneutica previsti dagli artt. 1362 e ss. c.c. e, in particolare, a quello dell'interpretazione contro il predisponente, di cui all'art. 1370 c.c. Allo stesso risultato si giunge anche applicando il criterio generale della buona fede che impone al predisponente di redigere il contratto in maniera chiara, omettendo clausole criptiche e/o contraddittorie che, ove presenti, non possono non interpretarsi nel senso più favorevole al c.d. contraente debole.

Nel caso in cui l'assicurazione lamenti l'omissione da parte dell'assicurato dell'avviso, previsto dall'art. 1913 c.c., deve valutarsi se l'inadempimento è di natura dolosa o colposa e se, altresì, l'assicuratore ha subito un pregiudizio da tale omissione. Nella specie, l'omesso avviso è da ritenersi di natura colposa, dovendosi escludere che l'impresa abbia evitato di comunicare il sinistro all'assicurazione con l'intento di arrecarle pregiudizio, che nemmeno si è verificato.

(Conf.: Cass., n. 668/2016)

S.NA.

Tribunale di Savona, 17 giugno 2017 - Giudice Unico Princiotta - Assicurazione (Avv. Bertolotto) c. M. (Avv. Galletti e Vescovi).

CIRCOLAZIONE stradale - responsabilità del conducente - concorso di colpa - esclusione - prova liberatoria - necessità.

(Art. 2054 c.c.)

La presunzione legale di pari concorso nella causazione del sinistro stradale gravante sulle parti coinvolte, può essere superata solo a mezzo della prova che la condotta dell'altro conducente è stata violativa: della regola che impone il "neminem laedere"; delle norme regolanti la circolazione stradale; nonché della necessaria prova positiva della propria condotta. Quest'ultima deve essere rigorosamente improntata alla massima attenzione nella circolazione, immune da colpa generica e pienamente conforme alle prescrizioni del Codice della Strada. Per escludere il concorso di colpa il conducente è quindi tenuto altresì ad aver fatto tutto il possibile per evitare il danno. E' in ciò deve essere ricompresa l'adozione, da parte sua, delle esigibili manovre di sicurezza, compatibili e da effettuarsi nel singolo caso concreto.

(In tal senso: Cass., n. 7057/2017).

F.L.R.M.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 13 febbraio 2018, n. 479 - Giudice Unico Vaglio Bernè - T.P. (Avv. Roccatagliata) c. Cond. v. A. (Avv. Di Mattei).

COMUNIONE e condominio - diritto di credito per spese condominiali - mancata autonoma impugnazione delibere assembleari presupposte - opposizione a decreto ingiuntivo - infondatezza

(Art. 1137 c.c., Art. 63 disp. att. c.c., Artt. 633 e ss. c.p.c.)

Il giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo emesso per la riscossione di contributi condominiali deve limitarsi a verificare l'esistenza e la permanente efficacia delle relative deliberazioni assembleari, senza poter esercitare in via incidentale, sulla loro validità, quel sindacato che è riservato al giudice davanti al quale esse siano state impugnate.

(Conf.: Cass., sez. un., n. 4421/2007)

G.D.

Tribunale di Savona, 15 agosto 2017 - Giudice Unico Princiotta - F. (Avv. Gaggero) c. E. (Avv. Buscaglia) e c. I. (Avv. Pessano e Barla De Guglielmi).

CONTRATTO in genere - contratto di associazione temporanea d'impresa non ancora risolto - legittimazione attiva alla corresponsione del corrispettivo dovuto - sussiste in via esclusiva in capo all'impresa mandataria.

CONTRATTO in genere - rapporti tra le imprese riunite in associazione temporanea - qualificazione del rapporto tra impresa mandante ed impresa mandataria come mandato collettivo, irrevocabile ed in rem propriam - rappresentanza esclusiva dell'impresa mandataria rispetto alla mandante sussistente fino all'estinzione del rapporto.

Qualora un contratto di associazione temporanea di imprese non sia ancora risolto (nella specie perché non ancora integralmente corrisposto quanto dovuto a saldo per le prestazioni eseguite), la legittimazione attiva alla corresponsione del corrispettivo dovuto, spetta in via esclusiva all'impresa mandataria in modo coerente con l'art. 37 della legge 163/2006 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture) che prevede "al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendente dall'appalto, anche dopo il collaudo, fino all'estinzione di ogni rapporto".

Nell'associazione temporanea di imprese, il mandato alla capogruppo (mandataria) deve qualificarsi come collettivo, irrevocabile ed in rem propriam, ferma restando l'autonomia negoziale delle imprese riunite per quanto riguarda la gestione dei lavori nei rapporti con i terzi (si confronti, Cass. sent. 4746/1999; Cass. ord. 25204/2011 con riferimento alla legittimazione passiva al proponimento del giusto indennizzo da espropriazione; Cass. sent. 421/2000 per l'ipotesi di fallimento dell'impresa mandataria) e tale mandato sussiste sino all'estinzione del rapporto.

A.M.OCC.

Tribunale di Savona, 22 agosto 2018, Pres. Princiotta - Rel. Mele - A. c. Comune di X.

MATRIMONIO - matrimonio dello straniero - pubblicazioni - nulla osta - impossibilità al rilascio - sostituzione con atto notorio - ammissibilità.

(Artt. 98 e 116 c.c.)

L'ufficiale di stato civile è autorizzato a procedere alle pubblicazioni matrimoniali anche in assenza del nulla osta previsto dall'art. 116

c.c. per il matrimonio dello straniero, qualora il mancato rilascio del nulla osta risulti ingiustificato ovvero qualora, come nel caso di specie, sia impossibile per uno dei due coniugi ottenere il nulla osta dalle Autorità del proprio Paese di origine, a causa delle conseguenze che ciò avrebbe sulla sicurezza personale dell'altro coniuge, che dove di diritto d'asilo in Italia. (Nel caso di specie il nubendo aveva presentato all'ufficiale di stato civile del Comune di Savona il nulla osta dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite, in virtù della condizione di rifugiato politico, mentre la nubenda, che godeva di regolare permesso di soggiorno ma non di diritto di asilo, non aveva potuto ottenere il nulla osta dalle Autorità del proprio Paese poiché avrebbe dovuto dichiarare le generalità del nubendo, con conseguenze sulla di lui sicurezza personale).

Qualora la nubenda sia nella impossibilità di ottenere il nulla osta dalle Autorità del proprio Paese di origine, ella è ammessa a provare con ogni mezzo la sussistenza delle condizioni per contrarre matrimonio secondo le leggi del proprio Paese di origine e tale è l'atto notorio attestante l'assenza degli impedimenti alla celebrazione del matrimonio (così Trib. Milano, 23 marzo 2015, secondo cui: una conferma si trae dall'art. 3 del R.D. 30 marzo 1944 n. 94 (normativa abrogata dal d.l. 200 del 2008, conv. in l. 9 del 2009); questa norma prevedeva che "se per cause dipendenti dallo stato di guerra, il matrimonio sia stato celebrato senza la prescritta pubblicazione, né essa sia stata autorizzata la dispensa e non sia possibile richiedere i documenti prescritti (...) l'ufficiale dello stato civile può procedere alla trascrizione del matrimonio soltanto sulla base di atto notorio").

P.P.CU.

Tribunale di Genova, 27 aprile 2018 n. 1176 - Giudice Unico Canepa - C. (Avv. Zuffada) c. S. (Avv. Ferrari) e c. A. (Avv. Carassale).

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità professionale - conferimento a terzi (CED Centro di elaborazione dati contabili) della tenuta della contabilità - modello unico non in linea con studi di settore - accertamento dell'Agenzia delle Entrate - responsabilità professionale dell'elaboratore dei dati contabili - esclusione.

Allorché sia conferito ad un CED (Centro di Elaborazione Dati contabili) il mandato di registrazione documenti contabili, tenuta libri contabili, elaborazione certificazione compensi e ritenute nonché compilazione modelli F24 ed invio Modello UNICO telematico, non ricorre la responsabilità del CED in merito ai successivi accertamenti dell'Agenzia delle Entrate, per non aver presentato le giustificazioni di non congruità/incoerenza nell'apposito modello ministeriale, posto che detta attività di consulenza/assistenza tributaria non era compresa nell'incarico e nello statuto; non sussisterebbe comunque responsabilità a carico del CED a termini dell'art. 2229 e seguenti c.c. posto che il danno cagionato non solo non era conseguenza dei compiti affidati al CED dalla danneggiata, ma doveva essere affidato - quale problematica complessa - alla figura professionale di un dottore commercialista.

A.M.OCC.

Corte d'Appello di Genova, sez. II, 22 agosto 2019, n. 1206 - Pres. Alparone - Rel. Marroni.

RESPONSABILITÀ civile - cose in custodia - fenomeno atmosferico di forte intensità - concorrenti fattori causali antropici - danni - caso fortuito - esclusione.

(Art. 2051 c.c.)

In tema di danni cagionati da cose in custodia, un fenomeno temporalesco di grande intensità può integrare il caso fortuito di cui all'art. 2051 c.c., quale fattore eccezionale ed imprevedibile che esclude la responsabilità del custode, solo qualora costituisca causa sopravvenuta autonomamente sufficiente a determinare l'evento. Diversamente, in presenza di concorrenti fattori causali antropici, costituiti da condotte del custode idonee a configurare una sua corresponsabilità (quali l'omessa o insufficiente prevenzione, manutenzione o controllo di fondi e fabbricati), non assume portata scriminante la circostanza per cui l'evento abbia avuto causa, anche scatenante, in un fenomeno atmosferico di forte intensità, finanche di carattere alluvionale. (Nella specie, la Corte di Appello di Genova, a conferma della pronuncia resa dal giudice di prime cure, ha ritenuto insufficiente ad integrare il caso fortuito l'evento alluvionale, per quanto causa scatenante del danno, in ragione dell'accertamento, operato in sede di Consulenza Tecnica nel giudizio di primo grado, della concorrente incidenza eziologica spiegata dalle condotte dei custodi dei fondi interessati, connotate da carenza di manutenzione, difetti di costruzione ed insufficienza di controlli, e dunque valutate idonee a realizzare il nesso causale con i danni subiti da parte attrice).

M.I.F.

Corte di Cassazione, sez. III civ., 29 ottobre 2019, n. 27592 - Pres. Spirito - Est. Rossetti - P.M. Fresa (concl. diff.) e Soc. Qui Group e altro (Avv. Benini Motta) c. Abbondanza e altri (Avv. Pattay) e c. altro.

(Cassa App. Genova 14 ottobre 2016)

RESPONSABILITÀ civile - diffamazione - continenza - criteri di valutazione - fattispecie.

(Art. 21 Cost.; art. 2043 c.c.)

RESPONSABILITÀ civile - diffamazione - verità putativa - presupposti - fattispecie.

(Art. 21 Cost.; art. 2043 c.c.)

In tema di responsabilità civile da diffamazione, il giudizio sulla continenza verbale riguarda non solo il linguaggio utilizzato ma anche il significato sottinteso alle parole, dette (o non dette), suggerito attraverso espedienti stilistici e/o, accostamenti suggestivi di fatti (nella specie, la sentenza d'appello è stata cassata per aver applicato il giudizio sulla continenza al solo linguaggio esplicito utilizzato dall'autore di un articolo, senza valutare altresì la continenza del significato suggerito).

In tema di responsabilità civile da diffamazione, ai fini della sussistenza della verità, ancorché putativa, dell'evento narrato, anche nel caso in cui i fatti riportati siano stati accertati dall'autorità giudiziaria, è necessario dare conto dell'effettivo contenuto delle notizie, nonché della loro fonte, senza tacere fatti rilevanti, e connessi con quelli dichiarati, tali da mutarne completamente il significato (nella specie, è stato ritenuto non soddisfatto il requisito della verità putativa, dal momento che l'articolaista, nel riferire che un certo fatto era stato oggetto di indagine giudiziaria, aveva omesso di rivelare che essa risaliva a molti anni addietro).

Corte di Cassazione, sez. III civ., 31 luglio 2017, n. 18947 (Rigetia, Corte d'Appello di Genova 14 novembre 2014).

VENDITA - obbligazioni del venditore - garanzia per i vizi della cosa venduta (nozione, distinzioni) - effetti

della garanzia - risarcimento del danno vizio, danno e nesso causale - onere probatorio del compratore - sussistenza - mancanza di colpa - onere probatorio del venditore - consequenzialità.

In tema di garanzia per i vizi della cosa venduta, l'onere della prova dei difetti, delle conseguenze dannose e del nesso causale fra gli uni e le altre fa carico al compratore, mentre la prova liberatoria della mancanza di colpa, incombente al venditore, rileva solo quando la controparte abbia preventivamente dimostrato la denunciata inadempienza.

Corte di Cassazione, sez. II civ., 23 novembre 2017, n. 27916 (Rigetta, Corte d'Appello di Genova, 8 maggio 2012).

VENDITA - aliud pro alio - vendita di immobile - falsa rappresentazione circa la potenzialità edificatoria - rimedi esperibili.

(Artt. 1490 e 1492 c.c.)

In tema di vendita immobiliare, la falsa rappresentazione della realtà circa la potenzialità edificatoria di un terreno può integrare l'ipotesi normativa dell'errore di fatto su una qualità dell'oggetto ove le parti abbiano concluso il contratto ignorando la vera natura del bene; nel caso in cui, invece, sia stata garantita la destinazione edificatoria del suolo, la fattispecie può essere ricondotta nell'ambito della garanzia prevista dall'art. 1489 c.c. in materia di cosa gravata da oneri non apparenti. Le eventuali diverse determinazioni delle competenti autorità in materia urbanistica possono poi determinare, in applicazione dell'istituto della presupposizione, la risoluzione del contratto di compravendita di un immobile che le parti abbiano concluso nel comune presupposto della sua edificabilità, sempreché tale fatto non abbia costituito oggetto di espressa regolamentazione. In nessun caso sono applicabili alla fattispecie gli artt. 1490 e 1492 c.c., relativi ai vizi redibitori, che attengono esclusivamente alla materialità del bene venduto.

Tribunale di Massa, 15 marzo 2018.

VENDITA - evizione.

Ai fini dell'applicabilità dell'art. 1486 c.c. non occorre che il terzo abbia chiamato in giudizio il compratore. Perché il venditore sia tenuto a prestare la garanzia per evizione, invero, non è necessario che il diritto del terzo sulla cosa venduta sia stato riconosciuto da una sentenza del giudice, potendo esso risultare anche in altro modo, purché certo e incontestabile. Ove esista la prova sicura del buon diritto del terzo, può il compratore, anche se non compulsato in giudizio, riconoscerlo, senza per questo perdere il diritto di esercitare contro il venditore l'azione di garanzia; ma in tal caso è tenuto a dimostrare, in contraddittorio del venditore, la mancanza di ragioni sufficienti per impedire l'evizione.

Corte d'Appello Genova, sez. III civ., 30 novembre 2018.

VENDITA - garanzia per i vizi della cosa venduta in genere.

(Artt. 1490 e 1497 c.c.)

In tema di compravendita, il vizio redibitorio (art. 1490 c.c.), e la mancanza di qualità promesse o essenziali (1497 c.c.), il primo riguarda le imperfezioni e i difetti inerenti il processo di produzione, fabbricazione, formazione e conservazione della cosa. La seconda è inerente alla natura della merce e concerne tutti gli elementi essenziali e sostanziali che influiscono, nell'ambito di un medesimo genere, sull'appartenenza ad una specie piuttosto che a un'altra.

Tribunale di Savona, 3 giugno 2019.

VENDITA - aliud pro alio - mancanza di qualità.

In forza dell'art. 1497 c.c. qualora la cosa venduta difetti delle qualità promesse o di quelle essenziali per l'uso a cui è destinata e, parimenti, in caso di aliud pro alio, il compratore ha diritto di esperire l'azione di risoluzione del contratto per inadempimento ex art. 1453 c.c. La situazione che legittima la proposizione di tale domanda va ritenuta sussistente allorché la diversità tra la cosa venduta e quella consegnata incida sulla natura, sull'individualità, sulla consistenza e sulla destinazione del bene al punto che esso appartenga ad un genere del tutto diverso da quello che l'acquirente intendeva comprare. In altri termini, la res tradita deve essere difforme per essenza, consistenza, destinazione ed appartenere ad una specie diversa da quella acquistata ovvero difettare delle qualità necessarie ad assolvere alla sua naturale funzione economico-sociale e, in tale ultima categoria, va fatto rientrare il caso in cui sia avvenuta l'alienazione di un immobile come ad uso abitativo ma privo, in realtà del certificato di abitabilità.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 24 luglio 2019.

VENDITA - evizione.

In tema di vendita, la garanzia per evizione opera indipendentemente dalla sussistenza della colpa del venditore o dalla buona fede dell'acquirente e, quindi, non è esclusa neppure dalla conoscenza, da parte del compratore, della possibile causa di futura evizione, ove la stessa effettivamente si verifichi.

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 20 settembre 2019.

VENDITA - garanzia per i vizi della cosa venduta in genere - mancanza di qualità.

In tema di compravendita, il vizio redibitorio e la mancanza di qualità promesse o essenziali, pur presupponendo l'appartenenza della cosa al genere pattuito, si differenziano in quanto il primo riguarda le imperfezioni e i difetti inerenti il processo di produzione, fabbricazione, formazione e conservazione della cosa, mentre la seconda è inerente alla natura della merce e concerne tutti gli elementi essenziali e sostanziali che influiscono, nell'ambito di un medesimo genere, sull'appartenenza ad una specie piuttosto che a un'altra; entrambe le ipotesi differiscono dalla consegna di "aliud pro alio", che si ha quando la cosa venduta appartenga ad un genere del tutto diverso o presenti difetti che le impediscano di assolvere alla sua funzione naturale o a quella ritenuta essenziale dalle parti.

Documenti

*A proposito delle fonti del diritto bancario.
(con riguardo alle intersezioni con il diritto civile)*

Guido Alpa

Ordinario di Diritto civile
nell'Università di Roma "La Sapienza"

Sommario: 1. *L'indirizzo giusformalista e l'indirizzo giusrealista.* - 2. *Nuovi aspetti della c.d. sezionalità dell'ordinamento bancario.* - 3. *Valori e principi costituzionali di diritto privato.* - 4. *La funzione giustiziale di organismi privati.* - 5. *Il diritto dell'Unione europea (rinvio).* - 6. *Incidenza degli ordinamenti di riferimento nella organizzazione manualistica della materia.*

1. L'indirizzo giusformalista e l'indirizzo giusrealista.

È divenuto un topos classico guardare alle fonti del diritto in termini di "complessità" (1); a sua volta il vocabolo complessità è oggetto di molteplici declinazioni; accanto a quella giuridica si annoverano la complessità morale, sociale, politica, culturale, linguistica, e così via (2). A sua volta la prospettiva complessa deve tenere conto di molti fenomeni che hanno inciso sulla concezione delle fonti (i) sulla loro individuazione (ii), sulla loro interpretazione (iii).

Gli studiosi del diritto bancario usano di prammatica il metodo formalistico per esaminare le fonti (e d'altra parte è questo il metodo utilizzato dalle corti); peraltro «una dottrina realistica delle fonti del diritto si fonda sull'esperienza ma riconosce che non tutto il diritto è positivo nel senso del "formalmente stabilito"». (3)

Bisogna quindi ampliare l'orizzonte e tener conto del *diritto vivente* (4): dei modelli di sentenza, dei modelli contrattuali, delle tecniche di soft law, insomma di tutti gli strumenti di cui si avvalgono autorità pubbliche, le associazioni private, gli esponenti di categoria ed altro per organizzare regole e parametri in base ai quali svolgere l'attività bancaria e partecipare al mercato finanziario. Certo, occorre riconoscere che in materia di attività bancaria e suoi controlli le fonti scritte prevalgono ampiamente su quelle non scritte.

Discutere delle fonti del diritto presuppone dunque la scelta di un metodo (5); semplificando il discorso, e isolando solo due concezioni tra le più note, quella formalista e quella giusrealista, si possono enfatizzare, alla luce del primo metodo, le fonti normative, e, alla luce del secondo, le fonti giurisprudenziali che comprendono i precedenti, in tutta la loro graduata vincolatività (esplicita od occulta) e le manifestazioni dell'autonomia privata.

Anche la individuazione delle fonti si configura in modi differenti a seconda che si segua il primo o il secondo metodo. Nel primo caso, scorrendo la gerarchia delle fonti, si rinviene nel diritto interno la Costituzione, la legge e gli atti ad essa equiparati, le leggi regionali, le fonti subprimarie, costituite da provvedimenti, deliberazioni, regolamenti emanati dalle Autorità amministrative indipendenti, le norme corporative con i contratti collettivi di lavoro e infine gli usi. Nella locuzione "legge" si collocano anche le norme di tenore generale contenute nei codici; per il diritto bancario molte sono le disposizioni del codice civile che vengono in considerazione, così come le norme raccolte dalle leggi speciali, contenute

nei testi unici (il t.u.b. e il t.u.finanziario) e nei codici di settore, come il codice delle assicurazioni, il codice del consumo e i testi che disciplinano la concorrenza.

Una problematica difficile riguarda i confini del diritto regionale, posto che la materia del credito si divide tra competenze dello Stato e competenze delle Regioni (6).

I "regolamenti" che vengono in considerazione sono quelli emanati da Autorità come la Banca d'Italia e la Consob (o l'Ivass per il suo ambito), l'Autorità Antitrust; per certi aspetti inerenti all'usura e all'antiriciclaggio sono rilevanti anche i provvedimenti dell'Anac. (7)

Gli usi (normativi) hanno svolto un ruolo fondamentale fino alla fine del secolo scorso, in particolare con riguardo all'anatocismo trimestrale; si discuteva inoltre se fossero equiparate agli usi normativi le condizioni generali di contratto, c.d. NUB (8) predisposte dall'A.B.I.; in realtà si trattava di prassi negoziali "elevate a norma" sulla base della funzione pubblicistica dell'attività bancaria; oggi si riscontrano nella clausolazione dei contratti bancari, che presentano ancora qualche deroga ai principi generali applicati al contratto.

Secondo il metodo giusrealista, si deve tener conto anche delle fonti non scritte, che sono i principi generali, la giurisprudenza delle corti, i provvedimenti degli organismi di autodisciplina che applicano codici etici, come l'Istituto per l'autodisciplina pubblicitaria, il Codice di corporate governance delle società per le banche quotate in Borsa, le determinazioni degli organismi giustiziali, come l'ABF e l'ACF, le prassi negoziali e le regole elaborate da organismi privati, (9) le quali scolpiscono i nuovi profili della lex mercatoria (10); si discute se possa qualificarsi come fonte il diritto sapienziale, cioè la dottrina. (11) Anche l'interpretazione si presta ad una molteplicità di concezioni: da quella ordinaria, che si fonda sulla teoria della fattispecie, a quella costituzionalmente orientata, a quella fattuale (12).

Si devono poi considerare le tendenze evolutive di questo settore, che sono costituite dalla globalizzazione dei mercati, dalle fonti multilivello (considerando le norme di derivazione europea, e le determinazioni degli organismi europei e internazionali), dalle leggi cagionate da situazioni contingenti, come le crisi cicliche che impongono interventi drastici e riparatori (13).

I fattori esterni al sistema delle fonti sono identificati dalla dottrina, nelle diverse esperienze, in modo tendenzialmente uniforme: la "deregolamentazione" che ha sostituito la regolamentazione con la regolazione dei mercati, la loro apertura con l'abbattimento delle frontiere, la diffusione delle iniziative volte ad offrire credito come il crowdfunding, l'offerta di servizi a domicilio, e così via (14), e il ritorno recente della regolamentazione, atteso che la libertà di mercato non ha saputo prevenire la crisi iniziata con i subprime nel 2007-2008.

In questo ampio contesto il diritto bancario (con le sue fonti) rivela tutta la sua ricchezza ma anche la sua complessità (15).

2. Nuovi aspetti della c.d. sezionalità dell'ordinamento bancario.

Intanto, ci possiamo chiedere se sia ancora possibile isolare questo settore dal "resto" dell'ordinamento, quasi che esso fosse dotato di una sua autonomia, non al punto da costituire un ordinamento a sé, quasi che si affiancasse all'ordinamento sportivo o all'ordinamento del lavoro, per adottare

le categorie di Santi Romano e di Widar Cesarini Sforza (16), ma mostrando caratteristiche sue proprie, tali da poterlo considerare come un complesso unitario organicamente strutturato. È questo l'interrogativo che si pone la dottrina, a quasi ottant'anni dalla formulazione della tesi di Massimo Severo Giannini (17), risolvendo però il problema o con una soluzione storicistica (18) - nel senso che quella teoria fu formulata a pochi anni di distanza dalla legge bancaria del 1936, ed aveva lo scopo di salvaguardare il potere della Banca d'Italia, la sua autonomia normativa, e quindi il mercato monetario e finanziario dall'influenza e dalle interferenze del potere governativo - o con una soluzione evolutiva (19), che ne coglie nuove finalità essendo cambiato il contesto in cui essa fu concepita e proposta.

3. Valori e principi costituzionali di diritto privato.

Esaminando poi la Costituzione, e quindi in particolare gli artt. 41 e 47, vengono in considerazione le problematiche relative alla applicazione diretta delle norme costituzionali ai rapporti tra privati.

Nell'ampia messe di pronunce della Suprema Corte si possono isolare alcuni esempi sia di applicazione diretta sia di applicazione indiretta, cioè effettuata ricorrendo alle clausole generali contenute nel codice civile e nella legislazione speciale (20).

La giurisprudenza della Suprema Corte offre spunti di grande interesse.

L'ordinanza n. 26778 del 21 ottobre 2019 n. 26778 ha fulminato l'invalidità la clausola con cui la banca aveva subordinato l'esecuzione delle proprie prestazioni al previo rilascio del cliente del consenso del trattamento dei suoi dati personali sensibili,

«in quanto tale previsione contrasta con i principi informatori della legge sulla "privacy" ed in particolare con il principio di minimizzazione nell'uso dei dati, ex art. 3 del d.lgs. n. 196 del 2003 che contiene precetti non derogabili dall'autonomia privata, essendo posti a tutela di interessi generali e di valori morali e sociali riconosciuti dall'ordinamento. (Nella specie, la banca aveva bloccato l'operatività del conto e del deposito titoli del cliente che non aveva autorizzato il trattamento dei dati, peraltro non necessari per le operazioni, richiesti dalla banca adducendo genericamente la "policy" aziendale e ragioni di cautela)».

L'ordinanza n. 4760 del 28 febbraio 2018 ha esaminato il caso del contratto di deposito a risparmio concluso con un operatore professionalmente dedito all'attività di raccolta del risparmio tra il pubblico, ma privo dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria prescritta dall'art. 14 del d.lgs. n. 385 del 1993.

Essendo rilevante il requisito soggettivo nella struttura dei contratti bancari e considerati gli interessi pubblici sottesi alla riserva dell'attività bancaria alle imprese autorizzate, la cui tutela non può restare affidata esclusivamente alle sanzioni penali di cui agli artt. 130 e 131 del citato decreto, i contratti conclusi con un soggetto che non può essere qualificato "banca" sono nulli. Tuttavia la carenza di questo requisito non osta in linea di principio

«alla conversione ex art. 1424 c.c. ove il negozio sia idoneo a produrre gli effetti di altra fattispecie e previo accertamento, riservato in via esclusiva al giudice di merito, della volontà delle parti. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di rigetto della domanda di restituzione delle somme depositate, quale automatica conseguenza della nullità del deposito bancario, rinviando alla corte di appello per l'esame dell'eventuale conversione in comune contratto di mutuo o deposito irregolare, avendo il depositante dedotto, in alternativa alla tesi della validità del contratto bancario, la sussistenza dei requisiti di sostanza e di forma del contratto comune)».

L'ordinanza n. 19559 del 30 settembre 2015 ha applicato la

clausola generale della meritevolezza degli interessi interpretandola non solo alla luce delle norme del codice civile ma anche alla luce della normativa costituzionale:

«L'interesse perseguito mediante un contratto atipico, fondato sullo sfruttamento delle preoccupazioni previdenziali dell'utenza da parte di operatori professionali ed avente ad oggetto il compimento di operazioni negoziali complesse relative alla gestione di fondi comuni che comprendano anche titoli di dubbia redditività, il cui rischio sia unilateralmente trasmesso sul cliente, al quale, invece, il prodotto venga presentato come rispondente alle esigenze di previdenza complementare, a basso rischio e con libera possibilità di disinvestimento senza oneri, non è meritevole di tutela ex art. 1322, comma 2, c.c., ponendosi in contrasto con i principi desumibili dagli artt. 38 e 47 Cost. sulla tutela del risparmio e l'incentivo delle forme di previdenza, anche privata, sicché è inefficace ove si traduca nella concessione, all'investitore, di un mutuo, di durata ragguardevole, finalizzato all'acquisto di prodotti finanziari della finanziaria, e nel contestuale mandato conferito a quest'ultima per l'acquisto dei prodotti anche in situazione di potenziale conflitto di interessi».

Eguale l'ordinanza n. 22950 del 10 novembre 2015 a proposito dei contratti "My way":

«Il contratto "My Way" non è meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c., perché la struttura negoziale (che prevede l'acquisto di prodotti finanziari mediante un mutuo erogato dalla stessa banca che gestisce o emette quegli strumenti, poi costituiti in pegno a garanzia dell'eventuale mancato rimborso del finanziamento) pone l'alea della operazione in capo al solo risparmiatore, il quale, a fronte dell'obbligo di restituire le somme mutate ad un saggio d'interesse non tenue, non ha una certa prospettiva di lucro, laddove invece la banca consegue vantaggi certi e garantiti. Né il rischio dell'inadempimento del risparmiatore può farsi rientrare nell'alea contrattuale, così incidendo nel meccanismo funzionale del rapporto, atteso che l'interesse al corretto adempimento del proprio debitore è circostanza comune ad ogni contratto».

È significativo il fatto che la Corte abbia rilevato la violazione di *diritti fondamentali* collegati con le prassi negoziali d'impresa. Ed in effetti gli interessi che confliggono in questo mercato sono, da un lato, l'interesse privato orientato a massimizzare il profitto e dall'altro l'interesse pubblico che è, raffigurato in modo emblematico dall'art. 47 (21) sulla tutela del risparmio, ma ora si amplia ad includere anche i diritti della persona e le libertà, cioè diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalla Costituzione ma pure dalla Carta dell'UE e dalla Convenzione europea dei diritti umani, laddove si fa riferimento alla protezione della privacy e dei dati personali, alla protezione della proprietà e alla libertà contrattuale. (22) La tutela dell'autonomia dei privati, considerata sotto l'angolo visuale delle aggregazioni societarie, delle finalità della cooperazione e della tutela dei soci è stata oggetto di un ampio dibattito dottrinale; emblematica, al riguardo, la vicenda della riforma del credito cooperativo, sotto vari profili. Per quanto riguarda il gruppo bancario cooperativo di natura convenzionale la Corte costituzionale, con la sentenza del 15 gennaio 2020, ha escluso che le banche cooperative aderenti a gruppi nazionali possano essere ancora classificate come banche regionali:

«(...)Se è pur vero che la riforma introdotta nel 2016 ha inteso salvaguardare lo scopo mutualistico delle BCC e, entro certi limiti, gli spazi di autonomia gestionale delle singole banche, tuttavia tali circostanze non determinano la conservazione del carattere regionale della banca in esame, a fronte del dato normativo delle disposizioni di attuazione statutaria e della disciplina introdotta dal d.l. n. 18 del 2016. Ai sensi dell'art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 205 del 2012, il carattere regionale di una qualsiasi BCC che appartenga a un gruppo bancario presuppone che «anche le altre componenti bancarie del gruppo e la capogruppo presentino carattere regionale». Per effetto

dell'adesione al gruppo bancario nazionale ICCREA Banca spa Istituto centrale del credito cooperativo (d'ora in avanti: ICCREA), la BCC di San Biagio Platani ha perso il carattere regionale e pertanto è sottratta ai poteri di competenza regionale previsti dal d.lgs. n. 205 del 2012. L'interpretazione sostenuta dalla Regione ricorrente risulta incompatibile anche con la ratio dell'intervento legislativo del 2016, in quanto volto a realizzare, attraverso il coordinamento e la direzione della capogruppo, la finalità di «razionalizzazione della governance, [...] di stabilità nel suo complesso e di rafforzamento patrimoniale a livello delle singole banche di credito cooperativo», come risulta dalla relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione. Nel complessivo disegno riformatore del d.l. n. 18 del 2016, tali obiettivi sono perseguiti attraverso il conferimento alla capogruppo di poteri di direzione e coordinamento (art. 37-bis, comma 1, t.u. bancario), idonei a realizzare il comune progetto imprenditoriale del gruppo bancario cooperativo. Pur rispettando l'autonomo interesse sociale di ciascuna BCC aderente al gruppo, il contratto di coesione disciplina, infatti, i poteri di direzione strategica e i presidi di controllo del rischio, che sono attribuiti a livello nazionale alla capogruppo. Inoltre, la prevista garanzia solidale incrociata tra la capogruppo e le banche partecipi del gruppo, di cui al nuovo art. 37-bis, comma 4, del t.u. bancario, comporta di per sé una disciplina uniforme della vigilanza.

Per quanto riguarda il recesso dei soci in caso di trasformazione è stata sindacata la costituzionalità della normativa introdotta di recente.

Si deve cioè interpretare il combinato disposto dell'art. 28 TUB (il quale dispone al c. 2 ter che

«nelle banche popolari e nelle banche di credito cooperativo il diritto al rimborso delle azioni nel caso di recesso, anche a seguito di trasformazione, morte o esclusione del socio, è limitato secondo quanto previsto dalla Banca d'Italia, anche in deroga a norme di legge, laddove ciò sia necessario ad assicurare la computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca. Agli stessi fini, la Banca d'Italia può limitare il diritto al rimborso degli altri strumenti di capitale emessi) e dell'art. 1 del d.l. 24 gennaio 2015 n. 3 (Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti), convertito, con modificazioni, nella legge 24 marzo 2015 n. 33, il quale dispone che nelle banche popolari il diritto al rimborso delle azioni nel caso di recesso, anche a seguito di trasformazione o di esclusione del socio».

Il recesso è limitato secondo quanto previsto dalla Banca d'Italia, anche in deroga a norme di legge, laddove ciò è necessario ad assicurare la computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca. Agli stessi fini, la Banca d'Italia può limitare il diritto al rimborso degli altri strumenti di capitale emessi.

Con ordinanza del 15 dicembre 2016 il Consiglio di Stato aveva sollevato questioni di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 1, 3, 23, 41, 42, 77 comma 2, 95, 97 e 117 comma 1 della Costituzione (quest'ultimo in relazione all'art. 1 del protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, CEDU, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955 n. 848).

Tuttavia la Corte costituzionale, con sentenza n. 99 del 15 maggio 2018, ha ritenuto non fondate le questioni sollevate. Quanto al recesso, tenendo conto della normativa europea, la Corte ha ritenuto che:

«Il presupposto interpretativo da cui muove il giudice a quo per sollevare le questioni, prospettando l'esistenza di una fattispecie espropriativa senza indennizzo, è dunque errato: le regole prudenziali dell'Unione europea non lasciano al legislatore nazionale alcuna facoltà di scelta tra le due presunte "opzioni" della limitazione quantitativa del rimborso e del suo rinvio, ma gli impongono di attribuire all'ente creditizio la «capacità» di adottare sia l'una che l'altra misura come condizione perché le azioni possano essere considerate strumenti del capitale primario di classe 1.

È opportuno precisare che l'unica "opzione" concessa dalla normativa europea al legislatore nazionale si colloca su un altro piano e riguarda la scelta, da operare nell'ambito dell'alternativa prevista dall'art. 29 del regolamento (UE) n. 575/2013, tra il rifiuto del rimborso delle azioni e la limitazione al rimborso stesso. Rispetto a tale opzione, la norma censurata si conforma in effetti, secondo questa Corte, al criterio del minimo mezzo – non prevedendo la possibilità del rifiuto e invece – introducendo lo strumento della limitazione del rimborso sulla base della situazione prudenziale della banca.

Al legislatore nazionale non può dunque essere addebitato di avere illegittimamente sacrificato l'interesse del socio recedente, «andando oltre a quanto strettamente necessario per tutelare l'interesse pubblico alla sana e prudente gestione dell'attività bancaria» nel bilanciare gli opposti interessi in gioco».

Nella sua elaborata motivazione la Corte ha anche escluso che nella specie si fosse violata la disciplina della proprietà e la normativa desse luogo ad un esproprio senza indennizzo:

«Letta sistematicamente e nella sua interezza la disposizione prevede dunque sì che il rimborso possa essere limitato dalla banca (alla quale le disposizioni nazionali devono garantire tale facoltà, con l'ampiezza descritta), ma solo se, nella misura e nello stretto tempo in cui ciò sia necessario per soddisfare le esigenze prudenziali. Essa impone così agli amministratori il dovere di verificare periodicamente la situazione prudenziale della banca e la permanenza delle condizioni che hanno imposto l'adozione delle misure limitative del rimborso e di provvedere ove esse siano venute meno. Più precisamente, nel caso di rinvio del rimborso, una volta che si sia accertato il venire meno degli elementi che hanno giustificato il differimento, il credito del recedente si deve considerare esigibile. La limitazione quantitativa, invece, deve condurre alla conservazione dei titoli non rimborsati in capo al recedente, che si vedrà in questo modo reintegrato nel suo status e nel valore patrimoniale della partecipazione».

L'effetto espropriativo paventato dal giudice a quo è così scongiurato, dal momento che il socio recedente non subisce alcuna perdita definitiva del valore delle azioni di cui sia limitato il rimborso. A ciò si aggiunga che la previsione legislativa dell'obbligo dell'organo di gestione strategica di tenere conto della situazione prudenziale della banca nell'adozione delle scelte di limitazione del rimborso del socio recedente comporta che la sua scelta debba essere motivata con riferimento alle descritte esigenze, con la conseguenza che l'operato della banca potrà essere sindacato in sede giudiziaria a tutela della posizione del socio.»

La Corte ha poi applicato il principio di amministrazione prudenziale di proporzionalità per escludere la violazione di diritti umani:

«La disposizione censurata risulta inoltre proporzionata al fine da realizzare, bilanciando in maniera non irragionevole le esigenze dell'interesse generale della comunità e la tutela dei diritti fondamentali della persona, e ciò senza oneri individuali eccessivi (ex plurimis, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 13 gennaio 2015, Vécony contro Ungheria; sentenza 30 giugno 2005, Jahn e altri contro Germania; sentenza 5 gennaio 2000, Beyeler contro Italia; sentenza 23 ottobre 1997, National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society contro Regno Unito; sentenza 21 febbraio 1986, James e altri contro Regno Unito; sentenza 23 settembre 1982, Sporrang e Lönnroth contro Svezia), stante, come visto, l'obbligo degli enti creditizi di verificare costantemente la permanenza delle condizioni che richiedono l'intervento prudenziale e il loro vincolo a porre termine alle misure limitative nel momento in cui le esigenze che le hanno determinate cessino. Si può ricordare come, nella specifica materia bancaria, la Corte EDU abbia già avuto modo di affermare, ad esempio, che non è manifestamente priva di ragionevole fondamento – e quindi non contrasta con l'art. 1 del protocollo addizionale, nel cui ambito di protezione ricadono anche le azioni di società (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 25 luglio 2002, Sovtransavto Holding contro Ucraina) – una misura che, allo scopo di proteggere un settore economico chiave come quello fi-

nanziario, nazionalizza una banca in crisi senza prevedere un indennizzo per gli azionisti (Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione 10 luglio 2012, Grainger e altri contro Regno Unito)».

4. La funzione giustiziale di organismi privati.

Dal punto di vista civilistico è oggetto di grande interesse l'operato degli organismi privati che promuovono mediazioni, conciliazioni o assumo provvedimenti convenzionalmente vincolanti (per la banca o per entrambe le parti). A questo proposito ci si chiede se organismi privati come l'ABF (o l'ACF) esercitino una funzione di carattere normativo, giurisdizionale oppure semplicemente orientativo. Qui, la discussione è aperta soprattutto sul ruolo e la natura dell'ABF (e dell'ACF).

Proprio perché dobbiamo leggere le fonti non soltanto nella prospettiva giusformalistica ma anche nella prospettiva giusrealistica, il ruolo di questi enti pone molteplici questioni al giurista: la gran parte dei provvedimenti/ pareri che essi esprimono sono vincolanti per una delle due parti in conflitto, ma consentono sempre al soggetto - che normalmente è la parte più forte cioè la banca o l'intermediario finanziario - di poter adire il giudice ordinario al fine di sovvertire o contestare comunque il provvedimento assunto che le sia sfavorevole.

Si discute se il risultato del procedimento che gli enti menzionati hanno condotto si risolva in un lodo arbitrale oppure in atti che non hanno finalità giurisdizionale. Si è parlato a questo proposito di attività "giustiziale" (23). In una prospettiva giusrealistica è da notare che, nonostante i provvedimenti non siano assimilabili a "precedenti" giudiziari, essi non operano soltanto all'interno della sfera privatistica, ma sono presi in considerazione, sul piano interpretativo, dal giudice ordinario.

I giudici ordinari, come si apprende leggendo le loro decisioni (24), tengono in gran conto i provvedimenti dell'ABF e dell'ACF e c'è un dialogo proficuo che si apre tra di essi e i colleghi dei due enti. I provvedimenti quindi hanno un'incidenza nella soluzione delle controversie impensabile solo alcuni anni fa, quando imperava la concezione rigidamente formale della interpretazione delle fonti, che, forte del principio in base al quale il giudice è sottoposto solo alla legge, la quale non gli avrebbe consentito di ispirarsi (per così dire) a regole estranee all'ordinamento giuridico per risolvere le questioni sottopostegli.

Da ciò emerge il ruolo importante che ha l'autonomia privata in questo contesto.

Sulle clausole degli interessi calcolati con riferimento ad una valuta straniera è intervenuta, con una sentenza interlocutoria, la Corte di Giustizia, la quale, in margine ad una questione sollevata da una corte d'appello rumena, è pervenuta alla medesima conclusione del giudice italiano.

Il giudice di rinvio aveva chiesto, tra l'altro, se la clausola riguardante l'indice degli interessi in moneta straniera ma da pagare in moneta nazionale rientrasse nell'"oggetto principale" del contratto, ai sensi della direttiva sulle clausole abusive n. 13 del 1993:

«occorre rispondere alla (...) questione dichiarando che l'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che la nozione di «oggetto principale del contratto», ai sensi di tale disposizione, comprende una clausola contrattuale, come quella oggetto del procedimento principale, inserita in un contratto di mutuo espresso in una valuta estera, che non è stata oggetto di un negoziato individuale e in forza della quale il prestito deve essere restituito nella stessa valuta estera nella quale è stato contratto, poiché tale clausola fissa una prestazione essenziale che caratterizza tale contratto. Di conseguenza, tale clausola non può essere ritenuta abusiva, a condizione che sia stata formulata in modo chiaro e comprensibile».

E si chiedeva poi se tale clausola fosse trasparente, chiara ed intelligibile:

«In via preliminare, occorre rammentare che la Corte ha già statuito che il requisito di redazione chiara e comprensibile si applica anche quando una clausola rientra nella nozione di «oggetto principale del contratto» o in quella di «perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro», ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13 (v., in tal senso, sentenza del 30 aprile 2014, Kásler e Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, punto 68). Le clausole oggetto di tale disposizione esulano, infatti, dalla valutazione del loro carattere abusivo soltanto qualora il giudice nazionale competente consideri, in seguito ad un esame caso per caso, che esse sono state formulate dal professionista in modo chiaro e comprensibile (sentenza del 3 giugno 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, punto 32).

44. Per quanto riguarda l'obbligo di trasparenza delle clausole contrattuali, quale risulta dall'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13, la Corte ha sottolineato che tale obbligo, richiamato ugualmente all'articolo 5 di tale direttiva, non potrebbe essere limitato unicamente al carattere comprensibile sui piani formale e grammaticale di queste ultime, ma, al contrario, poiché il sistema di tutela istituito dalla suddetta direttiva si fonda sull'idea che il consumatore si trova in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda, in particolare, il grado di informazione, tale obbligo di redazione chiara e comprensibile delle clausole contrattuali e, dunque, di trasparenza, introdotto dalla medesima direttiva, deve essere interpretato in modo estensivo (v., in tal senso, sentenze del 30 aprile 2014, Kásler e Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, punti 71 e 72, nonché del 9 luglio 2015, Bucura, C-348/14, non pubblicata, EU:C:2015:447, punto 52)».

Il giudice del rinvio aveva anche segnalato l'orientamento del Comitato europeo per il rischio sistemico:

«secondo una giurisprudenza costante della Corte, le informazioni, prima della conclusione di un contratto, in merito alle condizioni contrattuali ed alle conseguenze di detta conclusione, sono, per un consumatore, di fondamentale importanza. È segnatamente in base a tali informazioni che quest'ultimo decide se desidera vincolarsi alle condizioni preventivamente redatte dal professionista (sentenze del 21 marzo 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, punto 44, nonché del 21 dicembre 2016, Gutiérrez Naranjo e a., C-154/15, C-307/15 e C-308/15, EU:C:2016:980, punto 50).

49. Nel caso di specie, trattandosi di prestiti in valuta estera come quelli oggetto del procedimento principale, va sottolineato, come ricordato dal Comitato europeo per il rischio sistemico nella sua raccomandazione CERS/2011/1, del 21 settembre 2011, sui prestiti in valuta estera (GU 2011, C 342, pag. 1), che gli istituti finanziari devono fornire ai prenditori di mutuo informazioni sufficienti a consentire a questi ultimi di assumere decisioni prudenti e consapevoli e dovrebbero quanto meno includere l'impatto sulle rate di rimborso che deriverebbe da un forte deprezzamento della moneta avente corso legale nello Stato membro nel quale il prenditore di mutuo è domiciliato e da un aumento del tasso di interesse estero (raccomandazione A - Consapevolezza dei rischi da parte dei prenditori, punto 1)».

La Corte, nel rinviare al giudice la questione, perché controllasse se le circostanze del caso potevano confermare che il cliente della banca-consumatore avesse ricevuto le informazioni utili e chiare al momento della conclusione del contratto, ha precisato che:

«l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che la valutazione del carattere abusivo di una clausola contrattuale deve essere effettuata con riferimento al momento della conclusione del contratto in questione, tenendo conto dell'insieme delle circostanze di cui il professionista poteva essere a conoscenza in tale momento e che erano idonee a incidere sull'ulteriore esecuzione di detto contratto. Spetta al giudice del rinvio valutare, alla luce di tutte le circostanze della controversia oggetto del procedimento principale e tenendo conto in particolare

delle competenze e delle conoscenze del professionista, nel caso di specie la banca, riguardo alle possibili variazioni dei tassi di cambio e ai rischi inerenti alla sottoscrizione di un mutuo in valuta estera, la sussistenza di un eventuale squilibrio ai sensi di tale disposizione».

5. Il diritto dell'Unione europea (rinvio). (25)

Ci siamo già introdotti nel diritto dell'Unione europea. A questo proposito, anche per i circoscritti confini di queste note, non è necessario esaminare nel dettaglio le fonti del diritto dell'Unione, ancorché esse siano diventate ormai il nerbo del diritto bancario e del diritto finanziario. Basti ricordare le direttive sui conglomerati finanziari, sui requisiti di prudenzialità, sui dissesti bancari, sui depositi a garanzia, sulle agenzie di rating del credito, sull'Unione bancaria, sui servizi finanziari, sui servizi di pagamenti, sui mercati finanziari e pensionistici, sulle società bancarie.

A questo corposo plesso normativo si aggiungono poi la disciplina della concorrenza e la disciplina degli organi per la stabilità e il controllo dei maggiori istituti di credito, di regolazione della moneta, e così via (26).

Dei contratti bancari si è detto sopra, ma per il diritto civile sono anche di particolare interesse le direttive sulle società e sui mezzi di pagamento.

6. Incidenza degli ordinamenti di riferimento nella organizzazione manualistica della materia.

Nell'ampissima letteratura manualistica il percorso di ricostruzione delle fonti e di analisi delle loro origini e del loro sviluppo è fatto in modo lineare, restituendo in modo tangibile l'immagine della loro complessità. È interessante notare come ciascun Autore in questo faticoso lavoro architettonico tenda a riflettervi la storia e la cultura dell'ordinamento di provenienza. Sono scontate le simiglianze dettate dalle fonti dell'Unione europea. Ma queste fonti, attesi gli effetti degli strumenti impiegati - in prevalenza direttive di armonizzazione massima - lasciano margini a legislatori e giudici nazionali (27).

Si è detto - a mo' di esempio - della seconda (recentissima) edizione del *Manuale di diritto bancario e finanziario* curato da Francesco Capriglione, che accanto alla struttura classica delle fonti colloca le nuove tecniche di regolazione, analizzando delle fonti normative l'origine, lo scopo, ma anche - criticamente - gli effetti sortiti, e delle seconde la duttilità ma anche la complementarietà (28), collocando il complesso delle prescrizioni nel quadro dei rapporti tra Stato, collettività e interessi privati, nella consapevolezza che si tratta di una dimensione che gradua la sua dose di prescrittività a seconda delle fasi storiche che attraversa. Ricostruire la storia delle fonti diviene una ineliminabile chiave interpretativa per comprenderne la correlazione con i fattori economici e sociali (29).

L'esperienza francese è (da sempre) assai simile alla nostra, e, confrontando le date dei diversi interventi normativi, a cominciare dalla legge bancaria riordinatrice del settore, che è del 1941, talvolta sembra debitrice della nostra (30).

Ebbene, l'ordinamento è bicefalo perché in Francia l'ordinamento privatistico è ancora diviso tra il Code civil (1804), rinnovato solo per le parti relative ad obbligazioni, contratti e prove (ma è in corso la revisione della disciplina della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale) e Code de commerce (1807), rinnovato dall'ordonnance del 2000-912 del 21 settembre 2000. Il Code de commerce riflette ancora le categorie antiche, facendo uso delle nozioni di atto di commercio, di commerciante, di fondo di commercio, a noi familiari perché proprie del Codice di commercio del 1883. Rispetto al Manuale curato da Francesco Capriglione ora ora citato, che in modo encomiabile si occupa della struttura ordinamentale e delle autorità, dei controlli pubblici, della fi-

nanza, dell'attività bancaria e dei contratti, dei servizi finanziari, della gestione collettiva e del risparmio, dei servizi di pagamento, delle procedure di crisi, delle agenzie di rating, della trasparenza, della lotta all'antiriciclaggio, delle regole di condotta, delle ADR, e ampiamente dei diversi mercati, i manuali francesi correnti appaiono assai semplificati, perché ad es. quello di Thierry Bonneau (*Droit bancaire*, 13° ed., Parigi, 2019) è articolato distinguendo le attività bancarie e la loro disciplina, gli attori, cioè i professionisti e la clientela, le operazioni, la gestione patrimoniale, i circuiti di informazione e di scambio.

E lo stesso si può dire dei manuali inglesi, nei quali si riflette la cultura del common lawyer, come il *Modern Banking Law* di Ellinger, Lomicka e Hooley o quello di Ross Cranston, (31) in cui emergono soprattutto in modo pratico le strutture del sistema bancario, le funzioni della banca e le operazioni di banca. Ora, con Brexit, anche l'ordinamento bancario inglese finirà per assumere connotati più spiccatamente "insulari", anche se gli accordi internazionali e la globalizzazione dei mercati conducono inevitabilmente ad una convergenza dei sistemi.

Note

- (1) Falzea, *Complessità giuridica*, in *Enc.dir., Annali*, I, Milano, 2007.
- (2) Scalisi V., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al post-moderno*, Milano, 2003, p.31 ed ivi n.111.
- (3) Ross, *Diritto e giustizia*, Milano, 1958, p. 96 ss.; e v. con diverse curvatures Lipari, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008; Grossi, *Pluralità delle fonti del diritto e attuazione della Costituzione*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2019, p. 763 ss. (e *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017); Galgano, *Trattato di diritto civile*, vol.I, cap. I, Padova, 2010. Sul piano ermeneutico v. in particolare Pino, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars Interpretandi*, n. 16, 2011, p.19 ss.; e, in generale, Guastini, *Le fonti del diritto: fondamenti teorici*, Milano, 1993 e Parodi, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, Milano, 2012; Golzberg, *Les sources du droit*, Parigi, 2016; nel diritto inglese, si fa riferimento, nell'ordine, a: leggi del Parlamento, case law, fonti del diritto europeo, Convenzione europea dei diritti umani; v. di recente Bell, *Sources of Law*, in *Cambridge Law Journal*, 77, n.1, 2018, p. 40 ss.
- Per il diritto bancario v. i saggi raccolti da Pellegrini, *Corso di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2016 in cui le pagine di Lemma e Strippoli, p. 105 ss.
- (4) Per tutti, Evangelista e Canzio, *Corte di Cassazione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 2005, n.4, p. 81 ss.
- (5) Alpa, *Trattato di diritto civile, Storia, fonti, interpretazione*, I, Milano, 2000.
- (6) Sul punto v. il dossier parlamentare (XIV legislatura, gennaio 2006, n. 385 rinvenibile su astridonline.it/static/upload/protected/Doss/Dossier-835-completo.pdf, Montedoro, *La tutela del risparmio*, relazione tenuta nel corso del 50° Convegno di studi amministrativi (Varenna, 16, 17 e 18 settembre 2004): *L'attuazione del titolo V della Costituzione*; Saitta, *La disciplina del credito e del risparmio nelle regioni*, Milano, 1974; Costii, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2001; Antonucci, *Diritto delle banche*, Milano 2000.
- (7) Sul punto v. ampiamente Capriglione, *Manuale di diritto bancario e finanziario*, 2 ed., Milano, 2019, p. 14 ss.
- Nella sconfinata letteratura v. in particolare F. Merusi, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in *Accademia dei Lincei, Lo Stato delle istituzioni italiane: problemi e prospettive*, Atti del Convegno 30 giugno - 3 luglio 1993, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 389 ss.; M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994; M. D'Alberti, *Autorità indipendenti* (dir. amm.), in *Enciclopedia Giuridica*, vol. IV, Roma, 1995; P. Perlingieri (a cura di), *Authorities e tutela della persona*, Napoli, 1999; Casese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2000; V. Cerulli Irelli, *Aspetti costituzionali e giuridici delle Autorità*, in F. A. Grassini (a cura di) *L'indipendenza delle Autorità*, Bologna, 2001, 49 ss.
- (8) Le norme bancarie uniformi (N.B.U.) concordate tra gli Istituti aderenti all'A.B.I. relativamente alla fidejussione omnibus non sono state ritenute dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea (set. 21 gennaio 1999) atte, nel loro complesso, a pregiudicare il commercio tra gli stati membri agli effetti dell'art. 85 del trattato CEE (oggi, a seguito del trattato di Amsterdam, art. 81); ciò non comporta, tuttavia, che in tali intese non possa ravvisarsi, da parte del giudice nazionale, un illecito concorrenziale ai sensi della legge n. 287 del 1990, atteso che la repressione delle intese di rilievo comunitario spetta alla Commissione della Unione Europea, che, ai sensi dell'art. 83 (già 87) del trattato, la esercita sotto il controllo

del giudice comunitario, a mezzo della procedura di verifica (alla quale tale organo dà luogo di propria iniziativa, ovvero su segnalazione delle parti che intendono ottenere una esenzione a norma dell'art. 81 n. 3 del trattato, oppure comunque, su istanza di un terzo interessato), senza, che, però, tale competenza comunitaria escluda in toto quella del giudice nazionale, dinanzi al quale possono pur sempre essere allegati violazioni ai nn. 1 e 2 dell'art. 81 (nei solo effetti diretti sul rapporto concorrenziale tra privati e con riferimento ad un ambito esclusivamente nazionale), risultando attualmente il giudice nazionale incompetente, in materia di intese, solo riguardo alla fattispecie di esclusione di cui al n. 3 del citato art. 81. (Principio affermato in relazione a fattispecie in cui, però, la distorsività rispetto alla struttura concorrenziale del mercato interno delle intese relative alle fideiussioni "omnibus" era stata fatta valere dinanzi al giudice nazionale solo come riflesso dell'asserito pregiudizio comunitario) (Cass. 8 giugno 2001, n. 887).

Per ulteriori ragguagli v. AA.VV., *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela*, in *Quaderni della Banca d'Italia*, n. 49 -1999; Capriglione, *Commentario al Testo unico delle Leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2018, sub art. 117.

(9) V. Lemma, *Soft Law e regolazione finanziaria*, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2006, II, 600; ID., *Best practices e altri aspetti della soft law*, in *Mondo bancario*, 2006 (117), n4, p. 9 ss.

(10) Galgano, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001.

(11) Sacco, *Trattato di diritto civile*, vil. II, Torino, 2009.

(12) Luciani, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali, IX, 2016, 467.

(13) Cfr. Capriglione, *Manuale*, cit., cap. II; Barenghi, *Appunti sulla trasparenza bancaria, venticinque anni dopo*, in *Questione giustizia*, n. 3, 2017, p. 112 ss.

(14) V. le interessanti considerazioni di Jeffers e Pollin, *Dérèglementation bancaire des années '80 et crise financière*, in *Rev.d'ec.fin.*, 105, 2012, n. 1, p. 103 ss.; Capriglione, *Globalizzazione, crisi finanziaria e mercati: una realtà su cui riflettere*, in *Mercato e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di Stato*, a cura di G. Colombini, M. Passalacqua, Napoli, 2012, pp. 14 ss.

(15) Che emerge già dal primo capitolo della nuova edizione del *Manuale di diritto bancario e finanziario* curato da F. Capriglione cit. (2° ed., Milano, 2020) ove si annoverano tra le fonti i principi costituzionali, gli interventi di legislazione speciale e i testi unici, la normativa di derivazione europea, la normativa delle autorità di settore, i processi di deregolamentazione e di autoregolazione, la regolazione con moral suasion, guide lines e best practices.

(16) Ora restituiti al pubblico dei lettori da una opportuna riedizione curata dalla casa Quodlibet: Romano S., *L'ordinamento giuridico*, Macerata, 2018 (e v. i saggi di AA.VV. raccolti in *Jura gentium*, 15 (2018), p. 2 ss.; Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, Macerata, 2018.

(17) Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia, in *Scritti per Santi Romano*, II, Padova, 1939, p. 707.

(18) Ad opera dello stesso Giannini, *Gli ordinamenti sezionali rivisitati*, in *Scritti*, vol.IX, Milano, 2006, p. 127 ss.

(19) Amorosino, *Il "puzzle" delle fonti normative del mercato bancario e la "dialettica circolare" tra le Corti europee e nazionali*, in *Atti della Giornata di studi su "Le fonti del diritto dei mercati finanziari"*, a cura di c. Miraglia e A.Principe, Fisciano, 12 novembre 2019; Napolitano G., *L'intervento dello Stato nel sistema bancario e i nuovi profili pubblicistici del credito*, in *Giorn.dir.amm.*, 2009, n. 4.

(20) V. ora Clini, *Ordinamento sezionale del credito e diritti della persona*, sul web, *ojs.uniurb.it*, 2019.

(21) La letteratura è assai vasta: di recente v. Paolo Grossi *La tutela del risparmio a settant'anni dall'approvazione dell'art. 47 della Costituzione*, Roma, ABI, 19 maggio 2017, nel sito web della Corte costituzionale; Montedoro, *La tutela del risparmio*, testo dattiloscritto della relazione tenuta nel corso del 50° Convegno di studi amministrativi *L'attuazione del titolo V della Costituzione*, Varenna, 16, 17 e 18 settembre 2004; Atelli, *"Credito" e "risparmio" nella Costituzione riformata*, in *Giur. Cost.*, 2003, pp. 3949 e ss; Costi, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2007, p. 34 ss.

(22) V. *La riforma del credito cooperativo*, a cura di Barbagallo, *Quaderni della Banca d'Italia*, 2018; Sabbatelli, *Le riforme delle banche di credito cooperativo*, Bari, 2017.

(23) Montedoro, *Il giudice e l'economia*, Roma, 2015. Nel diritto amministrativo v. Raganella e Valla, *La tutela giustiziale*, Milano, 2007.

(24) V. ad es. Trib.Roma, ord., 3 gennaio 2017, ined. Che considera una "decisione" il provvedimento del Collegio ABF di Roma n. 4135 del 2015 concernente la validità (che il Collegio ha escluso) delle clausole di rivalutazione degli interessi di un mutuo bancario espressi in franchi svizzeri, in quanto ritenute non sufficientemente chiare per il cliente.

(25) Per una compiuta analisi di queste fonti v. *Manuale*, cit. a cura di F. Capriglione, cap.II, p. 59 ss.e passim.

(26) Il contributo più recente si deve a Lamandini, *Temi e problemi circa le fonti del diritto bancario dell'Unione*, relazione tenuta nel corso della giornata di studi su *Le fonti del diritto dei mercati finanziari*, cit.

(27) Al riguardo v. per un settore circoscritto *European Contract Law in the Banking and Financial Union*, a cura di S. Grundmann e P. Sirena, Cambridge, 2018.

(28) Capriglione, op.cit., p. 25.

(29) Capriglione, op.cit., p. 31 ss.

(30) V. tra i manuali più recenti ad es. Bonneau, *Droit bancaire*, Paris, 2016.

(31) *Ellinger's Modern Banking Law*, aggiornato da Lomnicka e Hooley, Oxford, 2005; Cranston, *Principles of Banking Law*, aggiornato da Van Sant, Oxford, 2018.

L'assegno divorzile.

Rossella Atzeni

Magistrato

Presidente di Sezione Corte d'Appello di Genova

Sommario: 1. La sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 18287/18. - 2. Il regime probatorio. - 3. Le condizioni di salute del coniuge richiedente l'assegno divorzile. - 4. Formazione durante la convivenza del patrimonio dell'ex coniuge con il solo apporto dei beni dell'altro - esclusione dell'assegno divorzile. - 5. Revisione delle condizioni del divorzio. - 6. Altri effetti del "revirement". - 7. Ripetibilità delle somme versate a titolo di assegno divorzile da parte del coniuge obbligato che sia stato in seguito esonerato. - 8. Cessazione dell'assegno in conseguenza della nuova famiglia di fatto costituita dal coniuge destinatario dell'assegno con altro partner. - 9. Valenza dell'addebito. - 10. Decorrenza dell'assegno divorzile. - 11. Differenza tra assegno divorzile ed assegno di separazione.

Abstract.

Il presente articolo mira ad analizzare la natura dell'assegno divorzile alla luce della Sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 18287/18, nonché sulla base del dettato normativo contenuto all'art. 5 co. 6 L. n. 898 del 1970, come novellato, e delle ulteriori pronunce dei giudici di legittimità e di merito. Verranno trattati inoltre i temi del regime probatorio, dello stato di salute del coniuge richiedente l'assegno divorzile, nonché della questione se il "revirement" della Corte di Cassazione possa dar luogo ad un procedimento di revisione delle condizioni di divorzio, dell'aspetto della formazione durante la convivenza del patrimonio dell'ex coniuge con il solo apporto dei beni dell'altro, della ripetibilità o meno delle somme versate a titolo di assegno divorzile da parte del coniuge obbligato che sia stato in seguito esonerato, nonché della cessazione dell'assegno in conseguenza della nuova famiglia di fatto costituita dal coniuge destinatario dell'assegno con altro partner, della valenza dell'addebito, della decorrenza dell'assegno divorzile e della differenza tra assegno divorzile ed assegno di separazione.

1. La sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 18287/2018.

La S.U. n. 18287/18 si discosta sia dalla precedente pronuncia della stessa Corte a Sezioni Unite del 1990 n. 11490, sia dall'orientamento delineato dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 11504/2017 e successive analoghe.

Da un lato infatti le recenti S.U. ritengono superata la rigida bipartizione tra criteri attributivi e determinativi dell'assegno divorzile già indicata dalle S.U. del 1990 e cioè la separazione della fase dell'*an*, relativa alla valutazione del non avere adeguati redditi propri, rispetto alla fase del *quantum* in cui si aveva riguardo ai criteri di determinazione dell'assegno.

Nella sentenza n. 11490 del 1990 i Supremi Giudici di legittimità hanno affermato che l'assegno ha carattere esclusivamente assistenziale dal momento che il presupposto per la sua concessione deve essere rinvenuto nell'inadeguatezza dei mezzi del coniuge istante, da intendersi come insufficienza degli stessi a conservargli un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio.

Per contro un nuovo orientamento è stato esposto nella sentenza della Corte di Cassazione n. 11504/2017 in cui si è affermato che il coniuge richiedente l'assegno quale persona singola ed in base al principio di autoreponsabilità può ottenere tale assegno qualora dimostri la propria personale condizione di non indipendenza o autosufficienza economica.

La recente sentenza delle Sezioni Unite del 2018 critica la precedente pronuncia delle S.U. del 1990, nonché la successiva sentenza della Corte di Cassazione n. 11504/2017, laddove in esse si ricerca il parametro "dell'adeguatezza/inadeguatezza dei mezzi" del coniuge richiedente l'assegno "al di fuori degli indicatori contenuti nella norma di cui all'art. 5 co. 6° prima parte della legge n. 898/1970 come novellata (1) e senza operare una preliminare valutazione comparativa della condizione economico - patrimoniale di entrambe le parti.

Evidenziano i Supremi Giudici nella sentenza n. 18287/18 che la ricerca del parametro dell'inadeguatezza dei mezzi al di fuori degli indicatori di cui alla prima parte della norma dell'art. 5, comma 6 della L. n. 898 del 1970 novellato, non costituisce una conseguenza necessaria della nuova formulazione della stessa norma.

Ciò sia perché il legislatore, come nella versione originaria, impone di tenere conto dei fattori che compongono i tre criteri (assistenziale, relativo all'inadeguatezza dei mezzi, compensativo relativo al contributo fornito dal coniuge richiedente alla conduzione della famiglia e alla formazione del patrimonio comune o dell'altro coniuge, risarcitorio relativo alle ragioni della decisione), fornendone rispetto alla precedente legislazione una elencazione completa, sia perché nella norma si introducono i poteri istruttori del giudice di merito con riguardo all'accertamento delle condizioni economico-patrimoniali di entrambe le parti, tanto da prevedere l'obbligo della produzione di documentazione fiscale, nonché la possibilità per il Giudice di disporre indagini da parte della Polizia Tributaria in caso di contestazione.

La Suprema Corte a S.U. 2018 afferma quindi che proprio per ciò è da ritenersi tale "accertamento ineludibile rivolto ad entrambe le parti, con la conseguenza che la conoscenza comparativa di tali condizioni costituisce, secondo quanto risulta dall'esame testuale della norma, pregiudiziale a qualsiasi successiva indagine sui presupposti dell'assegno" (2). Inoltre il Supremo Collegio rileva che "entrambi i parametri, il tenore di vita matrimoniale (specie se potenziale) e l'autonomia od indipendenza economica (anche nella nuova versione dell'autosufficienza economica introdotta dalla sentenza n. 11504 del 2017) sono esposti al rischio dell'astrattezza e del difetto di collegamento con l'effettività della relazione matrimoniale" (3). In particolare il criterio del tenore di vita matrimoniale può determinare delle ingiustificate rendite di posizione.

Con riguardo alla sentenza della Corte di Cassazione n. 11504 del 2017 le Sezioni Unite del 2018 evidenziano quanto segue:

la sentenza n. 11504/2017 e le successive analoghe avevano ritenuto che il giudizio sull'adeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente non poteva più fondarsi sul tenore di vita matrimoniale, ma occorreva verificare "l'autosufficienza" economica dell'istante informandosi al principio di "autoreponsabilità" economica degli ex coniugi quali "persone singole".

In primo luogo l'illogica bipartizione tra fase dell'*an* e fase del *quantum* - seguita anche dalla sentenza citata del 2017 - va superata alla luce di quanto su esposto.

I Giudici delle S.U. 2018 rilevano inoltre che la valutazione svolta nella sentenza n. 11504/17 è "incompleta in quanto non radicata su fattori oggettivi e interrelazionali che determinano la condizione complessiva degli ex coniugi dopo lo scioglimento del vincolo".

Lo stesso limite d'incompletezza le S.U. 2018 rilevano con riguardo alla *ratio* che informa il criterio attributivo dell'assegno individuato nella carenza di autosufficienza economica, che in quelle pronunce del 2017 viene ritenuto coerente con i principi

di autodeterminazione e autoresponsabilità che permeano la solidarietà post coniugale desunta dall'art.2 e e dall'art.23 Cost. (4).

Le S.U. 2018 affermano che, nella sentenza n. 11504/2017, della norma costituzionale di cui all'art. 2 Cost. "viene tuttavia azzerata la parte, di primaria importanza, che colloca il principio di autodeterminazione all'interno delle formazioni sociali nelle quali si sviluppa la personalità dell'individuo" (5).

Inoltre le S.U. 2018 evidenziano che nella sentenza n. 11504/2017 citata all'assegno divorzile viene riconosciuta una natura giuridica ancorata ad una carenza di autosufficienza economica del richiedente, del tutto scollegata dalla relazione matrimoniale.

Proprio alla luce delle norme costituzionali di solidarietà coniugale e post coniugale, uguaglianza tra i coniugi e dignità umana (artt. 2 3 e 29 Cost.), nonché in virtù del dettato dell'art. 143 c.c., le S.U. 2018 affermano che la pregressa vita matrimoniale non può invece esser esclusa dal giudizio di riconoscimento o meno dell'assegno divorzile, assumendo infatti rilievo il contributo fornito da ciascuno dei coniugi, ed in particolare dal richiedente, alla conduzione della vita familiare e alla formazione del patrimonio comune e personale di ciascuno degli ex coniugi, in relazione alla durata del matrimonio e all'età dell'avente diritto.

Tutti indicatori contenuti nella prima parte della norma di cui all'art. 5 co. 6 L. n. 898 del 1970 novellato (da notare che l'età rientra tra le condizioni dei coniugi, parametro indicato in detto articolo).

Ciò, oltre a tutelare sotto il profilo della solidarietà e dell'uguaglianza il coniuge economicamente più debole consente di superare i limiti di astrattezza rinvenibili nei concetti di tenore di vita del matrimonio (soprattutto se potenziale) e di autosufficienza economica. La pari dignità degli ex coniugi è infatti l'obiettivo da perseguire, così come quello del rispetto del principio di solidarietà anche post coniugale nel rispetto dei valori costituzionali di cui all'art. 2,3,29 Cost. e della CEDU all'art. 5 del VII Protocollo addizionale.

Pertanto in conclusione la soluzione interpretativa dell'art. 5 co. 6 Legge n. 898 del 1970 novellato, indicata dalle S.U. 2018 è quella della valutazione concreta ed effettiva dell'ineadeguatezza dei mezzi e dell'incapacità di procurarseli per ragioni oggettive, non utilizzando più il parametro del tenore di vita matrimoniale, bensì essendo necessaria una valutazione "fondata sulla comparazione effettiva delle condizioni economico-patrimoniali dei coniugi alla luce delle cause che hanno determinato la situazione di attuale disparità", accertata, come si è detto, anche tramite i poteri istruttori officiosi del giudice di merito (6).

2. Il regime probatorio

Secondo l'orientamento espresso dai Supremi Giudici nella sentenza in esame, è dunque necessario procedere "al rigoroso accertamento probatorio dei fatti posti a base della disparità economico-patrimoniale" delle parti.

In particolare, con riferimento al contributo fornito dal richiedente alla conduzione della vita familiare e alla formazione del patrimonio familiare e personale dell'altro, la parte istante "deve fornire la prova con ogni mezzo anche mediante presunzioni" (7). Invece, la parte che chiede la riduzione o la eliminazione dell'assegno divorzile deve di ciò fornire *la prova contraria*.

A questo riguardo si può osservare che per la prova tramite presunzioni, come è stato di recente chiarito anche dalla Corte di Cassazione, gli elementi assunti a fonte di presunzione non debbono necessariamente essere plurimi - benché l'art. 2729 c.c. si esprima al plurale - potendosi il convinci-

mento del giudice fondare su un elemento unico, preciso e grave e dovendo comunque la motivazione del giudice essere sul punto esauriente e non contraddittoria (8).

Quindi nella pronuncia della Cassazione n. 11540 del 2017 e analoghe (9) si era affermato che in tema di determinazione dell'assegno divorzile "nella fase del giudizio concernente l'"*an debeatur*" il coniuge richiedente, per il principio di autoresponsabilità economica, è tenuto quale "persona singola" a dimostrare la propria personale condizione di non indipendenza o autosufficienza economica, sulla base degli "indici" orientativi del possesso di redditi di qualsiasi specie e/o di cespiti patrimoniali mobiliari ed immobiliari, della capacità e possibilità effettive di lavoro personale (in relazione alla salute, all'età, al sesso e al mercato del lavoro dipendente o autonomo), della stabile disponibilità di una casa di abitazione, precisandosi inoltre, in tali pronunce del 2017, che alle condizioni reddituali dell'altro coniuge poteva aversi riguardo solo nell'eventuale fase della quantificazione dell'assegno, alla quale era possibile accedere solo nel caso in cui la fase dell'"*an debeatur*" si fosse conclusa positivamente per il coniuge richiedente l'assegno.

Invece, secondo il principio di diritto indicato dalle Sezioni Unite 2018, non deve più ragionarsi in termini di bipartizione tra le due fasi *an* e *quantum* e la parte che chiede l'assegno deve provare la disparità reddituale e patrimoniale tra gli ex coniugi conseguente allo scioglimento del vincolo, dovendo essa trovare giustificazione causale negli indicatori contenuti nella prima parte dell'art. 5. Comma 6 della L. 898 /1970 e in particolare nel contributo fornito dal richiedente alla conduzione della vita familiare e alla formazione del patrimonio comune e/o personale dell'altro coniuge.

In ciò è rinvenibile l'essenziale funzione compensativa- perequativa dell'assegno divorzile.

Quindi oggi il coniuge istante dovrà inoltre indicare gli elementi utili alla verifica del contributo personale fornito, in modo esclusivo o prevalente ai bisogni del nucleo familiare, nel corso del matrimonio. In particolare dovrà dedurre l'avvenuto svolgimento di compiti di cura della famiglia e dei figli (se ve ne sono), nonché di compiti volti alla costituzione o conservazione del patrimonio comune. Ad esempio potrà al riguardo provare gli acquisti in regime di comunione avvenuti grazie ai redditi propri o ai risparmi propri.

Inoltre le circostanze dedotte dal coniuge richiedente se non contestate specificamente dalla controparte potranno costituire prova pacifica in causa ex art. 115 c.p.c.

Si è discusso se il coniuge richiedente l'assegno debba fornire la prova di aver comunque tentato di reperire un'attività lavorativa, onde procurarsi mezzi adeguati per mantenersi.

Sul punto la giurisprudenza di merito e di legittimità ha affermato in particolare che laddove il coniuge richiedente l'assegno abbia alla luce delle emergenze in atti dimostrato una capacità lavorativa, qualora sia rimasto successivamente privo di lavoro debba dimostrare di aver concretamente e fattivamente cercato una ulteriore fonte di reddito.

In particolare di recente il Tribunale di Treviso ha escluso la corresponsione dell'assegno divorzile nel caso in cui il richiedente sia colpevolmente inerte nella ricerca di un'occupazione, nonostante la giovane età e il possesso di un titolo di studio spendibile nel mercato del lavoro.

In particolare il Tribunale di Treviso valutata la situazione degli ex coniugi nel caso concreto alla luce dell'orientamento delle Sezioni Unite 2018 ha svolto un'analisi preliminare sulla sussistenza o meno di un divario economico tra i coniugi, risultata esistente.

I giudici hanno rilevato come, sebbene la decisione della moglie (straniera) di seguire il marito in Italia fosse rinvenibile in una scelta comune dei coniugi, non risultava provato che fosse stata condivisa anche la decisione della stessa di

cessare l'attività lavorativa in cui era impiegata. Inoltre, valutata la giovane età della richiedente e del titolo di studio posseduto, il Tribunale ha ritenuto possibile un futuro reinserimento lavorativo di quest'ultima, che peraltro era rimasta sostanzialmente e colpevolmente inerte (non essendo sufficiente l'invio occasionale di curricula) e non aveva dimostrato un apprezzabile contributo alla formazione del patrimonio del coniuge (10).

In senso analogo si è pronunciata la Corte d'Appello di Genova affermando che "L'assegno divorzile non è dovuto in ogni caso in cui sussista una divario tra le condizioni economiche degli ex coniugi atteso che tale misura non ha solo una funzione perequativo-compensativa ma anche assistenziale con la conseguenza che per il riconoscimento dell'assegno deve ricorrere il presupposto non solo dell'indisponibilità di mezzi adeguati ma anche quello dell'impossibilità di procurarseli per ragioni obiettive; ne consegue che il coniuge che in difetto di ragioni obiettivamente ostative (condizioni di età o di salute) non si prodighi per libera scelta nella ricerca di una attività lavorativa non ha diritto al riconoscimento dell'assegno" (11).

Inoltre, la Corte di Cassazione (pur pronunciandosi in un caso di separazione dei coniugi, ma ciò vale a maggior ragione in materia di divorzio) ha ritenuto che la Corte d'Appello di Torino aveva correttamente escluso il diritto della moglie all'assegno di mantenimento, evidenziando che lo stato di disoccupazione della donna, già accertato dal Tribunale, non era incolpevole e quindi non giustificava l'attribuzione dell'assegno di mantenimento, non avendo essa dimostrato di essersi attivata per reperire un'occupazione lavorativa, tenuto conto della sua giovane età (35 anni) del titolo di studi di cui era in possesso (laurea) e della mancanza di patologie invalidanti e del tempo (circa sei anni) trascorsi dalla data di deposito del ricorso per separazione (12).

I Giudici di legittimità hanno precisato di recente che "Ai fini dell'attribuzione e della quantificazione dell'assegno divorzile si deve tenere conto della funzione assistenziale e, a determinate condizioni, anche compensativo-perequativa cui tale assegno assolve.

Da ciò consegue che, nel valutare l'inadeguatezza dei mezzi dell'ex coniuge che ne faccia richiesta, o l'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive, si deve tener conto, utilizzando i criteri di cui all'art. 5, comma 6, della l. n. 898 del 1970, sia della impossibilità di vivere autonomamente e dignitosamente da parte di quest'ultimo e sia della necessità di compensarlo per il particolare contributo, che dimostri di avere dato, alla formazione del patrimonio comune o dell'altro coniuge durante la vita matrimoniale, senza che abbiano rilievo, da soli, lo squilibrio economico tra le parti e l'alto livello reddituale dell'altro ex coniuge, tenuto conto che la differenza reddituale è coesistente alla ricostruzione del tenore di vita matrimoniale, ma è oramai irrilevante ai fini della determinazione dell'assegno, e l'entità del reddito dell'altro ex coniuge non giustifica, di per sé, la corresponsione di un assegno in proporzione delle sue sostanze" (13).

3. Le condizioni di salute del coniuge richiedente l'assegno divorzile.

Anche se non esplicitamente enunciato nella sentenza delle Sezioni Unite n. 18287/2018 si ritiene che i giudici di merito possano valutare anche le condizioni di salute del richiedente l'assegno divorzile ai fini della determinazione dello stesso.

La casistica giudiziaria ha infatti più volte portato all'esame dei giudicanti condizioni patologiche invalidanti dell'istante e pertanto comprovanti una riduzione o un azzeramento della capacità lavorativa del coniuge richiedente l'assegno.

Al riguardo si osserva che tra i parametri di cui alla prima parte dell'art. 5 co. 6 L. Divorzio, da tenere presenti vi è anche quello delle condizioni dei coniugi, tra cui può ritenersi inclusa la condizione di salute, a maggior ragione in virtù dei principi costituzionali su citati di solidarietà e dignità umana.

Tale condizione di salute assume particolare rilievo ai fini che occupano laddove abbia precluso l'accesso al lavoro o limiti in maniera rilevante la capacità lavorativa del coniuge istante.

Sarà quindi necessario procedere - come indicano le S.U. della Corte di Cassazione del 2018 - al rigoroso accertamento probatorio dei fatti posti a base della disparità economico reddituale delle parti, dovendo trovare giustificazione causale negli indicatori contenuti nella prima parte dell'art. 5 co. 6.

In particolare si legge a pag. 34 della citata sentenza delle S.U. 2018: "in caso di domanda di assegno da parte dell'ex coniuge economicamente debole, il parametro sulla base del quale deve esser fondato l'accertamento del diritto ha natura composita, dovendo l'inadeguatezza dei mezzi o l'incapacità di procurarseli per ragioni oggettive essere desunta dalla valutazione del tutto equoordinata degli indicatori contenuti nella prima parte dell'art. 5 co. 6 L. Divorzio, in quanto declinatori di solidarietà."

D'altra parte tale disposizione fa chiaro riferimento alle condizioni dei coniugi, che certamente non sono solo le condizioni economiche, perché subito dopo tra gli altri parametri viene indicato nella norma espressamente il reddito di entrambi.

Infatti l'art. 5 comma 6° della L. 898/1970 novellato, dispone: "Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale, tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio, dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive".

Il legislatore dunque indica che ai fini del riconoscimento o meno dell'assegno divorzile deve farsi riferimento anche alle condizioni dei coniugi.

È interessante rilevare che gli stessi Supremi Giudici di legittimità nella sentenza in esame hanno indicato che: "debba essere prescelto un criterio integrato che si fondi sulla concretezza e molteplicità dei modelli familiari attuali. Se si assume come punto di partenza il profilo assistenziale, valorizzando l'elemento testuale dell'adeguatezza dei mezzi e della capacità (incapacità) di procurarseli, questo criterio deve essere calato nel "contesto sociale" del richiedente, un contesto composito formato da condizioni strettamente individuali e da situazioni che sono conseguenza della relazione coniugale, specie se di lunga durata e specie se caratterizzata da uno squilibrio nella realizzazione personale e professionale fuori nel nucleo familiare." (14).

Si osserva dunque che le condizioni di salute di uno dei coniugi possono incidere sul contributo di questi alla conduzione familiare nonché alla formazione del patrimonio comune.

Si pensi ad un coniuge che durante il matrimonio si trovi improvvisamente affetto da una malattia invalidante e non sia per tale causa più in grado di assolvere a quelle funzioni di accudimento e di cura della famiglia.

In situazioni di tal fatta soccorre quell'elasticità indicata dalla stessa Corte di Cassazione nella valutazione delle situazioni concrete che dovrebbe condurre il giudice di merito a considerare il completo quadro familiare anteriore e posteriore all'evento patologico che ha colpito il coniuge richiedente l'assegno avendo anche riguardo alla prognosi di guarigione o di peggioramento della malattia da cui è affetto.

Si pensi al caso in cui, a fronte di una disparità reddituale tra i coniugi, quello economicamente più debole sia affetto da morbo di Parkinson, malattia cerebrale che determina un disturbo motorio degenerativo e progressivo.

In tali casi (ed in altri in cui possono esser necessari interventi chirurgici e cure mediche non coperte dal SSN) se la giustizia deve informarsi ai valori costituzionali di solidarietà e dignità umana si potrebbe rilevare che non ci si dovrebbe limitare all'analisi della situazione reddituale dei coniugi e del contributo alla vita familiare ed all'economia del nucleo ma bisognerebbe valutare, altresì, l'incidenza della patologia riscontrata nel coniuge economicamente più debole sulla sua concreta capacità lavorativa.

A tale riguardo, ai fini probatori, appare necessario che lo stato di malattia dedotto sia dimostrato con idonea documentazione medica e che risulti altresì provata la sua natura invalidante allo svolgimento di un'attività lavorativa confacente alle attitudini della parte istante.

Sul punto si è pronunciata di recente la Corte d'Appello di Genova che ha ritenuto di non poter riconoscere alla appellante l'assegno divorzile in quanto pur in presenza di una disparità economica - patrimoniale tra gli ex coniugi la signora non aveva prodotto ma neppure dedotto di aver fornito un contributo significativo alla conduzione della vita familiare o di aver sacrificato le proprie aspettative professionali a vantaggio della famiglia o del coniuge. Nel caso di specie doveva aversi riguardo altresì alla brevissima durata del matrimonio di circa tre anni, nonché dell'età ancora giovane della appellante, la quale essendo inserita nell'attività d'impresa paterna poteva eventualmente incrementare il proprio reddito con mansioni ulteriori e straordinari (la stessa aveva affermato che in precedenza lavorava presso la ditta familiare a tempo pieno e che adesso lavorava per sole due ore al giorno).

La donna pur facendo riferimento a patologie psico-fisiche aveva prodotto certificati medici non aggiornati e comunque generici (15).

Nella determinazione quantitativa dell'assegno, in ogni caso, si può ritenere che qualora sia provato che il coniuge economicamente più debole debba sottoporsi a cure che richiedono ingenti esborsi (non rimborsabili dal SSN) e/o abbia necessità di assistenza personale in relazione all'aggravamento in corso della patologia, il Giudicante possa tener conto anche di detti costi purché siano certi (quindi dimostrati).

I Supremi Giudici di legittimità, d'altra parte nella citata Sentenza (pag. 37) affermano che "alla pluralità di modelli familiari consegue una molteplicità di situazioni personali conseguenti allo scioglimento del vincolo" e che "il criterio individuato proprio per la sua natura composita ha l'elasticità necessaria per adeguarsi alle fattispecie concrete".

4. Formazione durante la convivenza del patrimonio dell'ex coniuge con il solo apporto dei beni dell'altro - esclusione dell'assegno divorzile.

Di recente i Giudici di legittimità si sono pronunciati con riguardo al caso in cui, pur in presenza di una dimostrata sperequazione tra la situazione economico - patrimoniale degli ex coniugi, il coniuge economicamente più debole abbia costituito il suo patrimonio grazie al solo apporto dell'altro.

In particolare la Corte di Cassazione ha affermato che "L'assegno divorzile ha una imprescindibile funzione assistenziale, ma anche, e in pari misura, compensativa e perequativa. Pertanto, qualora vi sia uno squilibrio effettivo, e di non modesta entità, tra le condizioni economico-patrimoniali degli ex coniugi, occorre accertare se tale squilibrio sia riconducibile alle scelte comuni di conduzione della vita familiare, alla definizione dei ruoli all'interno della coppia e

al sacrificio delle aspettative di lavoro di uno dei due. Laddove, però, risulti che l'intero patrimonio dell'ex coniuge richiedente sia stato formato, durante il matrimonio, con il solo apporto dei beni dell'altro, si deve ritenere che sia stato già riconosciuto il ruolo endofamiliare dallo stesso svolto e - tenuto conto della composizione, dell'entità e dell'attitudine all'accrescimento di tale patrimonio - sia stato già compensato il sacrificio delle aspettative professionali oltre che realizzata con tali attribuzioni l'esigenza perequativa, per cui non è dovuto, in tali peculiari condizioni, l'assegno di divorzio" (16).

Si ritiene che tale principio di diritto sia applicabile in particolare ai casi in cui (come afferma l'anzidetta pronuncia) la composizione del patrimonio formato al coniuge richiedente l'assegno da parte dell'altro sia di rilevante entità e presenti l'attitudine all'accrescimento (quindi la capacità di produrre altro reddito).

5. Revisione delle condizioni del divorzio.

Si ritiene, anche da parte della illustre dottrina, che i nuovi principi operino nei giudizi in corso e che peraltro il "revirement" della giurisprudenza di legittimità conseguente alle S.U. n. 18287/2018 non possa fondare un procedimento di revisione delle condizioni di divorzio stabilite nella relativa sentenza qualora tale sentenza sia divenuta definitiva, ostando proprio il giudicato (17).

D'altro lato la sentenza divorzile che statuisca sull'assegno può esser modificata solo in presenza di fatti sopravvenuti tramite il meccanismo della revisione delle condizioni della sentenza di divorzio.

Infatti per giurisprudenza costante "La revisione dell'assegno divorzile di cui all'art. 9 della l. n. 898 del 1970 postula l'accertamento di una sopravvenuta modifica delle condizioni economiche degli ex coniugi idonea a mutare il pregresso assetto patrimoniale realizzato con il precedente provvedimento attributivo dell'assegno, secondo una valutazione comparativa delle condizioni suddette di entrambe le parti. In particolare, in sede di revisione, il giudice non può procedere ad una nuova ed autonoma valutazione dei presupposti o della entità dell'assegno, sulla base di una diversa ponderazione delle condizioni economiche delle parti già compiuta in sede di sentenza divorzile, ma, nel pieno rispetto delle valutazioni espresse al momento della attribuzione dell'emolumento, deve limitarsi a verificare se, ed in che misura, le circostanze, sopravvenute e provate dalle parti, abbiano alterato l'equilibrio così raggiunto e ad adeguare l'importo o lo stesso obbligo della contribuzione alla nuova situazione patrimoniale-reddituale accertata" (18).

Inoltre, la Corte di Cassazione ha affermato che: "Il provvedimento di revisione dell'assegno divorzile postula l'accertamento di una sopravvenuta e significativa modifica delle condizioni economiche degli ex coniugi, secondo una valutazione comparativa idonea ad integrare i giustificati motivi di cui all'art. 9 della legge 1 dicembre 1970, n. 898" (19).

Anche qualora l'assegno divorzile sia stato determinato in virtù di un accordo delle parti i Giudici di legittimità hanno chiarito che: "La corresponsione dell'assegno divorzile che avvenga, su accordo delle parti, in un'unica soluzione ed anche in previsione delle esigenze di mantenimento di un minore, non pregiudica la possibilità di richiedere, ex art. 9 della legge 1 dicembre 1970, n. 898, la modifica delle condizioni economiche del divorzio qualora esse, per fatti intervenuti successivamente alla relativa sentenza, si rivelino inadeguate a soddisfare le esigenze predette" (20).

6. Altri effetti del "revirement".

Nel caso in cui la sentenza divorzile non sia passata in giu-

dicato recentemente la Corte di Cassazione ha espresso il seguente principio di diritto:

La cassazione della pronuncia impugnata con rinvio per un vizio di violazione o falsa applicazione di legge che reimposti in virtù di un nuovo orientamento interpretativo i termini giuridici della controversia così da richiedere l'accertamento di fatti, intesi in senso storico e normativo, non trattati dalle parti e non esaminati dal giudice del merito, impone, perché si possa dispiegare effettivamente il diritto di difesa, che le parti siano rimesse nei poteri di allegazione e prova conseguenti alle esigenze istruttorie conseguenti al nuovo principio di diritto da applicare in sede di giudizio di rinvio. (Principio affermato in relazione ad un giudizio riguardante l'attribuzione e determinazione dell'assegno di divorzio) (21).

7. Ripetibilità delle somme versate a titolo di assegno divorzile da parte del coniuge obbligato che sia stato in seguito esonerato.

La giurisprudenza di legittimità ha al riguardo ritenuto che nel caso in cui l'ammontare dell'assegno divorzile sia esiguo, possa ritenersi che il beneficiario abbia utilizzato tali somme per il suo sostentamento e che quindi esse non siano ripetibili in caso di cessazione dell'obbligo di corresponsione o di modifica della misura.

In particolare la Corte di Cassazione ha affermato che allorché l'assegno di divorzio, attribuito allo scopo di evitare l'apprezzabile deterioramento delle precedenti condizioni di vita del coniuge richiedente sia destinato - nei fatti - a soddisfare, per la sua non elevata entità, mere esigenze di carattere alimentare, esso non si differenzia dall'assegno di mantenimento corrisposto in sede di separazione, con la conseguenza che le somme corrisposte a tale titolo, nel caso in cui venga meno il diritto all'assegno o se ne riduca l'entità, non sono suscettibili di ripetizione (22).

Tale principio è stato riaffermato anche di recente dalla Corte di Cassazione la quale ha precisato peraltro che la natura e funzione alimentare dell'assegno in favore dell'altro coniuge "deve essere verificata in concreto, tenendo conto in particolare della destinazione effettiva alle esigenze di vita dell'altro ex coniuge, in relazione all'entità delle somme erogate e della condizione economico-patrimoniale dell'avente diritto" (23).

Pertanto in tale caso esaminato dalla Suprema Corte, i Giudici di legittimità hanno ritenuto corretta la decisione della Corte d'Appello di Milano che aveva escluso l'irripetibilità delle somme erogate a titolo di assegno divorzile (essendo tale obbligo venuto meno) anche "in considerazione della radicale mancanza *latu sensu* alimentare nell'assegno divorzile attribuito alla ricorrente con la pronuncia di primo grado".

8. Cessazione dell'assegno in conseguenza della nuova famiglia di fatto costituita dal coniuge destinatario dell'assegno con altro partner.

Occorre evidenziare che l'art. 5 comma 10 della L. n. 898 del 1970 dispone che "L'obbligo di corresponsione dell'assegno cessa se il coniuge, al quale deve essere corrisposto, passa a nuove nozze". La giurisprudenza di legittimità ha peraltro precisato che l'instaurazione da parte del coniuge divorziato di una nuova famiglia, ancorché di fatto, rescindendo ogni connessione con il tenore ed il modello di vita caratterizzanti la pregressa fase di convivenza matrimoniale, fa venire definitivamente meno ogni presupposto per la riconoscibilità dell'assegno divorzile a carico dell'altro coniuge, sicché il relativo diritto non entra in stato di quiescenza, ma resta definitivamente escluso. Infatti, la formazione di una famiglia di fatto - costituzionalmente tutelata ai sensi dell'art. 2 Cost. come formazione sociale stabile e duratura in cui si svolge la perso-

nalità dell'individuo - è espressione di una scelta esistenziale, libera e consapevole, che si caratterizza per l'assunzione piena del rischio di una cessazione del rapporto e, quindi, esclude ogni residua solidarietà postmatrimoniale con l'altro coniuge, il quale non può che confidare nell'esonero definitivo da ogni obbligo (24).

Su tale tema anche di recente la Corte di Cassazione ha chiarito che l'instaurazione da parte del coniuge divorziato di una nuova convivenza con altro partner, fa venire definitivamente meno ogni presupposto per l'erogazione dell'assegno divorzile a carico dell'altro coniuge (25).

Si ritiene che alla base di tale evoluzione giurisprudenziale vi sia la considerazione che la convivenza è espressione di una scelta libera e consapevole.

Qualora quindi tale convivenza assuma i caratteri della continuità e della stabilità con l'elaborazione di un progetto di vita comune, analogo a quello fondato sul matrimonio, la convivenza implica la formazione in una famiglia di fatto, che esclude la solidarietà post matrimoniale.

Tali concetti sono stati reiterati anche in una recentissima sentenza del Supremo Collegio, che richiamando anche altre precedenti pronunce di legittimità, ha confermato come «l'instaurazione da parte del coniuge divorziato di una nuova famiglia, ancorché di fatto, rescindendo ogni connessione con il tenore ed il modello di vita caratterizzanti la pregressa fase di convivenza matrimoniale, fa venire definitivamente meno ogni presupposto per la riconoscibilità dell'assegno divorzile a carico dell'altro coniuge, sicché il relativo diritto non entra in stato di quiescenza, ma resta definitivamente escluso».

Nella specie, la ricorrente, costituendosi in giudizio, aveva riconosciuto di avere instaurato una stabile convivenza con altra persona (26).

Inoltre si è poi precisato che non assume rilievo la successiva cessazione della convivenza di fatto intrapresa dall'ex coniuge beneficiario (27).

Si discute se anche una relazione non connotata da convivenza con altro partner posta in essere dopo il divorzio, possa dar luogo alla cessazione dell'assegno divorzile.

Si potrebbe affermare che - salvo sia dimostrato che il nuovo partner contribuisca economicamente al mantenimento dell'ex coniuge che beneficia dell'assegno divorzile - una mera relazione sentimentale non comporti la cessazione di detto beneficio.

9. Valenza dell'addebito.

Nella determinazione dell'assegno divorzile il Giudice deve valutare anche l'addebito in capo a uno dei coniugi per violazione dei doveri coniugali durante la convivenza matrimoniale.

La Corte di Cassazione in una recente pronuncia, ha al riguardo rilevato che correttamente la Corte d'appello aveva operato una comparazione dei redditi dei due coniugi, accertando che il coniuge richiedente l'assegno divorzile percepiva una modestissima pensione mensile ed era titolare del solo diritto di usufrutto su di un immobile, mentre il ricorrente percepiva un reddito lordo annuo di gran lunga maggiore rispetto a quello della controparte. I giudici di legittimità hanno quindi evidenziato che la Corte territoriale aveva giustamente "tenuto conto - nella determinazione dell'assegno divorzile - della durata del matrimonio (più di quarant'anni) e dell'addebitabilità della crisi coniugale - affermata nella decisione di primo grado e non contestata dal ricorrente - al comportamento tenuto dal marito in costanza di matrimonio" (28). In tale ultimo aspetto è rinvenibile la natura risarcitoria dell'assegno divorzile.

La Corte di Cassazione, nel caso appena descritto, ha quindi dichiarato inammissibile il ricorso dell'ex marito che lamen-

tava che la Corte territoriale nel determinare un assegno divorzile a suo carico (nella misura di euro 400,00 mensili), non avesse tenuto conto della proprietà in capo all'ex moglie di un ulteriore immobile.

10. Decorrenza dell'assegno divorzile.

L'art. 4, tredicesimo comma, della legge 1 dicembre 1970, n. 898, dispone che *“Quando vi sia stata la sentenza non definitiva, il tribunale, emettendo la sentenza che dispone l'obbligo della somministrazione dell'assegno, può disporre che tale obbligo produca effetti fin dal momento della domanda”*.

“Il giudice che si avvale della previsione di cui all'art. 4, tredicesimo comma, della legge 1 dicembre 1970, n. 898, fissando la decorrenza dell'assegno divorzile dalla data della domanda giudiziale anziché da quella del passaggio in giudicato della sentenza di divorzio, esercita un potere discrezionale per il quale è necessaria un'adeguata motivazione” (29).

11. Differenza tra assegno divorzile ed assegno di separazione.

L'assegno di separazione presuppone la permanenza del vincolo coniugale, e, pertanto deve ritenersi che permanga la necessità di valutazione per il Giudice dell'adeguatezza dei redditi in relazione al tenore di vita goduto in costanza di matrimonio.

In tale senso si è espressa la giurisprudenza di legittimità più recente precisando che la separazione personale, a differenza dello scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, presuppone la permanenza del vincolo coniugale, sicché i “redditi adeguati” cui va rapportato, ai sensi dell'art. 156 c.c., l'assegno di mantenimento a favore del coniuge, in assenza della condizione ostativa dell'addebito, sono quelli necessari a mantenere il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, essendo ancora attuale il dovere di assistenza materiale, che non presenta alcuna incompatibilità con tale situazione temporanea, dalla quale deriva solo la sospensione degli obblighi di natura personale di fedeltà, convivenza e collaborazione, e che ha una consistenza ben diversa dalla solidarietà post-coniugale, presupposto dell'assegno di divorzio (30).

In tale pronuncia si ribadisce quindi, tra l'altro, che il coniuge al quale sia stata addebitata la separazione non ha diritto all'assegno di mantenimento da parte dell'altro.

Inoltre la Corte di Cassazione ha affrontato la questione relativa alla statuizione di assegno divorzile in misura superiore a quello previsto in sede di separazione dei coniugi.

Al riguardo ha affermato che la determinazione dell'assegno divorzile in favore dell'ex coniuge in misura superiore a quella prevista in sede di separazione personale, in assenza di un mutamento nelle condizioni patrimoniali delle

parti, non è conforme alla natura giuridica dell'obbligo, presupponendo, l'assegno di separazione la permanenza del vincolo coniugale, e, conseguentemente, la correlazione dell'adeguatezza dei redditi con il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio; al contrario tale parametro non rileva in sede di fissazione dell'assegno divorzile, che deve invece essere quantificato in considerazione della sua natura assistenziale, compensativa e perequativa, secondo i criteri indicati all'art. 5, comma 6, della l. n. 898 del 1970, essendo volto non alla ricostituzione del tenore di vita endoconiugale, ma al riconoscimento del ruolo e del contributo fornito dall'ex coniuge beneficiario alla formazione del patrimonio della famiglia e di quello personale degli ex coniugi. (31).

Note

- (1) Sent. Cass. SU 18287/18, pag. 17.
- (2) Cass. Sent SU 18287/18, pagg. 13 e 14.
- (3) Sent. Cass. SU 18287/18, pag. 17.
- (4) Sent. Cass. SU 18287/18, pag. 21.
- (5) Sent. Cass. SU 2018 cit., pag. 22.
- (6) Cass. S.U. n. 18287/2018, pag. 36.
- (7) Sent. S.U. n.18287/2018 cit., pag. 33.
- (8) Cass. n. 7380/2018.
- (9) Anche Cass. Ordinanza n. 23602 del 09/10/2017.
- (10) Sentenza Tribunale Treviso dell'8 marzo 2019.
- (11) Sentenza Corte d'Appello di Genova, 4 luglio 2019, n. 70 - Pres. Atzeni - Rel. Baudinelli, in *Nuova Giurisprudenza Ligure*, n. 3/2019, p. 8.
- (12) Sentenza Corte di Cassazione n. 6886/2018.
- (13) Cass. n. 21234/2019.
- (14) Sent. S.U. n.18287/2018 cit., pag. 36.
- (15) Sentenza Corte d'Appello Genova del 5.12.2018, n. 123 nel procedimento V.G. n. 373/18 - Pres. Rel. Atzeni.
- (16) Cass. Ordinanza n. 21926 del 30/08/2019 (R 655300 - 01).
- (17) Commento di Gianfranco Dosi in *Rivista Guida al Diritto* n. 32 del 2018.
- (18) Tra le altre Cass n. 787 del 13/01/2017 e Cass. n. 10133 del 02/05/2007.
- (19) Cass. Sentenza n. 18 del 03/01/2011 (R 616414 - 01).
- (20) Cass. Ordinanza n. 13424 del 13/06/2014.
- (21) Cass. Sentenza n. 11178 del 23/04/2019 (R 653954 - 01).
- (22) Cass. n. 13060 del 09/09/2002 (R 557306 - 01); anche Cass. n. 6864/2009 e Cass. n. 15186/2015 (in tema di separazione).
- (23) Cass. ordinanza n. 21926/2019 citata, in motivazione.
- (24) Cass. n. 6855 del 03/04/2015; conf. Cass. n. 2466 del 08/02/2016.
- (25) Cass. Ordinanza n. 2732/2018.
- (26) Cass. Ordinanza n. 5974/2019.
- (27) Cass. Ordinanza n. 18111/2017.
- (28) Cass. Ordinanza 16796/2019.
- (29) Cass. n. 20024/2014.
- (30) Cass. Sentenza n. 12196 del 16/05/2017.
- (31) Cass. Ordinanza n. 17098 del 26/06/2019.

1918: “un attestato di memore animo
e di riconoscente affetto”.
Benedetto XV dona all’Università
di Genova una copia
del Codice di Diritto Canonico.

Giovanni B. Varnier

Ordinario di Diritto ecclesiastico e canonico
Università di Genova

Sommario: 1. Un ricordo sbiadito. - 2. Gli studi giuridici di Giacomo Della Chiesa. - 3. La commemorazione di Paolo Emilio Bensa. - 4. Il dono del testo del Codex juris canonici. - 5. L'avvocato Pietro Ansaldo.

1. Un ricordo sbiadito.

Nell'atrio del palazzo di via Balbi, 5, sede centrale dell'Università degli Studi di Genova, una lapide marmorea, posta in una posizione che non si può considerare né centrale né periferica, sembra sfuggire allo sguardo dei frequentatori dell'edificio.

Il manufatto, reso grigio dal tempo, fu collocato il 2 giugno 1926 per iniziativa della FUCI di Genova, la *Federazione degli Universitari Cattolici Italiani*. In quella occasione gli studenti cattolici - guidati da Franco Costa (1904-1977), poi sacerdote e vescovo e futuro assistente centrale dell'Azione Cattolica - si fecero promotori dell'iniziativa di porre un ricordo idoneo per testimoniare sia gli studi giuridici compiuti da Giacomo Della Chiesa (1854-1922) nell'Ateneo ligure, che l'opera di pace che egli svolse come pontefice.

Non deve stupire se oggi troviamo un segno ormai sbiadito, perché l'intera figura di Benedetto XV, sebbene tutt'altro che priva di interesse, è rimasta - fino a qualche decennio orsono - storiograficamente marginale, apparendo schiacciata tra i pontificati di Pio X (1835-1914) e di Pio XI (1857-1939). Infatti molti degli eventi della Chiesa del tempo o sono attribuiti al predecessore di papa Della Chiesa (come la codificazione del Diritto canonico) o risultano assegnati interamente al successore (come la Conciliazione). Eppure il Pontefice genovese fu attento ai problemi e alle crisi della società contemporanea e il suo fu un pontificato chiave nella storia del Novecento, i cui effetti possono essere visti nel lungo periodo e, soprattutto, fu un pontificato che non merita di essere rimosso dalla memoria civile come da quella religiosa.

In particolare, il *Codex juris canonici*, chiamato “pio-benedettino”, fu voluto da Pio X, che nel corso del suo ministero pastorale ne aveva sperimentato la necessità, e preparato sostanzialmente dal cardinale Pietro Gasparri (1852-1934), ma rimase incompleto e fu portato a compimento durante il pontificato di Benedetto XV e da questi promulgato nel 1917.

Altro elemento da ricordare fu l'azione diplomatica di pace e le iniziative umanitarie a favore delle vittime del conflitto (1), espletate da papa Della Chiesa; i suoi furono interventi, che nel clima di esasperato nazionalismo che segnò quasi per intero la prima metà del Novecento, non furono da tutti accolti e, di conseguenza, molte pagine di storia risultano cancellate.

La stessa iscrizione posta nell'atrio del palazzo dell'Università: «In questo Ateneo fece i suoi studi giuridici Giacomo dei Marchesi Della Chiesa che assunto al pontificato dal MCMXIV-MCMXXII col nome di Benedetto XV fu apostolo di pace e di carità. MCMXXXVI», fu oggetto di discussioni (2) che alla fine portarono all'omissione dell'aggettivo *turbinosi*, inizialmente previsto nel testo dell'iscrizione e riferito ai tempi della guerra.

2. Gli studi giuridici di Giacomo Della Chiesa.

Gli anni degli studi universitari del futuro Pontefice corrispondono al periodo in cui l'Università di Genova fu dominata dall'anticlericalismo, mentre tra gli studenti e tra i docenti aleggiava lo spirito di Giuseppe Mazzini e di Goffredo Mameli e il ricordo del 20 Settembre 1870 era assai recente.

C'è poi da aggiungere che l'anno 1872-73 fu l'ultimo prima della soppressione della cattedra di Diritto canonico e della Facoltà di Teologia, ormai ridotta a due docenti ordinari e otto dottori aggregati (3).

In questo contesto Giacomo Della Chiesa si iscrisse alla Facoltà giuridica nell'anno 1871-72 e - dopo aver seguito gli studi previsti dall'ordinamento - il 5 agosto 1875, fu proclamato dottore in Giurisprudenza. Per l'occasione presentò una dissertazione scritta dal titolo: *Dell'interpretazione delle leggi* (4), che di recente è stata ritrovata e pubblicata a stampa (5). L'elaborato deve essere letto come il prodotto di un giovane di ventuno anni, che esprime una preparazione eminentemente umanistico-letteraria, allora considerata la base per affrontare qualsiasi specializzazione.

Furono maestri del futuro Pontefice alcuni insigni giuristi che l'Ateneo genovese poteva vantare, in primo luogo Cesare Cabella (1807-1888) (6), che, oltre ad essere, giureconsulto di fama e docente di *Codice civile*, fu deputato al parlamento nazionale e senatore del regno e che, dal 19 aprile 1870 al 31 ottobre 1878, ricoprì l'ufficio di rettore.

Ricordiamo, inoltre, Giovanni Maurizio (*Diritto costituzionale e amministrativo*); Giuseppe Bruzzo (*Istituzioni di diritto romano*), che fu il presidente della commissione di laurea, e poi: Maurizio Bensa (*Diritto e Procedura penale*); Domenico Boccardo (*Diritto romano*); Giuseppe Bozzo (*Filosofia del diritto e Diritto internazionale*); G. B. Daneri (*Diritto canonico*); Giuseppe De Giorgi (*Introduzione generale allo studio delle Scienze giuridiche e Storia del diritto*); G.B. Garibaldi (*Medicina legale*); Luigi Leveroni (*Diritto commerciale*); Giuseppe Morro (*Procedura civile e Ordinamento giudiziario*); Pietro Rota (*Economia politica*).

3. La commemorazione di Paolo Emilio Bensa.

Gli studi compiuti da Giacomo Della Chiesa nell'Università di Genova furono, dunque, ricordati nel 1926, quasi per riscattare gli anni di un recente passato, segnati per i cattolici da una serie di limitazioni della loro presenza nella società. La commemorazione si svolse con la partecipazione di numerose autorità, tra le quali anche il futuro pontefice Paolo VI, allora monsignor Giovanni Battista Montini (1897-1978), assistente generale della FUCI (7), il rettore Mattia Moresco (1877-1946) (8) e l'arcivescovo di Genova Carlo Dalmazio Minoretti (1861-1938) (9).

L'orazione ufficiale fu affidata a Paolo Emilio Bensa (1858-1928), figlio del già ricordato Maurizio, e compagno di studi del futuro pontefice nonché illustre docente dell'Ateneo genovese, dove fu chiamato all'insegnamento per chiara fama nel 1885 e destinato a coprire per quarantadue anni la cattedra, tanto da essere definito: *Sacerdote della Giustizia* (10). In particolare Paolo Emilio Bensa si soffermò a ricordare che il Della Chiesa: «apparteneva ad un gruppo di studenti, che per le loro convinzioni erano qualificati clericali, e quel gruppo si teneva alquanto appartato dalla variopinta folla degli altri, che andava dai moderati di destra - scarsi a dir vero - attraverso ai progressisti di diverse gradazioni, fino ai repubblicani accesi: di socialisti poco o punto si parlava» (11).

Aggiungendo che tra i giovani presenti alle lezioni: «spicca nella mia rimembranza con singolare risalto la figura di un giovane col quale la familiarità di amici comuni mi condusse a conversare: esile nella persona, nobile per casato e per costumi, serio e pensoso nell'aspetto, egli pareva portare entro di sé stesso l'inconscia attrattiva di un mistero.

[...]

Debbo affrettarmi a aggiungere che con quel condiscipolo non ebbi mai l'onore dell'intimità. Certamente nel suo naturale riserbo nulla vi era di altezzoso o di arcigno, e il sentimento dell'amicizia, come quello degli affetti famigliari, fu in lui profondo, fedele e tenacissimo, senza mai smentirsi per tutta la vita verso coloro che avevano saputo conquistarsi un posto nel suo cuore. Ma le nostre relazioni non furono tali da giungere a ciò, sebbene non mi siano mancate prove del suo benevolo ricordo a grande distanza di tempo» (12).

Sempre nel corso di quella commemorazione fu proprio il Bensa ad affermare che Giacomo Della Chiesa ricevette nell'Ateneo di Genova una formazione che è di particolare importanza per la cultura giuridica che sottende il *Codex*: «Benedetto, portando a compimento l'opera preparata dal suo antecessore, fu il promulgatore del nuovo Codice di diritto canonico; e il compiacimento da Lui posto in questo mirabile monumento giuridico è consacrato nella costituzione *Providentissima Mater Ecclesia*, della Pentecoste del 1917, in cui traspare l'opera personale del Pontefice giurista, che tratteggia con mano maestra i concetti da cui fu guidata la codificazione, che ha dato forma moderna all'annosa materia. Poiché le norme canonistiche, in ciò che non ha tratto alla loro base nel dogma immutabile, sottostanno esse pure alla legge dell'evoluzione, e non crediate che la parola sia introdotta da me con inopportuno sapore positivisticco, essa è proprio del Papa, che adopera il verbo *evolvere* con profondo senso storico, e coglie l'occasione per rendere un eloquente omaggio alla grandezza del diritto romano.

Questo importantissimo avvenimento, che spetta ancora la sua letteratura, è passato quasi inosservato nel mondo contemporaneo dei profani, forse perché le alte montagne abbisognano di una certa lontananza per essere ammirate nella loro grandiosità: ma nei secoli futuri Pio X e Benedetto XV saranno celebri come i Papi del *Codex juris canonici*» (13).

Il riferimento è alla data del 27 maggio 1917, allorché con la promulgazione del Codice di Diritto canonico - perseguendo il disegno di Pio X - per la prima volta un papa consegnò alla Chiesa cattolica un Codice, accettando, in tal modo la codificazione propria degli Stati continentali. L'impostazione giuridica venne quindi a connotare il pontificato di Benedetto XV e: «L'orientamento giuridico, liberamente scelto fra tante altre vie aperte alla preparazione giovanile, indica una *forma mentis* che affiorerà poi sempre sulla vita e sulle opere del grande Pontefice, che *in tempore iracundiae factus est reconciliator*» (14).

4. Il dono del testo del *Codex juris canonici*.

Alla luce degli elementi esposti si può ritenere che la preparazione, in particolare l'impianto del diritto romano, ricevuta da Giacomo Della Chiesa durante i propri studi nella facoltà giuridica di Genova, fu rilevante nella volontà mostrata nel portare a conclusione il processo di codificazione canonica. Fu lo stesso Pontefice, con il dono del testo del *Codex juris canonici* all'Ateneo ligure, a riconoscere - quale «attestato di memore animo e di riconoscente affetto» - la validità dell'insegnamento ricevuto.

Dunque, quello dell'antico dottore in giurisprudenza fu un gesto ricco di significato, ma, con il volgere del tempo, tale particolare è stato trascurato e l'oblio ha travolto quegli eventi, tanto da far dimenticare che, la formazione ricevuta in una Università dello Stato (anche negli anni del più ostile separatismo) fu idonea alla formazione di un pontefice legislatore. Il particolare del dono da parte di Benedetto XV alla sua Università di una copia del *Codex* fu, opportunamente ricordato dal rettore Mattia Moresco proprio durante la commemorazione del 2 giugno 1926: «Amo immaginare che nel compiere l'atto sovrano, il Pontefice sia stato tratto ad associarlo al ricordo dell'Ateneo che aveva aperto la sua mente allo studio del diritto.

Certo è, che un esemplare della nuova legge fu da lui offerto all'Università di Genova, e, perché risultasse la spontanea gentilezza del proposito, apportatore del dono, fu un suo compagno di studi. Dai banchi della scuola la reminiscenza affettuosa aveva asceso intatta la cattedra di Pietro» (15).

Al gesto fece poi riferimento Camillo Corsanego (1891-1963) in un saggio pubblicato nel 1932 dal titolo *Benedetto XV e l'Università di Genova* (16); per contro, una autorevole pubblicazione edita dall'Enciclopedia Italiana, quale intende essere l'*Enciclopedia dei Papi*, ha dimenticato di fare riferimento addirittura agli stessi studi giuridici compiuti dal futuro papa nell'Università di Genova, limitandosi a ricordare che Giacomo Della Chiesa conseguì «la laurea in legge» (17).

Il succedersi degli eventi e delle persone, se da una lato ha contribuito al fatto che su queste vicende calasse l'oblio, non ha impedito che l'esemplare del *Codex* donato dal pontefice alla sua università si sia conservato fino ad oggi e possa essere consultato nella Biblioteca Universitaria di Genova (18), dove risulta inventariato nello stesso mese di maggio 1918.

Si potrà quindi verificare che si tratta di una edizione di pregio, perfettamente conservata e a cui è stato incollato nelle pagine di risguardo un documento dattiloscritto. Tale documento che contiene sia la trascrizione della missiva data 15 maggio 1918 del segretario di Stato cardinale Gasparri all'avvocato Ansaldo, che il testo originale - datato 21 maggio 1918 - fatto pervenire da quest'ultimo al rettore dell'Università di Genova.

Rispettando la volontà del Pontefice, un secondo esemplare del Codice di diritto canonico fu destinato alla Biblioteca Civica della città di Genova, «che è, essa pure tra le care e liete memorie dell'Augusto Pontefice» (19).

Una verifica anche in questa biblioteca ha permesso di rintracciare una copia del *Codex* identica a quella di cui sopra, ma meglio conservata (20), con l'anomalia però che il volume risulta contraddistinto con numero di inventario 165 e ha come data di ingresso il 30 maggio 1957. Non credo che sia possibile chiarire le ragioni di questa data, ma bisogna ricordare che la Biblioteca Berio fu soggetta a pesanti distruzioni durante l'ultimo conflitto mondiale, e che il volume del *Codex* registrato in ingresso nel 1957 potrebbe essere stato semplicemente acquistato per sostituire quello andato perduto.

5. L'avvocato Pietro Ansaldo.

Dell'insolito omaggio fu latore l'avvocato genovese Pietro Ansaldo (1855-1929), capostipite di una dinastia di avvocati, che arriva quasi ai giorni nostri (21).

Ansaldo, oltre ad essere legato da amicizia con il futuro pontefice già dagli anni in cui entrambi frequentarono la Facoltà di Giurisprudenza (22), fu esponente del locale movimento cattolico, assessore comunale di Genova, amministratore di opere pie e presidente dell'Istituto Case Popolari (23).

Di lui si scrisse in una pubblicazione curata nel 1961 dal consiglio dell'ordine degli avvocati di Genova (24): «capo di una famiglia perspicua, che per lunghissimi anni onorò la toga, fu civilista eminente, profondo conoscitore del diritto. Di parte cattolica servì disinteressatamente le sue idealità, come profondamente religioso e di larga comprensione, avendo a guida spirito di riservata carità» (25).

Sempre in riferimento all'Ansaldo c'è da ricordare che nel dicembre 1914 fu chiamato a fare parte dell'esecutivo del *Comitato diocesano per l'omaggio a Benedetto XV*, istituito dalla diocesi genovese (26) e nel giugno 1922 di un altro Comitato, promosso dall'arcivescovo di Genova Giosuè Signori (1859-1923), ma questa volta in memoria del Pontefice da poco defunto (27).

Fu ancora l'avvocato genovese che, il 30 aprile 1916, in occasione dell'inaugurazione del busto marmoreo di Benedetto XV, collocato nell'oratorio di San Donato a Genova, svolse l'orazione ufficiale (28).

DOCUMENTI

Genova 21 Maggio 1918

Ill.mo e Magnifico Sig. Rettore
della Regia Università di
Genova

Come cittadino Genovese, e come Condiscepolo in questo Illustre Ateneo, avendo umiliato a Sua Santità benedetto P. XV, il pensiero che sarebbe prezioso per la Biblioteca Universitaria, e per quella Civica, avere un esemplare del Codex Juris Canonici da Lui promulgato, che da Lui provenisse. Lo Stesso si è graziosamente degnato accondiscendere, come dalla seguente lettera che ricevo da S.E. il Cardinale Pietro Gasparri Suo Segretario di Stato:

“Ill.mo Signor Avv. Pietro Ansaldo - Genova - (n° 65215) Il nobile e delicato pensiero che la S.V.I. ha voluto esprimere all’Augusto Pontefice con devota lettera del 28 Aprile p.p. non poteva non trovare nel cuore del Santo Padre l’eco di soddisfazione riservata al richiamo delle giovanili memorie, ed alle patrie rimembranze.

L’animo di Sua Santità mentre non cessa di sentirsi irresistibilmente portato alla Città che Gli ha dato i Natali, ama tuttavia ricordare con particolare compiacenza quell’Ateneo indimenticabile, dove le sue facoltà intellettuali si educarono alle severe discipline del Giure, e dove apprese ad amare professori esimi e compagni esemplari.

Il pensiero pertanto della S.V. viene a corrispondere con un desiderio dell’Augusto Pontefice, cui torna ben grato di poter tributare alla Università di Genova un attestato di memore animo e di riconoscente affetto, donando alla medesima un esemplare del nuovo Codice di Diritto Canonico monumento di disciplina e di Giurisprudenza sacra, che, per disposizione Divina, ha il vanto di trarre dall’antico Studente dell’Università Genovese, l’Autorità del vitale ed imperituro governo, dato da Cristo al Principe dei Pastori.

Alla S.V. il Santo Padre vuole riservato l’onore di presentare alla Insigne Università l’esemplare Pontificio del novello Codice, e di farne giungere in pari tempo un secondo esemplare anche alla Biblioteca Civica, che è, essa pure tra le care e liete memorie dell’Augusto Pontefice.

Nel compiere il Pontificio incarico di trasmettere qui uniti i due esemplari suddetti, colgo ben volentieri quest’incarico per dirmi con distinta stima

di V.S.I. Dev.

Dal Vaticano 15 Maggio 1918

Pietro Card. GASPARRI”

Onorato per bontà del Santo Padre dell’Augusto incarico, lo adempio colla presente che consegno personalmente insieme al rimessomi esemplare di detto Codice, riccamente rilegato e miniato, a Lei affidandolo onde abbia ad essere conservato nella Biblioteca di questo Insigne Ateneo quale prezioso omaggio di Colui che, nato a Genova, lo frequentò come studente, e venne da quattro anni assunto al Soglio Pontificio.

Sono grato dell’occasione per confermarmi di V.S.I.

Dev. Servo

Avv. Pietro Ansaldo

Note

(1) In proposito segnalo che di recente, ad iniziativa del Pontificio Comitato di Scienze Storiche, è stata promossa la ristampa anastatica del volume curato da: Giuseppe Quirico, *Il Vaticano e la Guerra* e pubblicato per la prima volta a Roma nel 1921 da Luigi Buffetti.

(2) Cfr., Giovanni B. Varnier, *La formazione nella Genova “laica” e “cattolica”*, in Don Franco Costa, *Per la storia di un sacerdote attivo nel laicato cattolico*, Roma, AVE, pp. 40-44.

(3) Cfr. *Regia Università degli Studi in Genova. Anno Scolastico 1872-73*, Genova, Tip. Ferrando, s.a.

(4) Cfr. *Archivio Università degli Studi di Genova*, fasc. *Giacomo Della Chiesa oggi S.S. Benedetto XV*.

(5) Cfr., Giovanni B. Varnier, *La formazione giuridica di Giacomo Della Chiesa nell’Università di Genova. La tesi di laurea del 1875*, in *Atti della Società Ligure di Storia Patria*, 2007, II, pp. 419-450.

(6) Cfr. Oscar D’Almeida, *Cabella Cesare*, in *Dizionario biografico dei Liguri. Dalle origini al 1990*, vol. II, Genova, Consulta Ligure, 1994, p. 340 e, in dettaglio: Franco Ridella, *La vita e i tempi di Cesare Cabella*, Genova, Società Ligure di Storia Patria, 1923.

(7) Cfr., Giovanni B. Varnier, *La formazione nella Genova “laica” e “cattolica”*, cit., p. 44, nota 97.

(8) Mattia Moresco fu allievo di Francesco Ruffini, titolare della cattedra di Diritto ecclesiastico dal 1911 e rettore dell’Ateneo genovese dal 1925 al 1943. Cfr. Giovanni B. Varnier, *Mattia Moresco (1877-1946) ecclesiasticista dimenticato e rettore dell’Università di Genova: tra sapere e potere accademico*, in *Sapere accademico e pratica legale fra Antico Regime*

ed unificazione nazionale, a cura di Vito Piergiorganni, Genova, Accademia Ligure di Scienze e Lettere, 2009, pp. 53-84.

(9) Cfr. Giovanni B. Varnier, *Minoretti, Carlo Dalmaio*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, 2015, edizione on line.

(10) Cfr. *Scritti per il XL della morte di P.E. Bensa*, Milano, Giuffrè, 1969. Su questo insigne giurista si veda il contributo di: Franca De Marini Avonzo, *Paolo Emilio Bensa tra Digesto e Codice civile*, in *Giuristi Liguri dell’Ottocento. Atti del Convegno, Genova 8 aprile 2000*, a cura di Giovanni B. Varnier, Genova, Accademia Ligure di Scienze e Lettere, 2001, pp. 227-241 e, inoltre, Elio Di Rella, *Storia dell’Avvocatura genovese dall’Unità d’Italia*, Genova, De Ferrari, 2010, p.154-155.

(11) *Commemorazione di Benedetto XV nella R. Università di Genova*, s.l., s.d., p. 10.

(12) *Commemorazione di Benedetto XV nella R. Università di Genova*, cit., pp. 9-10.

(13) *Commemorazione di Benedetto XV nella R. Università di Genova*, cit., pp. 18- 20.

(14) Camillo Corsanego, *Benedetto XV e l’Università di Genova*, in “*Studium*”, XXVIII (1932), p. 11.

(15) *Commemorazione di Benedetto XV nella R. Università di Genova*, cit., p. 7.

(16) «Nè l’instauratore della legislazione universale della Chiesa dimenticò la Università che gli aveva insegnato i principi del diritto e nella quale aveva maturato la sua formazione scientifica nei vari rami della giurisprudenza laica: con simpatico gesto di paterna benevolenza, Benedetto XV volle donare una delle primissime copie del nuovo

Codice di diritto canonico alla biblioteca dell'Ateneo genovese» (Camillo Corsanego, *Benedetto XV e l'Università di Genova*, cit., p.12.)

(17) Gabriele De Rosa, *Benedetto XV*, in *Enciclopedia dei Papi*, vol. III, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2000, p. 608.

(18) *Codex iuris canonici/Pii 10. Pontificis maximi iussu digestus; Benedicti papae 15. Auctoritate promulgatus; prefatione, fontium annotatione et indice analytico-alphabetico ab emo Petro card. Gasparri auctus*, Romae Typis polyglottis vaticanis, 1917. La collocazione attuale del volume conservato nella Biblioteca Universitaria di Genova è la seguente: Sala 29/M/6.7, inventario 000058356 Servizi 1 v.

Ringrazio il dott. Claudio Risso, funzionario della Biblioteca Universitaria di Genova per l'aiuto prestato nelle ricerche.

(19) Dalla lettera del cardinale Gasparri all'avvocato Ansaldo, pubblicata in appendice di questo saggio.

(20) Il volume è reperibile nella seguente collocazione *m.r. Leg. II 32*.

(21) Elio Di Rella, *Storia dell'Avvocatura genovese dall'Unità d'Italia*, cit., p.136.

(22) Nel 1875 il giovane Della Chiesa prima di partire per Roma scrisse all'amico Pietro Ansaldo: "Coelum non animum mutò quanto al mio affetto per Genova!" (Francesco Vistalli, *Benedetto XV*, Roma, Tip. Poliglotta Vaticana, 1928, p. 34).

(23) «L'avvocato Pietro Ansaldo d'intemerato carattere si è spento serenamente alle ore 21 del 6 aprile. Scompare uno dei quei saldi caratteri che oggidi vanno sempre facendosi più rari, uno di quegli uomini ai quali è consolante piegare riverente la fronte ed additarli all'altrui esempio.

Era nato il 21 settembre 1855, studiò legge e si laureò alla R. Università di Genova, avendo a compagno di studio ed amico inseparabile il march. Giacomo Della Chiesa che poi salì alla Sede Apostolica col nome di Benedetto XV.

Nel foro genovese diede brillanti prove del suo fervido ingegno e di quella ligure antica saggezza, fatta di buon senso, di intelligenza, di retitudine.

Coi voti dei cattolici fu mandato più volte al Municipio, ove fu più volte assessore al contenzioso; fu anche consigliere alla Provincia e per conseguenza in molte opere pie.

Benedetto da Dio di numerosa prole, il dolore della perdita dell'adorata consorte, modello fra le spose e le madri, ebbe mitigato dallo stuolo giocondo di nipotini che teneramente amava, e ricco di censo, di meriti e di anni come i venerandi patriarchi vide nel suo placido tramonto albeggiare l'aurora di novella vita.

Beati coloro che muoiono nel Signore. Ai figli, alle nuore, ai congiunti tutti, le nostre condoglianze. (*La settimana religiosa*, 1929, p. 175).

(24) *Albo degli avvocati e dei procuratori: elenco dei praticanti procuratori abilitati al patrocinio nelle preture: aggiornato al 1 luglio 1961, cura dell'Ordine degli avvocati e dei procuratori della circoscrizione del tribunale di Genova*, Milano, Giuffrè, 1961, 48 pagine.

(25) La citazione è tratta da: Elio Di Rella, *Storia dell'Avvocatura genovese dall'Unità d'Italia*, cit., p.136.

(26) Archivio Diocesano di Genova, *Comitato diocesano per l'omaggio a Benedetto XV 1914-1915. Note di Adunanza del Comitato. 1914-1915*.

(27) *Genova in memoria al Papa Benedetto XV*, in *La Settimana Religiosa*, 1922, pp. 212-213.

(28) Cfr. *Inaugurandosi il busto marmoreo del sommo pontefice Benedetto XV a cura dei suoi confratelli della Ven. compagnia di misericordia sotto il titolo della Morte e sepoltura di Cristo e di S. Giovanni Decollato nell'oratorio di San Donato in Genova sua patria li 30 aprile 1916. Parole dette dal confratello avv. Pietro Ansaldo*, Genova 1916, p.6. Si veda inoltre: Aldo GORINI, *Giacomo Raggi da Genova, Frate cappuccino e la vocazione di Giacomo della Chiesa*, in *Benedetto XV. Papa Giacomo della Chiesa nel mondo dell'"inutile strage"*, direzione di Alberto Melloni, Bologna, Società editrice il Mulino, 2017, pp. 43-45; Nicola Buonasorte, *La formazione e gli studi al seminario arcivescovile di Genova*, nel volume sopra citato, pp. 51-53.

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Massimario

TAR Liguria, sez. II, 20 dicembre 2019, n. 972 - Pres. Pupilella - Est. Vitali - F. s.r.l. unipersonale (Avv. Roggeri e Chelucci) c. Comune di Ventimiglia (Avv. Anselmi e Macchiavello).

APPARECCHI DA GIOCO CON VINCITA IN DENARO - Comune di Ventimiglia - ordinanza sindacale di limitazione oraria - bilanciamento di interessi pubblici e privati - tutela della salute - iniziativa economica privata - ragionevolezza e proporzionalità operate dal provvedimento impugnato.

(Artt. 32 e 41 Cost.; art. 110 TULPS; ord. sind. Comune di Ventimiglia 12 novembre 2018, n. 220)

ATTO AMINISTRATIVO GENERALE - mancata partecipazione dei soggetti interessati alla procedura diretta all'emanazione del provvedimento - legittimità del provvedimento.

(Art. 13 l. n. 241/1990)

È da considerarsi ragionevole e proporzionato il bilanciamento operato dall'ordinanza sindacale del Comune di Ventimiglia che aveva previsto una limitazione oraria di funzionamento degli apparecchi da gioco con vincite in denaro di cui all'art. 110 TULPS: da un lato deve essere garantito il diritto fondamentale di tutela della salute di cui all'art. 32 Cost. e dall'altro è da tutelarsi l'iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost., la quale però «non può svolgersi in modo da arrecare danno alla sicurezza umana [...] e deve essere coordinata a fini sociali».

L'ordinanza sindacale di limitazione oraria di funzionamento degli apparecchi da gioco con vincite in denaro di cui all'art. 110 TULPS, essendo un atto amministrativo generale, è legittima anche qualora non vi sia stato, nell'ambito del procedimento di formazione del provvedimento, un confronto né con le associazioni di categoria degli operatori né con i soggetti interessati, poiché l'art. 13 della l. n. 231 del 1990 esclude l'applicazione delle norme sulla partecipazione alle attività della PA che sono dirette, tra le altre, alla emanazione di atti amministrativi generali.

S.F.

TAR Liguria, 19 giugno 2019, n. 150 - Pres. Lattanzi - Rel. de Pretis.

GIUDIZIO COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALE - ordinanza di sollevazione - contenuto - necessaria ricostruzione del quadro normativo - assenza - inammissibilità delle questioni.

(Corte cost. sent. n. 27 del 2015, n. 16 del 2014 e n. 276 del 2013; ord. n. 244 del 2017 e n. 194 del 2014)

È compromesso il percorso argomentativo «posto a fondamento delle censure sollevate» dal giudice a quo in un giudizio in via incidentale dinanzi alla Corte costituzionale, qualora il rimettente non ricostruisca «in modo completo il quadro normativo»; da ciò ne consegue l'inammissibilità delle questioni oggetto dell'ordinanza di rimessione.

S.F.

TAR Liguria, 19 luglio 2019, n. 191 - Pres. Lattanzi - Rel. Barbera.

GIUDIZIO IN VIA INCIDENTALE - ordinanza di sollevazione - contenuto - abrogazione di norme oggetto di rinvio da parte di altre disposizioni - necessaria indagine sulla natura del rinvio - assenza - inammissibilità delle questioni.

(Art. 17, c. 30-ter, d.l. n. 78/2009; art. 7 l. n. 97/2001; d.lgs. n. 174/2016; Corte cost. sent. n. 154 del 2019 e n. 133 del 2017)

Il giudice a quo, non confrontandosi, nell'ordinanza di rimessione, con la natura del rinvio (fisso o mobile) effettuato dall'art. 17, c. 30-ter, del d.l. n. 78 del 2009, all'art. 7 della l. n. 97 del 2001 (che riguarda i delitti dei pubblici ufficiali nei confronti della PA), abrogato successivamente dal d.lgs. n. 174 del 2016, non chiarisce se esso sia operante o se sia venuto meno e, di conseguenza, non avendo neppure evidenziato alcun elemento utile per qualificare come consentita l'azione del PM contabile per il risarcimento del danno all'immagine della PA, offre «un'inadeguata rappresentazione della normativa» che non consente di ritenere ammissibili le questioni sollevate nel giudizio in via incidentale.

S.F.

TAR Liguria, sez. I, 6 dicembre 2019, n. 932 - Pres. Peruggia - Rel. Nasini - Soc. Autostrade per l'Italia (Avv. Annoni e Torchia) c. Pres. cons. ministri e Commissario straordinario per la ricostruzione del viadotto Polcevera - Genova (Avv. dello Stato), e nei cfr. (...omissis...).

LEGGE - leggi-provvedimento - disparità di trattamento - sindacato di legittimità costituzionale.

(Artt. 3 e 70 Cost.; Corte costituzionale, sent. 8 maggio 2009, n. 137; T.A.R. Lazio, sez. III, sent. 2 novembre 2015, n. 12321).

LEGGE - leggi-provvedimento - arbitrarietà e manifesta irragionevolezza - sindacato di legittimità costituzionale.

(Artt. 3 e 97 Cost.; Consiglio di Stato, sez. III, 25 novembre 2014, n. 5831).

LEGGE - leggi-provvedimento - disposizioni urgenti per il crollo di un tratto del viadotto Polcevera - sottrazione ad Autostrade per l'Italia della competenza ad intervenire nelle attività necessarie al Viadotto Polcevera - motivazione - insussistenza.

(Artt. 3 e 97 Cost.; d.l. 28 settembre 2018, n. 109, conv., con modif., nella l. 16 novembre 2018, n. 130, artt. 1, commi 6 e 7; 1-bis e 4-bis; Convenzione Unica tra Autostrade per l'Italia (ASPI) e Anas del 12 ottobre 2007, artt. 8, 9 e 9-bis)

LEGGE - leggi-provvedimento - disposizioni urgenti per il crollo di un tratto del viadotto Polcevera - sanzioni amministrative e provvedimenti impositivi di prestazioni - istruttoria in ordine alla responsabilità di Autostrade per l'Italia

e all'esistenza dell'interesse pubblico - insussistenza.

(Artt. 23 e 97 Cost.; d.l. 28 settembre 2018, n. 109, conv., con modif., nella l. 16 novembre 2018, n. 130, artt. 1, commi 6 e 7; 1-bis e 4-bis)

LEGGE - leggi-provvedimento - disposizioni urgenti per il crollo di un tratto del viadotto Polcevera - separazione dei poteri - riserva al potere giudiziario dell'accertamento di responsabilità civili, penali, amministrative e dell'irrogazione di sanzioni - invasione legislativa.

(Artt. 102, 103, 24 e 111 Cost.; d.l. 28 settembre 2018, n. 109, conv., con modif., nella l. 16 novembre 2018, n. 130, artt. 1, comma 6; 1-bis e 4-bis)

LEGGE - leggi-provvedimento - disposizioni urgenti per il crollo di un tratto del viadotto Polcevera - invasione legislativa della materia riservata alla giurisdizione - in-costituzionalità - diritto di difesa e principio del giusto processo - violazione - prefigurazione.

(Crtt. 102, 103, 24 e 111 Cost.; d.l. 28 settembre 2018, n. 109, conv., con modif., nella l. 16 novembre 2018, n. 130, artt. 1, comma 6; 1-bis e 4-bis)

LEGGE - leggi-provvedimento - disposizioni urgenti per il crollo di un tratto del viadotto Polcevera - criteri di proporzionalità e adeguatezza - violazione - prefigurazione.

(Art. 3 Cost.; Corte costituzionale sent. n. 1 del 2014; d.l. 28 settembre 2018, n. 109, conv., con modif., nella l. 16 novembre 2018, n. 130, artt. 1, comma 6; 1-bis e 4-bis)

LEGGE - leggi-provvedimento - disposizioni urgenti per il crollo di un tratto del viadotto Polcevera - indennità e costi complessivi - predeterminazione dei criteri - insussistenza - illegittimità costituzionale - prefigurazione.

(Artt. 3, 23 e 97 Cost.; d.l. 28 settembre 2018, n. 109, conv., con modif., nella l. 16 novembre 2018, n. 130, artt. 1, comma 6; 1-bis e 4-bis)

LEGGE - leggi-provvedimento - disposizioni urgenti per il crollo di un tratto del viadotto Polcevera - sottrazione ad Autostrade per l'Italia del potere/dovere di esproprio ed occupazione - previsione in capo ad Autostrade per l'Italia del pagamento dei costi delle attività espropriative - motivazione - insussistenza.

(Artt. 3 e 97 Cost.; d.l. 28 settembre 2018, n. 109, conv., con modif., nella l. 16 novembre 2018, n. 130, artt. 1, comma 5; 1-bis e 4-bis; Convenzione Unica tra Autostrade per l'Italia (ASPI) e Anas del 12 ottobre 2007, artt. 8, 9, 9-bis e 26)

LEGGE - leggi-provvedimento - disposizioni urgenti per il crollo di un tratto del viadotto Polcevera - criteri di individuazione degli immobili da espropriare - presa in considerazione di aree ulteriori eventualmente non strettamente connesse alla realizzazione delle opere - principio di ragionevolezza - violazione.

(Art. 3 Cost.; d.l. 28 settembre 2018, n. 109, conv., con modif., nella l. 16 novembre 2018, n. 130, artt. 1-bis e 4-bis)

LEGGE - leggi-provvedimento - disposizioni urgenti per il crollo di un tratto del viadotto Polcevera - esclusione**di Autostrade per l'Italia dalle attività di demolizione e ricostruzione - previsione in capo ad Autostrade per l'Italia prestazioni patrimoniali di ingente importo - libertà di iniziativa economica - violazione - prefigurazione.**

(Art. 41 Cost.; d.l. 28 settembre 2018, n. 109, conv., con modif., nella l. 16 novembre 2018, n. 130, artt. 1-bis e 4-bis)

LEGGE - leggi-provvedimento - disposizioni urgenti per il crollo di un tratto del viadotto Polcevera - questioni di legittimità costituzionale - impossibilità di un'interpretazione costituzionalmente conforme - rilevanza - non manifesta infondatezza - sollevazione.

(Artt. 3, 23, 24, 41, 97, 102, 103, e 111 Cost.; d.l. 28 settembre 2018, n. 109, conv., con modif., nella l. 16 novembre 2018, n. 130, artt. 1, commi 1, 3, 5, 6, 7, 8, 8-bis; 1-bis e 4-bis; l. 11 marzo 1953, n. 87, artt. 23)

Le leggi-provvedimento devono soggiacere ad un rigoroso scrutinio di legittimità costituzionale per il pericolo di disparità di trattamento insito in previsioni di tipo particolare e derogatorio

Anche per le leggi-provvedimento, può essere invocata la violazione dei principi che normalmente presiedono all'attività amministrativa, quando emergano l'arbitrarietà e la manifesta irragionevolezza della relativa disciplina.

Vertendosi, nella specie, su una legge-provvedimento, sarebbe stato onere del legislatore precisare compiutamente gli elementi di opportunità e/o tecnici idonei a giustificare perché non sarebbe stato possibile mantenere o attribuire in capo ad Autostrade per l'Italia una specifica competenza ad intervenire per nessuna delle attività necessarie al Viadotto Polcevera e ad adempiere anche solo parzialmente agli obblighi previsti in forza del rapporto concessorio.

Se la legge provvedimento è di per sé sufficiente a rispettare il principio di legalità, nel caso essa rechi disposizioni equiparabili a vere e proprie sanzioni amministrative o comunque a provvedimenti impositivi di prestazioni di non fare o pagare aventi rilievo economico, è necessario che tali disposizioni siano sorrette da un accertamento idoneo a giustificare i profili di anche solo potenziale responsabilità, nonché l'interesse pubblico all'adozione delle sanzioni medesime.

Il principio di separazione tra poteri legislativo e giudiziario esige che l'accertamento di responsabilità civili, penali o anche amministrative e l'irrogazione delle conseguenti misure rimediale debbano essere esercitate da magistrati e, nel caso di specie, dagli organi di giustizia amministrativa.

Il legislatore, esercitando un potere che non gli competeva, avrebbe altresì violato il diritto di difesa ed il principio del giusto processo.

Poiché anche le leggi-provvedimento devono rispettare i criteri di proporzionalità e adeguatezza, potrebbe violare tali principi la motivazione adottata dal legislatore a fondamento del provvedimento di "esclusione assoluta" di ASPI dall'esecuzione di qualsiasi attività, compresa, ad es. quella della materiale demolizione del "Viadotto Polcevera", essendo fondata sul solo "sospetto" di una possibile responsabilità della concessionaria.

Si deve anche rimettere alla Corte un possibile profilo di illegittimità costituzionale laddove non è dato comprendere con sufficiente precisione la predeterminazione dei criteri e delle poste economiche relative alle indennità e ai costi complessivi che possono essere posti a carico di ASPI da parte del Commissario straordinario.

La legge-provvedimento, sottraendo ad Autostrade per l'Italia il poteri/dovere, di, di esecuzione delle espropriazioni e delle occu-

pazioni di terreni, inerente al rapporto concessorio, e prevedendo a carico della Concessionaria solamente il pagamento dei costi risultanti dallo svolgimento delle attività espropriative e non anche l'espletamento di tali attività non risulta adeguatamente giustificata e motivata.

La legge-provvedimento nello stabilire i criteri di individuazione degli immobili da espropriare risultano in eventuale contrasto col principio di ragionevolezza, nella misura stabiliscono come criterio anche la presa in considerazione di aree ulteriori eventualmente non strettamente connesse alla realizzazione delle opere.

L'esclusione di Autostrade per l'Italia dalle attività relative, in senso ampio, alla demolizione e ricostruzione dell'infrastruttura, unitamente all'imposizione di prestazioni patrimoniali di ingente importo, statuite ex lege, pare configurare una restrizione della libertà di iniziativa economica non giustificata dall'esigenza di tutelare eventuali interessi di rango costituzionale.

È rilevante e non è manifestamente infondata, attesa anche l'impossibilità di un'interpretazione costituzionalmente conforme, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1, 3, 5, 6, 7, 8, 8-bis; 1-bis e 4-bis, del d.l. 28 settembre 2018, n. 109, conv., con modif., nella l. 16 novembre 2018, n. 130, per violazione degli artt. 3, 97, 23, 41, 102, 103, 24 e 111 della Costituzione.

P.C.

Corte dei Conti, sez. giurisdizionale Liguria, 21 novembre 2019, n. 200 - Pres. Salamone - Est. Maltese - Procura Regionale sez. giurisdizionale Liguria della Corte dei Conti c. (...omissis...).

RISARCIMENTO - danno erariale indiretto - non rispondono soggetti penalmente responsabili - danno patrimoniale conseguente a condanna Corte EDU - inadempimento Stato italiano - mancanza di legislazione penale - reato di tortura - responsabilità dello Stato.

(Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. IV, 7 aprile 2015, Cestaro c. Italia, ricorso n. 6884/11)

Il danno erariale indiretto non può essere addebitato a coloro che, in sede penale, sono stati ritenuti responsabili per aver commesso, in occasione del G8 di Genova del 2001, violenze all'interno della scuola "Diaz" o per non averle impedito. Poiché la condanna della Corte EDU nel caso Cestaro c. Italia ha riguardato l'inadempimento dello Stato italiano agli obblighi imposti dalla CEDU - in particolare la mancanza di una legislazione penale adeguata a sanzionare i responsabili di atti di tortura o di altri maltrattamenti - e il danno patrimoniale è conseguente a tale condanna al pagamento di una equa soddisfazione pecuniaria a

favore della vittima di tali omissioni e inadempimenti, di suddetto danno non può rispondere altro soggetto diverso dallo Stato, cui competeva introdurre tale normativa.

O.C.

TAR Liguria, sez. II, 20 dicembre 2019, n. 982 - Pres. Pupilella - Est. Vitali - Federazione Italiana Tabaccai (Avv.ti Grazzini e Mellina Bares) c. Comune di Cairo Montenotte (Avv. Nolasco) e nei confronti di Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (non costituita in giudizio).

SALE SCOMMESSE, SALE VIDEOLOTTERY E APPARECCHI DA GIOCO CON VINCITE IN DENARO - Comune di Cairo Montenotte - ordinanza sindacale di limitazione oraria - bilanciamento di interessi pubblici e privati - tutela della salute - iniziativa economica privata - ragionevolezza e proporzionalità operate dal provvedimento impugnato.

(Artt. 32 e 41 Cost.; artt. 88 e 110 TULPS; ord. sind. Comune di Cairo Montenotte 2 aprile 2019, n. 5)

SANZIONE AMMINISTRATIVA PECUNIARIA - comminata per violazioni diverse da quelle previste dalla legge regionale istitutiva della sanzione - violazione principio di legalità - illegittimità della sanzione.

(Art. 1, co. 2, l. n. 689/1981; art. 3, co. 1, l. reg. Liguria n. 17/2012; Ord. sind. Comune di Cairo Montenotte 2 aprile 2019, n. 5)

È da considerarsi ragionevole e proporzionato il bilanciamento operato dall'ordinanza sindacale del Comune di Cairo Montenotte che aveva previsto una «disciplina degli orari di esercizio delle sale scommesse e delle sale videolottery di cui all'art. 88 TULPS, nonché di utilizzo degli apparecchi di intrattenimento e svago con vincite in denaro di cui al comma 6 dell'art. 110 TULPS»: da un lato deve essere garantito il diritto fondamentale di tutela della salute di cui all'art. 32 Cost. e dall'altro è da tutelarsi l'iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost., la quale però «non può svolgersi in modo da arrecare danno alla sicurezza umana [...] e deve essere coordinata a fini sociali».

È illegittima e viola il principio di legalità di cui all'art. 1, co. 2, l. n. 689 del 1981, la comminatoria della sanzione prevista dalla l. reg. Liguria n. 17 del 2012 «per violazioni che non attengono propriamente alle disposizioni della legge [regionale] richiamata».

S.F.

Documenti

La proposta di istituzione del Garante regionale per la tutela delle vittime di reato: quid iuris?

Lara Trucco

Ordinario di Diritto costituzionale
nell'Università di Genova

Sommario: 1. Premessa. - 2. Le fonti di disciplina della materia. - 3. I beneficiari degli interventi. ... - 4. Segue ... e le funzioni del Garante ligure per la tutela delle vittime di reato. - 5. Alcune considerazioni conclusive.

1. Premessa.

Alla fine di febbraio è approdata alla Prima Commissione consiliare del Consiglio regionale della Liguria la proposta di legge volta ad istituire il “Garante regionale per la tutela delle vittime di reato”^{*}, di cui ci si propone qui di esaminare le caratteristiche essenziali, non dimentichi, peraltro, di come della delicatezza della materia abbia dato prova la stessa giurisprudenza costituzionale, con specifico riguardo, ad esempio, alle vittime di violenza domestica (v. Corte cost., sent. n. 236 del 2018).

2. Le fonti di disciplina della materia.

Procedendo dall’esame delle fonti di disciplina della materia, di rilievo è stata ed è a livello sovranazionale la direttiva 2004/80/CE del 29 aprile 2004 (recepita con un certo ritardo dal nostro ordinamento) relativa, per l’appunto, “all’indennizzo delle vittime di reato” (segnatamente, di reati intenzionali violenti), la quale prevede due principali tipi di obblighi per gli Stati membri, e cioè a dire, l’istituzione di “un sistema di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori, che garantisca un indennizzo equo ed adeguato delle vittime” (art. 12, p. 2); e la facilitazione, con apposite procedure di cooperazione fra le amministrazioni competenti, dell’accesso al suddetto sistema di indennizzo da parte delle vittime residenti in altri Stati membri che si trovano temporaneamente nello Stato membro in cui è stato commesso il reato (art. 1-11).

Più di recente, poi, è intervenuta la direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012, recante “norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato”, ponendosi l’obiettivo precipuo di “garantire che le vittime di reato ricevano informazione, assistenza e protezione adeguate e possano partecipare ai procedimenti penali” (art. 1). Su questa base, gli Stati membri devono quindi assicurare “che le vittime siano riconosciute e trattate in maniera rispettosa, sensibile, personalizzata, professionale e non discriminatoria, in tutti i contatti con servizi di assistenza alle vittime o di giustizia riparativa o con un’autorità competente operante nell’ambito di un procedimento penale”, col riconoscimento

alle vittime di tutta una serie di diritti da applicarsi, si noti, “in maniera non discriminatoria, anche in relazione al loro status in materia di soggiorno” (art. 1).

In questo medesimo quadro, in Parlamento sono state depositate varie proposte di legge.

In particolare (come si legge sul sito istituzionale della Camera dei deputati), la XVII legislatura si è caratterizzata per diversi interventi volti a proteggere le vittime dei reati, ampliandone le tutele in ambito processuale e sostenendole dal punto di vista economico. Si pensa, ad esempio, alla legge che ha previsto un indennizzo per le vittime dei reati intenzionali violenti ed a quella che ha introdotto specifiche tutele per gli orfani a causa di un crimine domestico. Ma vanno anche menzionate le proposte di rafforzamento della tutela processuale delle stesse vittime dei reati, l’indennizzo (anche qui) per le vittime dei reati intenzionali violenti, nonché la previsione di particolari tutele degli orfani a causa di crimini domestici, la protezione delle vittime della tratta di esseri umani ed il riconoscimento degli ordini di protezione.

Ancora, va segnalata la presentazione di taluni progetti di legge di “Istituzione del Garante nazionale per la tutela dei diritti delle vittime dei reati intenzionali violenti”, la cui presenza, peraltro, alla luce delle precedenti osservazioni (v. il §1), lungi dall’essere “contrapposta”, andrebbe piuttosto concepita come “complementare” a quella del già operativo “Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale”, nella direzione dell’arricchimento del sistema di tutele in materia, secondo quanto presupposto dallo stesso dettato costituzionale (v. *supra* il §1). Venendo, dunque, al livello regionale, si osserva che (anche) in altre regioni – Piemonte, Toscana, Emilia-Romagna e Friuli-Venezia Giulia – sono all’esame delle proposte di legge volte ad introdurre Garanti regionali per la tutela delle vittime di reati.

Soprattutto, l’istituzione (e l’insediamento, nel marzo 2019) di un Garante di nuovo conio – richiamandosi, peraltro, espressamente, nel corpo della legge, le norme eurounitarie più sopra richiamate (art. 1, c. 1) – è già avvenuta in Lombardia (ad opera della l.r. n. 22 del 2018).

Ora, è vero che tra le attività svolte, sinora, dal Garante lombardo si segnalano, in particolare, iniziative promozionali (col rendere nota la propria esistenza) sul territorio, tuttavia un dato da tenere in considerazione è costituito dal fatto che a quanto ci risulta la sua attività non paia avere posto sino ad oggi particolari questioni in punto di legittimità e particolarmente di “illegittimità costituzionale”. Anche per questo, “la prassi” che, si presume, ha cominciato a formarsi sulla base della sua attività potrebbe essere utilizzata “a parametro” anche dalla nostra regione.

Del resto, quanto al *drafting* normativo, la proposta di legge ligure in discussione riprende per la più gran parte i contenuti della stessa legge lombarda (con le sole differenze di cui appresso si dirà), individuando, nel Garante, in ultima analisi, un organo di carattere amministrativo.

Così, come in Lombardia (e secondo modalità analoghe a quelle previste per il Difensore regionale), si prevede che il Garante venga eletto dal Consiglio regionale per una durata di cinque anni, tra coloro che risultino in possesso del titolo di laurea magistrale ovvero di diploma di laurea (prec. Ordinamento), con particolari competenze ed esperienze professionali nel settore della tutela legale ovvero dei diritti umani.

^{*} Trattasi, per la precisione, della Proposta di legge 245 (Franco Senarega, Paolo Ardeni, Giovanni De Paoli, Vittorio Mazza, Alessandro Puggioni): “Istituzione del Garante regionale per la tutela delle vittime di reato”.

Inoltre, l'indipendenza dell'organo sarebbe salvaguardata dal fatto che esso non cesserebbe dalle sue funzioni in caso di scioglimento anticipato del Consiglio regionale e che (a differenza del Garante lombardo) non ne sarebbe ammessa la rielezione.

3. I beneficiari degli interventi...

Beneficiari degli interventi del Garante sono i “residenti nel territorio regionale” che siano state “vittime” di taluni reati previsti dal Codice penale, o, qualora deceduti in conseguenza dell'evento delittuoso “il coniuge, i parenti entro il secondo grado, chi è legato alla persona offesa dal vincolo di adozione e chi, pur non essendo coniuge, intratteneva con la stessa una stabile convivenza” (art. 2). Per la precisione, la legge prevede che i reati “rilevanti” siano quelli “previsti dal Codice Penale, Libro Secondo (Dei delitti in particolare), Titolo VI (Dei delitti contro l'incolumità pubblica) e XII (Dei delitti contro la persona)”, nonché i “delitti previsti dagli articoli 572 (Maltrattamenti contro familiari o conviventi), 624 *bis* (Furto in abitazione e furto con strappo), 628 (Rapina), 629 (Estorsione), 630 (Sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione), 644 (Usura), commessi nel territorio della Regione” (art. 2).

Ebbene, va osservato come la giurisprudenza costituzionale riconosca un certo margine di discrezionalità al legislatore (anche regionale) circa la determinazione delle condizioni all'origine di determinati interventi pubblici: ciò che induce a ragionare in termini di sola opportunità con riguardo alla possibile estensione dell'ambito soggettivo anche ad altre categorie di persone (come ad es. le vittime di reati “intenzionali violenti”).

Analoga disponibilità, invece, da parte della Consulta non si ravvisa, allorché l'individuazione dei “beneficiari” comporta e/o si traduce in una qualche forma di discriminazione. Sia sufficiente richiamare la pronuncia di incostituzionalità delle norme contenute nella legge della Lombardia che riservavano la circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea solo alle persone totalmente invalide per cause civili in possesso della cittadinanza italiana e della residenza nella regione (sent. n. 432 del 2005); e quella relativa alla legge regionale proprio della Liguria, nella parte in cui richiedeva, per i soli cittadini provenienti da paesi terzi, il requisito della residenza decennale sul territorio nazionale ai fini dell'accesso all'edilizia residenziale pubblica (sent. n. 106 del 2018).

Da questo punto di vista, dunque, qualche problema potrebbe presentarlo la limitazione di cui si diceva, dei beneficiari degli interventi del Garante ai soli “residenti nel territorio regionale”, invece che a tutti coloro che nel territorio stesso della regione siano stati vittime di reati.

Il p.d.l. in questione si innesta nel seno delle politiche, per così dire, “securitarie” portate avanti (oltre che a livello statale) anche in altri contesti regionali (spec. lombardo e veneto), nonché dalla stessa regione Liguria con la normativa recante “Interventi in favore delle vittime della criminalità” (v. la l.r. n. 11 del 2016). Per la precisione, con le norme di una tale legge regionale che prevedono che la Regione favorisca “gli interventi di assistenza e di aiuto ai familiari degli esercenti un'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o comunque economica, deceduti, vittime della criminalità” (art. 1, c. 1).

Il disposto (di cui all'art. 1, c. 2, della citata legge regionale) del resto, val la pena di ricordare, è stato dichiarato incostituzionale (sent. n. 172 del 2017), nella parte in cui disponeva il patrocinio a spese della Regione, “nei procedimenti penali in cui l'azione penale fosse stata esercitata a decorrere dall'entrata in vigore della legge medesima, per la difesa dei cittadini che, vittime di un delitto contro il patrimonio o

contro la persona, fossero stati indagati per aver commesso un delitto per eccesso colposo in legittima difesa, ovvero fossero stati assolti per la sussistenza dell'esimente della legittima difesa”. Il giudice costituzionale ha, infatti, ravvisato nel caso di specie un'invasione di campo da parte del legislatore regionale della materia di competenza legislativa esclusiva statale dell'“ordine pubblico e la sicurezza” (di cui all'art. 117, comma 2, lett. h), Cost.).

4. Segue ...e le funzioni del Garante ligure per la tutela delle vittime di reato.

Quanto, poi, alle funzioni che il Garante sarebbe chiamato ad espletare, va evidenziato come esse debbano limitarsi – ovvero non possano esorbitare – da mere attività di natura “amministrativa”.

Del resto, la giurisprudenza costituzionale è rigorosa nel salvaguardare il divieto per le regioni di legiferare in materia di “giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa”, trattandosi di ambiti riservati alla legislazione esclusiva dello Stato (art. 117, lett. l) Cost.). Diversamente, va rilevata invece l'attenzione del medesimo giudice nel riservare alle stesse regioni la possibilità di disporre di interventi di politica sociale riconducibili all'ambito dei servizi sociali, in quanto materia ritenuta di competenza legislativa regionale residuale (art. 117, c. 4 Cost.).

Al proposito, di interesse è la decisione in cui la Corte si è pronunciata sulle norme contenute nel cd. “pacchetto sicurezza” (l. n. 94 del 2009) con cui erano state previste le cd. “ronde” di cittadini, precisando, da un lato, la possibilità per i sindaci di avvalersi dell'aiuto dei volontari per attività di mera osservazione e segnalazione che qualsiasi cittadino avrebbe potuto e potrebbe svolgere attraverso la denuncia di reati perseguibili d'ufficio; ma dall'altro lato, altresì, chiarendo il divieto da parte delle medesime di “monitorare e porre rimedio al disagio sociale” (sent. n. 226 del 2010).

Nel quadro tracciato, non emergono pertanto, almeno “sulla carta”, particolari criticità nei disposti che prevedono lo svolgimento da parte del Garante di funzioni di promozione, informazione, prevenzione, sostegno, collaborazione, segnalazione ed assistenza alle vittime di reati, così come l'istituzione di organismi di tipo meramente consultivo sul territorio regionale (artt. 3 e 4). Diversamente, qualche problema potrebbe sorgere con riguardo alle “zone di confine” con le materie di competenza esclusiva statale (i quali, pertanto, se il testo legislativo dovesse essere approvato, richiederebbero un'attuazione precisa e “calibrata”). Ci si riferisce, in particolare, alla possibilità del Garante, di intervenire:

- nei procedimenti amministrativi (ai sensi dell'art. 9 della legge dello Stato n. 241 del 1990), al fine di assicurare “la conoscenza degli atti amministrativi e giudiziari ed il rispetto delle procedure e dei termini di definizione” (art. 3, lett. g); e

- in materia di “formazione ed aggiornamento degli operatori dei servizi sociali e della Polizia Locale”, al di là di forme di “promozione” e di impulso alla “stipula di intese con le autorità statali competenti affinché a tale formazione possano partecipare anche gli operatori delle Forze dell'Ordine” (art. 3, lett. i)).

In disparte, peraltro, le attività di “promozione” e “collaborazione” con il Garante per la protezione dei dati personali “al fine di rendere effettiva la corretta applicazione della legislazione esistente in materia di trattamento dei dati personali e sensibili” (art. 3, lett. e)), saranno i trattamenti svolti dallo stesso Garante ligure a richiedere un *surplus* di attenzione, considerata la “sensibilità” dei casi e delle questioni che verosimilmente verranno poste, ed il necessario rispetto da parte del medesimo organo delle stesse norme in materia

(spec. il Reg. (UE) n. 679 del 2016 e d. lgs. n. 196 del 2003, così come modificato, da ultimo, dal d. lgs. n. 101 del 2018). Una tale prospettiva porta a valutare positivamente lo stralcio, nel progetto di legge, della previsione (invece vigente in Lombardia) della possibilità per il Garante delle vittime di reato “di trattare anche le categorie di dati personali di cui agli articoli 9 e 10 del menzionato Reg. (UE) n. 679 del 2016” (v., ad es., da ultimo, i provvedimenti del Garante della Privacy del 25 luglio e del 29 novembre 2018, di divieto di trattamento dei dati personali riferiti ad episodi di violenza sessuale).

5. Alcune considerazioni conclusive.

Per quanto si è detto, un ruolo di un qualche rilievo il Garante ligure potrebbe ritagliarselo quale **centro operativo di coordinamento** tra enti territoriali e servizi sociali dei Comuni ed associazioni che svolgono azioni di tutela delle persone vittime di reato (rilevando, da questo punto di vista, soprattutto quanto previsto dall’art. 3 c. 2 del p.d.l.).

In quest’ottica, si guarda dunque favorevolmente a quegli emendamenti in cui (a differenza delle altre regioni, Lombardia inclusa) viene proposto l’“incardinamento” del garante ligure presso la Giunta regionale (e non, invece, il Consiglio).

Può infatti pensarsi che una simile collocazione metterebbe il Garante nelle migliori condizioni per svolgere il ruolo di cui si diceva, potendo, lo stesso, avvalersi, oltre che di un proprio “Ufficio” (più agevolmente della “struttura regionale di supporto”, nonché “degli spazi e del personale appositamente messi a disposizione” dall’esecutivo regionale. Del resto, una tale soluzione non ci sembra ontologicamente incompatibile con la norma del p.d.l. che vuole che il Garante svolga “con imparzialità la propria attività in piena autonomia organizzativa ed amministrativa e con indipendenza di giudizio e di valutazione” senza essere sottoposto “a nessuna forma di controllo gerarchico o funzionale” (art. 1, c. 2), dipendendo, un tale esito, ci pare, oltre che da come verranno organizzate le cose, da vari altri fattori, non in ultimo il dato economico (non a caso, tra gli elementi più discussi).

L’incostituzionalità delle leggi regionali della Liguria: una rassegna delle pronunce della Corte costituzionale e dei ricorsi dello Stato durante il corso del biennio 2018-2019.

Simone Frega

Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale interno, comparato ed europeo, Università di Genova.

Sommario: 1. *Premessa.* - 2. *Le decisioni della Corte costituzionale sulla legislazione ligure del 2018 ... - 3. ... e del 2019.* - 4. *I ricorsi promossi dallo Stato avverso le disposizioni legislative della Liguria.*

1. Premessa.

Il presente contributo offre una rassegna delle sentenze della Corte costituzionale pubblicate nel 2018 e nel 2019 aventi ad oggetto diverse disposizioni legislative della Liguria e dei ricorsi presentati, nello stesso periodo (e sempre avverso la medesima legislazione regionale), dallo Stato.

2. Le decisioni della Corte costituzionale sulla legislazione ligure del 2018 ...

La prima decisione della Corte costituzionale in commento (sentenza n. 106 del 2018) aveva ad oggetto l’art. 4, co. 1, della l. reg. n. 13 del 2017, ritenuto dal ricorrente incostituzionale perché prevedeva, per lo straniero richiedente un alloggio tra quelli dell’edilizia residenziale pubblica, il requisito della presenza (residenza) sul territorio regionale per un periodo di almeno dieci anni. La Consulta, in tale decisione e in senso conforme alla sua giurisprudenza precedente in materia (1), rilevava che la «valutazione di irragionevolezza e di mancanza di proporzionalità» di una tale misura «è tanto più riferibile alla disposizione in esame, la quale – ai fini del diritto sociale all’abitazione che è diritto attinente alla dignità e alla vita di ogni persona e, quindi, anche dello straniero presente nel territorio dello Stato – richiede, per questi ultimi, un periodo di residenza ancor più elevato» (2) di quello previsto dalla legislazione valdostana (e dichiarato incostituzionale con sentenza n. 168 del 2014).

La seconda declaratoria di incostituzionalità (sentenza n. 196 del 2018) riguardava una previsione normativa approvata nel 2008, che istituiva la figura della vice dirigenza (3), e quella (dello stesso anno) che ne stabiliva la retribuzione (anche di risultato) (4). Come era prevedibile, la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionali le predette previsioni normative, poiché il legislatore ligure «ha istituito il ruolo dei vice-dirigenti regionali e poi, a distanza di pochi mesi, ha disciplinato la relativa retribuzione di posizione e di risultato [...] in contrasto con quanto disposto dal legislatore statale nell’esercizio della sua competenza esclusiva» in materia di «ordinamento civile» (5).

Successivamente la Corte costituzionale si è pronunciata (con la sentenza n. 209 del 2018) in riferimento alla normativa della Regione Liguria che aveva stabilito di subordinare l’agevolazione fiscale, nei confronti di titolari di mezzi di trasporto appartenenti a determinate categorie, «alla necessaria iscrizione del veicolo nei registri tenuti» dall’ASI (Automotoclub Storico Italiano) o dalla FMI (Federazione Motociclistica Italiana) (6) non tenendo conto del fatto che, come già evidenziato precedentemente dalla Corte costituzionale (7), la tassa automobilistica aveva «natura di tributo proprio derivato», il che stava a significare che sarebbe stata «preclusa alle Regioni a statuto ordinario la possibilità di disciplinare

autonomamente i presupposti sostanziali della relativa imposizione fiscale» (8). Quindi, in sostanza, «la normativa regionale introduce[va] un presupposto aggiuntivo per la esenzione, quello della necessaria iscrizione del singolo veicolo presso i registri all'uso tenuti dall'ASI o dalla FMI», «iscrizione non contemplata dalla normativa nazionale» (9). Il 2018 si è concluso con la sentenza n. 221, che dichiarava incostituzionale gli artt. 1, comma 2, 3, 4, commi 1, lett. b), e 2, e 6 della legge della Regione Liguria n. 25 del 2017 («Qualificazione e tutela dell'impresa balneare»). Tali disposizioni provvedevano a tutelare e promuovere le imprese balneari che, facendo parte del paesaggio costiero ligure, appartenevano al patrimonio storico, culturale e sociale della Regione. Pertanto, secondo la Corte, nel caso di «procedure di aggiudicazione» tra i possibili concessionari, si sarebbero viste, «se non uniche legittimate, quantomeno innegabilmente favorite le imprese già presenti sulla costa ligure», che erano le sole aventi già le caratteristiche proprie delle «imprese balneari liguri», con la conseguenza che «l'operatore di altra Regione o di altro Stato membro, ove eventualmente [avesse] partecipa[to] a una procedura di selezione, non [avrebbe potuto] certo possedere la qualifica di impresa balneare ligure» (10). Dunque l'esigenza rappresentata «[dal]la parità di trattamento e [dal]l'uniformità delle condizioni del mercato sull'intero territorio nazionale» può essere garantita «solo [dal]la legge statale [...] nell'esercizio della competenza esclusiva nella materia "tutela della concorrenza"» (11).

3. ... e del 2019.

Nella seconda annata in esame, la Corte costituzionale, con la sua prima sentenza dell'anno (la n. 1 del 2019), dichiarava l'incostituzionalità dell'art. 2, commi 1, 2 e 3, e dell'art. 4, comma 1, della legge della Regione Liguria n. 26 del 2017 («Disciplina delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative») (12), perché in contrasto con la competenza statale in materia di tutela della concorrenza di cui all'art. 117, co. 2, lett. e), Cost. La disciplina oggetto di giudizio prevedeva la tutela di coloro che erano già «titolari di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali ad uso turistico ricreativo» (13), realizzata attraverso l'estensione della durata delle concessioni (di trent'anni) e l'affermazione del diritto di continuità aziendale (14); inoltre prevedeva che le nuove concessioni dovessero durare da un minimo di venti anni ad un massimo di trent'anni (15).

Successivamente la Corte costituzionale, con la sentenza n. 44 del 2019, ha dichiarato l'illegittimità di diverse disposizioni, tra le quali quelle riguardanti la semplificazione in materia di autorizzazione idraulica (art. 15 della legge della Regione Liguria n. 29 del 2018, ad esclusione del co. 3 nella parte in cui è previsto «che non sono soggetti a nulla osta idraulico «gli interventi in somma urgenza eseguiti in caso di eventi calamitosi per i quali sia dichiarato lo stato di emergenza, di eventi potenzialmente in grado di contaminare un sito di cui all'art. 242 del d.lgs. n. 152/2006 e successive modificazioni e integrazioni»» (16)), quelle che prevedevano la possibilità che nell'attività di controllo faunistico la Regione potesse «avvalersi [...] anche del concorso di coadiutori appositamente formati, in coerenza con i criteri di cui all'articolo 22, comma 6, della legge 6 dicembre 1991, n. 394 (Legge quadro sulle aree protette) e successive modificazioni e integrazioni» (17) e quella che prevedeva l'eccezione al divieto di commerciare fauna selvatica morta se proveniente da abbattimenti venatori o da controlli autorizzati (art. 47, co. 7-ter, l. reg. Liguria n. 29 del 1994). La Consulta, dato atto del fatto che le disposizioni regionali oggetto del giudizio di costituzionalità rientravano sia nella disciplina di competenza statale, quale è la materia della tutela dell'ambiente (di cui all'art.

117, co. 2, lett. s), Cost.), sia in quella residuale riconosciuta alle regioni nella materia della caccia (18), le ha ritenute elusive della competenza e normativa statale.

Infine (19) la Consulta (sentenza n. 236 del 2019), in riferimento agli artt. 4, 9 e 10 della l. reg. Liguria 12 settembre 2018, n. 17 (che disciplinano l'attività di tassidermia e di imbalsamazione) (20), ha dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità relativa all'art. 4 per difetto di motivazione, poiché «il ricorso statale, omettendo di esaminare nel complesso il novellato art. 4 della legge reg. Liguria n. 7 del 1984, non forniva sufficienti elementi» utili a «comprendere le ragioni in base alle quali la nuova disciplina [avrebbe potuto] determin[are] l'asserito effetto di una depenalizzazione in contrasto con le disposizioni penali della legge n. 157 del 1992» (21) e non fondate quelle riguardanti gli artt. 9 e 10 della l. reg. Liguria n. 17 del 2018, poiché, da un lato, non è stato ridotto il livello minimo di tutela stabilito dallo stato in materia di fauna selvatica (come invece aveva sostenuto il ricorrente) e, dall'altro, è fatta comunque salva la possibilità di revocare l'autorizzazione a svolgere l'attività di tassidermia (22).

4. I ricorsi promossi dallo Stato avverso le disposizioni legislative della Liguria.

Nel periodo in esame sono stati presentati, da parte dello Stato, tre ulteriori ricorsi nei confronti della legislazione ligure, che saranno trattati dalla Corte nei prossimi mesi (essendo già state fissate le udienze per la discussione, delle prime due questioni, nel mese di marzo e, della terza, in quello di maggio) (23).

Lo Stato, con un primo ricorso, ha impugnato le disposizioni della l. reg. Liguria 27 dicembre 2018, n. 29, che hanno previsto la modifica della disciplina riguardante sia le procedure di assunzione agli impieghi regionali (art. 2, cc. 1 e 2), sia quella relativa all'individuazione di un trattamento differente da quello previsto dal contratto collettivo nazionale (art. 30, successivamente abrogato ad opera dell'art. 1 della l. reg. Liguria 19 aprile 2019, n. 4); della stessa legge è stata impugnata la disposizione che permette «l'immissione di specie alloctone, seppure sterili, nei corpi idrici naturali, senza valutare gli effetti sul popolamento ittico originario e, più in generale, sull'ecosistema acquatico, consentendo una attività potenzialmente lesiva della fauna autoctona» (art. 35, cc. 1 e 2) e quella che integra il calendario venatorio di due giornate settimanali «con legge[, quindi] in via generale ed astratta» (art. 36) (24).

Nelle more di questo giudizio l'anno successivo lo Stato ha impugnato la l. reg. Liguria 19 aprile 2019, n. 5 («Norma di interpretazione autentica») (25), nella parte in cui essa ha proposto quanto stabilito dall'art. 30 della l. reg. n. 29 del 2018 (che, come si è poc'anzi osservato, era già stato censurato dal precedente ricorso statale (26) e, successivamente ad esso ma prima di una decisione nel merito della Consulta, abrogato) poiché, secondo il ricorrente, tale disposizione «si pone in contrasto con il principio generale che riserva alla contrattazione collettiva il trattamento economico dei dipendenti pubblici, nonché con la previsione dell'art. 9, comma 5, della legge 7 giugno 2000, n. 150 (Disciplina delle attività di informazione e di comunicazione delle pubbliche amministrazioni), [...] che demanda alla contrattazione collettiva l'individuazione e regolamentazione, nell'ambito di una speciale area di contrattazione, dei profili professionali del personale addetto agli uffici stampa delle pubbliche amministrazioni» (27).

L'ultimo ricorso ha ad oggetto la disciplina (prevista dalla l. reg. Liguria n. 3 del 2019 (28)) che ha modificato la previgente normativa in materia di tutela delle aree protette. In

particolare sono state censurate le disposizioni che prevedono la costituzione e la composizione delle “comunità del parco” (art. 7), il riordino delle aree protette esistenti (art. 8), la finalità ed il contenuto del piano che ogni area protetta deve adottare (art. 10), le modalità di vigilanza in tali aree (art. 22), le sanzioni per le violazioni delle disposizioni previste dalla stessa legge regionale (art. 23) e le norme applicabili ai territori confinanti con le aree protette nel caso di revisioni dei suoi confini, perché in contrasto con la competenza statale esclusiva in materia di «tutela dell'ambiente [e] dell'ecosistema» (e più in generale con gli artt. 3, 97 e 117, co. 2, lett. s), Cost.) (29).

Note

- (1) Corte cost. sent. 11 giugno 2014, n. 168, sent. 22 maggio 2013, n. 222, e sent. 7 giugno 2013, n. 133.
- (2) Corte cost. sent. 24 maggio 2018, n. 106, § 3.4 del considerato in diritto. A commento della sentenza si vedano, tra le altre, le osservazioni di M. BELLETTI, *La Corte costituzionale torna, in tre occasioni ravvicinate, sul requisito del radicamento territoriale per accedere ai servizi sociali. Un tentativo di delineare un quadro organico della giurisprudenza in argomento, in Le Regioni*, 6/2017, 1138-1169, C. CORSI, *La trilogia della Corte costituzionale: ancora sui requisiti di lungo-residenza per l'accesso alle prestazioni sociali, in Le Regioni*, 5-6/2018, 1170-1187 e D. TEGA, *Le politiche xenofobe continuano a essere incostituzionali, in Diritti Regionali*, 2/2018, che conclude affermando che le sentenze, tra cui anche la n. 106 del 2018, «sono apparse una (stra)ordinaria rassicurazione all'opinione pubblica su quanto fortemente: i) la Corte costituzionale interpreti il ruolo di garante della Costituzione; ii) la Costituzione ripudi le normative xenofobe; iii) la normativa antidiscriminatoria dell'Unione europea eserciti la sua influenza, in quanto norma interposta ex art. 117, comma 1, Cost.». Per una panoramica generale sul diritto all'abitazione, si veda P. VIPIANA, *La tutela del diritto all'abitazione a livello regionale, in Federalismi.it*, 10/2014.
- (3) L. reg. Liguria 28 aprile 2008, n. 10 (B.U.R. Liguria 29 aprile 2008, n. 4), art. 10.
- (4) L. reg. Liguria 24 novembre 2008, n. 42 (B.U.R. Liguria 26 novembre 2008, n. 17), art. 2.
- (5) Corte cost. sent. 9 novembre 2018, n. 196, § 3.1 del considerato in diritto. Inoltre la Corte ha ritenuto «evidente l'illegittimità dell'iniziativa del legislatore ligure che ha disposto una spesa priva di copertura normativa, e quindi lesiva dell'art. 81, quarto comma, Cost., in quanto relativa a una voce, quella che concerne l'indennità dei vice-dirigenti regionali, connessa all'istituzione di un ruolo del personale regionale, avvenuta senza il necessario fondamento nella contrattazione collettiva e in violazione della competenza statale esclusiva in materia di 'ordinamento civile'. A commento della sentenza citata si vedano, tra le altre, le osservazioni di C. FORTE, M. PIERONI, *Prime osservazioni alla sentenza n. 196 del 2018 della Corte costituzionale, in Federalismi.it*, 12/2019.
- (6) Corte cost. sent. 22 novembre 2018, n. 209, § 4 del ritenuto in fatto.
- (7) Corte cost. sent. 23 dicembre 2005, n. 455.
- (8) Corte cost. n. 209 del 2018 § 3 del ritenuto in fatto.
- (9) *Ivi*, § 11.1 del considerato in diritto.
- (10) Corte cost. sent. 5 dicembre 2018, n. 221, § 4.3 del considerato in diritto.
- (11) *Ivi*, § 4.6 del considerato in diritto.
- (12) Per un commento alla decisione si vedano, tra le altre, le osservazioni di A. LUCARELLI, *Il nodo delle concessioni demaniali marittime tra non attuazione della Bolkestein, regola della concorrenza ed insorgere della nuova categoria "giuridica" dei beni comuni (Nota a C. cost., sentenza n. 1/2019), in Diritti Fondamentali*, 1/2019.
- (13) L. reg. Liguria 10 novembre 2017, n. 26 (B.U.R. Liguria 15 novembre 2017, n. 16), art. 2, co. 1.
- (14) *Ivi*, art. 2.
- (15) *Ivi*, art. 4, co. 1. Si rileva che secondo la Consulta, nonostante la normativa regionale sia stata approvata al fine di tutelare meglio «l'affidamento e la certezza del diritto degli operatori locali», non può escludersi «il *vulnus* arrecato dalla disposizione in esame alla competenza esclusiva dello Stato, in materia di tutela della concorrenza» (Corte cost. sent. 9 gennaio 2019, n. 1, § 4.1.1 del considerato in diritto).
- (16) Corte cost. sent. 13 marzo 2019, n. 44, punto 6 del dispositivo.
- (17) L. reg. Liguria 11 marzo 2014, n. 4 (B.U.R. Liguria 19 marzo 2014, n. 3), art. 2, co. 3-bis.
- (18) Corte cost. sent. n. 44 del 2019, § 11.1 del considerato in diritto.

Si rileva che al § 11.3 del considerato in diritto la Corte costituzionale ha affermato che la materia della caccia «rientra nella potestà legislativa residuale delle Regioni, [le quali sono] tenute nondimeno a rispettare i criteri fissati dalla legge n. 157 del 1992 a salvaguardia dell'ambiente e dell'ecosistema».

(19) Precedentemente alla sentenza in commento, la Consulta (con la sentenza n. 156 del 2019) a seguito «[del]l'intervenuta rinuncia al ricorso in via principale» da parte dello Stato, ha dichiarato, «ai sensi dell'art. 23 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, l'estinzione del processo» (Corte cost. ord. 21 giugno 2019, n. 156). Il ricorso proposto dallo Stato aveva ad oggetto l'art. 23 della l. reg. Liguria 7 agosto 2018, n. 15; tale disposizione anziché indicare aeree o siti non idonei all'installazione di impianti eolici avrebbe introdotto «un divieto arbitrario, generalizzato e indiscriminato di localizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili» (ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri 9 ottobre 2018, n. 70, G.U. 1^a Serie Speciale - Corte Cost., 21 novembre 2018, n. 46).

(20) Ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri 20 novembre 2018, n. 77 (G.U. 1^a Serie Speciale - Corte Cost., 19 dicembre 2018, n. 50). Il ricorrente riteneva che il legislatore regionale avesse operato «una illegittima depenalizzazione di divieti statali», avesse realizzato «un meccanismo condonatorio» e, nel riformulare una sanzione amministrativa pecuniaria (prevista dall'art. 10 della l. reg. Liguria 25 gennaio 1984, n. 7) in euro, «non [avesse] menzionato la sanzione della revoca dell'autorizzazione a svolgere l'attività».

(21) Corte cost. sent. 15 novembre 2019, n. 236, § 2.4 del considerato in diritto.

(22) *Ivi*, la Corte costituzionale ha dichiarato infondate le questioni relative all'art. 9, perché «la nuova formulazione dell'art. 9 non è idonea a costituire un meccanismo condonatorio degli effetti penali [restando] questi, [...] disciplinati, per effetto del citato art. 46, dalla legge statale», con la conseguenza che la disposizione regionale, «lasciando impregiudicata la sanzionabilità penale delle condotte e consentendo un'ulteriore attività di controllo sulle nuove comunicazioni, non riduce *in peius* il livello di tutela della fauna selvatica stabilito [...] dalla legislazione statale» (§ 3.1 del considerato in diritto), e all'art. 10 poiché «[l]a legge reg. Liguria n. 17 del 2018 si è [...] limitata a introdurre delle modifiche alla previgente legge reg. Liguria n. 7 del 1984, con la conseguenza che [...] resta ancora pienamente efficace la prescrizione di cui al citato art. 46 della legge reg. Liguria n. 29 del 1992 [...]»; ne discende quindi che la revoca dell'autorizzazione del tassidermista in caso di mancata segnalazione è tuttora disciplinata dal rinvio implicito all'art. 6, comma 3, della legge n. 157 del 1992» (§ 4.1 del considerato in diritto).

(23) A causa dell'emergenza Covid-19 la Corte costituzionale (con proprio comunicato del 9 marzo 2020) ha rinviato a nuovo ruolo le udienze pubbliche fissate nel mese di marzo.

(24) Ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri 8 marzo 2019, n. 41 (G.U. 1^a Serie Speciale - Corte Cost., 29 maggio 2019, n. 22). Nello specifico l'art. 2, co. 1, della l. reg. Liguria 27 dicembre 2018, n. 29, violerebbe gli artt. 51, co. 1, 97, co. 4, e 117, co. 2, lett. l), Cost. in relazione all'art. 70 del d.lgs. n. 165 del 2001 e all'art. 6 del d.P.R. n. 487 del 1994; l'art. 2, cc. 2, 9, 10 e 11 violerebbe gli artt. 2, 3, 51, 97 e 117, co. 2, lett. l), Cost. in relazione all'art. 37 del d.lgs. n. 165 del 2001; l'art. 30 violerebbe gli artt. 3 e 117, co. 2, lett. l), Cost.; l'art. 35, cc. 1 e 2, violerebbe l'art. 117, cc. 1 e 2, lett. s), Cost. in relazione al d.P.R. n. 357 del 1997, al d.lgs. n. 230 del 2017 e al Regolamento UE n. 2007/708 e al Regolamento n. 92/43/CEE.

(25) Ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri 20 giugno 2019, n. 74 (G.U. 1^a Serie Speciale - Corte Cost., 21 agosto 2019, n. 34).

(26) Ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri n. 41 del 2019.

(27) Ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri n. 74 del 2019. Il ricorrente ritiene che le disposizioni impugnate, causando «la disapplicazione dei CCNL enti locali sottoscritto in data 21 maggio 2018, si pon[ono] in contrasto con l'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost., che riserva alla competenza statale la materia dell'ordinamento civile, nel cui ambito ricadrebbe la regolamentazione dei rapporti di lavoro di diritto privato (contratti collettivi) nonché implica[no] una disparità di trattamento tra i dipendenti pubblici in violazione del principio di uguaglianza di cui all'articolo 3 Cost., ponendosi altresì in contrasto con i principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'articolo 97 Cost.».

(28) Ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri 20 giugno 2019, n. 76 (G.U. 1^a Serie Speciale - Corte Cost., 29 maggio 2019, n. 22).

(29) Nello specifico gli artt. 7, 8, 22, 23 e 31 della l. reg. Liguria 10 aprile 2019, n. 3, violerebbero gli artt. 97 e 117, co. 2, lett. s), Cost; invece l'art. 10 della medesima legge regionale violerebbe gli artt. 3 e 117, co. 2, lett. s), Cost.

Sezione di diritto tributario

Massimario

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 7 ottobre 2019, n. 363 - Pres. Gatti - Rel. Icardi.

ACCERTAMENTO - natura "sostanziale" - configurabilità - conseguenze.

(Art. 12, c. 2-bis, d.l. n. 78/2009)

Deve condividersi l'interpretazione che riconosce all'art. 12, c. 2-bis, d.l. n. 78/2009, natura "sostanziale" e non "procedimentale", in quanto tale interpretazione assicura il rispetto di una pluralità di principi costituzionali quali la certezza del diritto ed il legittimo affidamento, il principio di ragionevolezza, il diritto di difesa e di capacità contributiva. Pertanto, tale disposizione, entrata in vigore il 30/12/2009, non può esser validamente invocata dall'Ufficio per contestare l'omessa presentazione del quadro RW per l'anno d'imposta 2006, di modo che l'atto impositivo notificato nel 2017 deve esser considerato tardivo per intervenuta decadenza.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 11 novembre 2019, n. 419 - Pres. Gatti - Rel. Lomazzo.

ACCERTAMENTO - "leverage buy out" - contestazione - "abuso del diritto" - valide ragioni economiche - sussistenza - pretesa impositiva - illegittimità.

(Art. 10-bis l. n. 212/2000)

Non può esser considerata "abusiva" l'operazione di "leverage buy-out" che sia sorretta da valide ragioni economiche pur se accompagnata dalla fruizione di un vantaggio fiscale (deduzione degli interessi passivi). La valutazione dell'Ufficio non può infatti spingersi al punto di imporre una forma giuridica diversa da quella messa in atto e riconosciuta legittima dall'art. 2501-bis (nella specie, la CTP ha considerato attendibili le ragioni economiche espresse dalla ricorrente e consistenti nel fatto che la "fusione inversa" aveva comportato la concentrazione dell'intero capitale della "R. Auto" nelle mani dei componenti della Famiglia R.-M. assicurando loro l'autonoma gestione della società, antecedentemente condivisa con altri soci con cui si erano create divergenze gestionali; operazione che era inoltre finalizzata alla dismissione di immobili ritenuti non determinanti nella gestione dell'attività).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 23 settembre 2019, n. 694 - Pres. Greco - Rel. Morbelli.

ACCERTAMENTO CATASTALE - scuola - categoria - B/5 - appartenenza - natura dell'attività esercitata - scopo di lucro - irrilevanza.

È arbitrario ricondurre un immobile destinato oggettivamente a "scuola", e che pertanto troverebbe la sua naturale collocazione nella categoria B/5, alla categoria D/8, soltanto in ragione della circostanza che l'attività scolastica ivi esercitata è a scopo di lucro. È evidente infatti che, se le caratteristiche oggettive dell'immobile sono quelle che devono orientare la sua inclusione in una categoria catastale, l'Ufficio deve adeguatamente dare conto di tali caratteristiche che giustificerebbero l'inclusione nella categoria D/8 senza limitarsi ad invocare il dato dell'esercizio dell'attività scolastica a pagamento, trattandosi di dato non idoneo a

connotare una caratteristica oggettiva dell'immobile che, come tale, si pone in contrasto con l'art. 6 d.p.r. n. 1142/1949.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 28 maggio 2019, n. 406 - Pres. e Rel. Di Napoli.

CONTENZIOSO TRIBUTARIO - ricorso - contenuto - rinvio "per relationem" ai motivi di altro ricorso - inammissibilità.

È inammissibile, per carenza di motivi, in violazione dell'art. 18, comma 2, lett. e), d.lgs. n. 546/92, il c.d. "ricorso per relationem", ossia quel ricorso che, ai fini della difesa, opera un mero rinvio alle eccezioni presenti in altro ricorso presentato presso la medesima Commissione Tributaria, in quanto ogni ricorso deve essere necessariamente connotato da una propria autonomia ed indipendenza da altri ricorsi eventualmente ad esso connessi o collegati.

Commissione Tributaria Regionale di Liguria, 13 agosto 2019, n. 1002 - Pres. e Rel. Fanucci.

ICI - Art. 7 D.lvo 1992, n. 504 - immobili destinati a funzionari parrocchiali ed abitazione del parroco - esenzione - spetta.

Deve ritenersi esente ICI l'immobile destinato ad abitazione del Parroco, addetto a vario titolo al servizio dell'edificio di culto principale nell'ambito della struttura territoriale individuata con riferimento alla disciplina del diritto canonico. Ma anche con riferimento alle altre unità immobiliari non si ritiene che esse possano essere assoggettate ad ICI. Infatti difetta nella specie qualsiasi elemento di prova circa la configurabilità di attività svolta al loro interno con caratteristiche commerciali o comunque con fini di lucro. Anzi, da parte del contribuente è stata offerta documentazione attestante l'assenza di qualunque fine di lucro per essere i locali destinati all'esercizio di attività assistenziale, educativa, ricreativa e socio-culturale nell'ambito di finalità religiose e pastorali nel complesso delle forme e delle iniziative che i soggetti preposti alla parrocchia possono legittimamente assumere in ottemperanza alle direttive delle gerarchie ecclesiastiche ed in ossequio ai principi ed ai valori fondanti della religione professata. La legge ha infatti assicurato il beneficio dell'esenzione fiscale non riduttivamente agli edifici in cui vengono celebrati i riti religiosi, ma a tutti gli immobili nei quali vengono esplicate le attività anche indirettamente rivolte all'affermazione dei principi su cui si fonda la religione stessa.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 3 maggio 2019, n. 308 - Pres. e Rel. Delucchi.

IMPOSTA DI REGISTRO - negoziazione di crediti - rilevanza di fini IVA - sussistenza - principio di alternatività - applicazione.

(Art. 40, d.p.r. n. 633/72)

IMPOSTA DI REGISTRO - enunciazione - identità delle parti intervenute nell'atto enunciante ed in quello enunciato - necessità.

(Art. 22, d.p.r. n. 633/72)

La negoziazione di crediti è operazione soggetta ad IVA ai sensi dell'art. 3, comma 2, n° 3, d.p.r. n. 633/72. Conseguentemente, Trattandosi di operazione rientrante nel campo IVA (seppure da qualificarsi esente ai sensi del successivo art. 10, comma 1, d.p.r. n. 633/72) deve ritenersi applicabile il principio di alternatività di quel tributo rispetto all'imposta di registro stabilito dall'art. 40 del d.p.r. 131/86 per il quale le somme liquidate dall'autorità giudiziaria non sono soggette ad imposta proporzionale nella misura del 3% ma ad imposta fissa per la parte in cui dispongono il pagamento di corrispettivi e prestazioni già soggetti ad IVA.

In base all'art. 22, primo comma, TUR se in un atto sono enunciate disposizioni contenute in atti scritti o contratti verbali non registrati, posti in essere fra le stesse parti intervenute nell'atto che contiene la enunciazione, l'imposta si applica anche alle disposizioni enunciate. Trattasi di una disposizione in chiave anti evasiva/elusiva che consente l'applicazione dell'imposta in tutti i casi in cui il contribuente abbia omesso una registrazione (obbligatoria o meno) e successivamente abbia fatto valere (mediante enunciazione) le disposizioni contrattuali in altro atto registrato. Per poter applicare l'imposta, peraltro, occorre che via identità tra le parti dell'atto che si intende registrare e di quello enunciato: circostanza non riscontrabile in un caso come quello di specie in cui il decreto ingiuntivo assoggettato a registrazione è stato ottenuto da un soggetto nei confronti del debitore ceduto, laddove le parti del contratto di cessione enunciato sono risultate diverse.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 2 maggio 2019, n. 306 - Pres. Graziano - Rel. Podestà.

IMPOSTA DI REGISTRO - enunciazione - ricognizione di debito - "titolata" o "pura" - imposizione proporzionale al 3% od all'1% - distinzione.

(Art. 22, d.p.r. n. 633/72)

Ai fini dell'applicazione dell'imposta di registro in base all'art. 22, TUR, se in un decreto ingiuntivo di condanna è enunciato un atto ricognitivo di debito occorre distinguere: l'aliquota d'imposta da applicarsi alla "ricognizione di debito" è il 3% (ex art. 9 della tariffa parte prima allegata al DPR 131/1986) nel caso di ricognizione "pura", cioè quando nell'atto enunciato non è stato indicato "l'atto fonte dell'obbligazione sottostante"; si deve applicare, invece, l'aliquota dell'1% (ex art. 3 parte prima della tariffa allegata al DPR 131/1986, relativa agli atti dichiarativi, quando la "ricognizione di debito" è "titolata", ossia "quando dall'atto risulta... il rapporto fondamentale" (nella specie, la CTP ha riconosciuto la sussistenza di una ricognizione "titolata" da assoggettare all'aliquota dell'1%).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 24 maggio 2019, n. 392 - Pres. e Rel. Picozzi.

IMPOSTA DI REGISTRO - atto di trasferimento immobiliare - maggior importo preteso - tributo natura complementare e non principale - responsabilità del notaio rogante - non sussiste.

Invero l'imposta di registro liquidata dall'Ufficio a seguito di rilevata insussistenza di agevolazione, applicata invece in sede di registrazione dell'atto di trasferimento di un immobile, va qualificata come imposta complementare e non principale né suppletiva, sulla base dell'art. 42, 1° comma, DPR 26/04/1986, n. 131. Ne discende che, posto che il Notaio ha responsabilità solo in sede d'imposta principale (come si esprime anche l'ordinanza della Cassazione n. 12257 del 17.05.2017), essa non sussiste nella spe-

cie, conformemente alla statuizioni delle due sentenze di questa Commissione, una delle quali confermata dalla CTR con sentenza del 15.03.2018.

Ma anche esaminando attentamente il principio interpretativo fissato dalla circolare in oggetto, la conclusione non cambia. Invero, occorre evidenziare una responsabilità notarile immediata, quale sarebbe rilevabile da un semplice esame dell'atto e non una valutazione tecnico-giuridica che involga particolari e più specifiche cognizioni.

Nella specie la responsabilità notarile potrebbe subentrare solo in caso di errore emergente *ictu oculi* dell'atto, quale l'ipotesi di errore di calcolo o simile. Ma la considerazione sulla distanza dei due immobili (o della loro iscrizione in diversi libri catastali), che a giudizio dell'Ufficio esclude l'elemento oggettivo del vincolo pertinenziale dichiarato in atto, impone un minimo di approfondimento, sia sul punto della effettività della distanza tra gli immobili (posto che essi potrebbero essere non molto distanti pur posizionati o in quartieri o comuni o libri catastali differenti) o in relazione alle caratteristiche economiche del contratto, o dell'attività economica dell'acquirente, oppure della sua ragione sociale.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 15 luglio 2019, n. 584 - Pres. e Rel. Picozzi.

IMPOSTA DI REGISTRO - sentenza - accertamento - saldo conto corrente - applicabilità.

(Art. 8, c. 1, lett. c), Tariffa - 1%)

È corretta l'applicazione dell'imposta di registro in misura proporzionale (1%) ai sensi dell'art. 8, 1° comma, lett. c), tariffa (parte I) allegata al d.p.r. n. 131/1986, alla sentenza del Tribunale che, avendo ritenuto la parziale nullità delle clausole contenute in una linea di credito ed in un contratto di conto corrente (per variazione dell'interesse senza pattuizione scritta e per superamento del tasso soglia), ha ricalcolato il saldo del conto corrente: trattasi infatti di sentenza di accertamento di un diritto di natura patrimoniale, senza annullamento di atto né restituzione di denaro né risoluzione di un contratto.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 18 luglio 2019, n. 884 - Pres. Delucchi - Rel. Assandri.

IMPOSTA DI REGISTRO - imposta di bollo - atti e accordi volti a modificare le condizioni contenute in sede di divorzio - esenzione - sussistenza.

(Art. 19, L. n. 74/1987)

L'esenzione dal pagamento dell'imposta di bollo, di registro e di ogni altra tassa, prevista dall'art. 19, L. n. 74/1987, non opera quando si tratta di atti ed accordi che non siano finalizzati allo scioglimento della comunione tra coniugi conseguente alla separazione, ma siano soltanto occasionalmente generati dalla separazione. Tale esenzione opera quindi in relazione alla disposizione patrimoniale a favore dei figli che trovi il proprio presupposto nella volontà di modificare le precedenti condizioni convenute in sede di divorzio sostituendo il rapporto obbligatorio in essere con rapporti reali. A tal fine, contrariamente a quanto preteso dall'Ufficio, è irrilevante l'esplicitazione che l'accordo patrimoniale costituisce elemento funzionale ed indispensabile ai fini della risoluzione della crisi coniugale, trattandosi di requisito non contenuto in alcuna norma al fine della fruizione del beneficio fiscale.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 13 agosto 2019, n. 989 - Pres. e Rel. Fannuzzi.

IMPOSTA DI REGISTRO - compravendita immobiliare - maggior valore - desunto esclusivamente da quotazioni omi - illegittimità - loro valore meramente presuntivo - cessione al "grezzo" - rilevanza - mancanza di sopralluogo - fattispecie.

Le quotazioni OMI rappresentano solo il punto di partenza per l'individuazione del valore venale di un immobile, poiché un accertamento fiscale non può basarsi solo su di esse.

Sul punto, infatti, la giurisprudenza ha più volte sostenuto l'illegittimità di un accertamento del maggior valore di un immobile determinato solo sulle quotazioni Omi, laddove queste non vengano integrate anche con ulteriori elementi, da recuperare eventualmente anche mediante lo svolgimento dell'istruttoria procedimentale.

Al fine di operare una corretta valutazione, l'Ufficio può anche procedere all'accesso presso l'immobile oggetto di accertamento, al fine di reperire ulteriori informazioni non rilevabili per tabulas.

Il calcolo deve basarsi anche su altri elementi, come il valore del finanziamento richiesto al fine di poter acquistare il bene, od i prezzi effettivamente praticati che possono emergere da contratti preliminari, da compravendite fra privati per la stessa zona e nello stesso periodo temporale, da accertamenti effettuati con la ricostruzione dei ricavi in base all'osservazione diretta dei costi sostenuti per la costruzione, dalle ristrutturazioni desunte dai dati relativi ai permessi di costruire e alle DIA (denunce di inizio attività) trasmesse dai Comuni e alle detrazioni dichiarate per spese di recupero patrimoni edilizi.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 19 settembre 2019, n. 1077 - Pres. Celle - Rel. D'Avanzo.

IMPOSTA DI REGISTRO - cessione totalitaria quote - imposta fissa.

La cessione totalitaria di quote societarie non può essere qualificata come cessione di azienda ai fini dell'imposta di registro in quanto non produce gli stessi effetti né giuridici né economici riscontrabili nella vendita: pertanto, non essendo negozi equivalenti, non sono tassabili con le medesime imposte e quindi l'atto di cessione totalitaria delle quote deve essere sottoposto ad imposta di registro in forma fissa.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 27 settembre 2019, n. 734/2/19 - Pres. e Rel. Graziano.

IMPOSTA DI REGISTRO - cessione del credito - decreto ingiuntivo - cessionario - alternative IVA e registro - applicabilità - esclusione.

IMPOSTA DI REGISTRO - enunciazione - atto principale - atto enunciato - identità delle parti - necessità - caso di specie - decreto ingiuntivo - contratto di finanziamento - cessione del credito.

IMPOSTA DI REGISTRO - motivazione - contenuto - sufficienza.

Conformemente alla giurisprudenza della Suprema Corte, in conseguenza della cessione del credito possono distinguersi due distinti rapporti: l'uno, tra il cedente ed il ceduto, e, l'altro, tra quest'ultimo ed il cessionario. Al riguardo, in caso di cessione del credito, l'obbligazione nascente dalla sentenza di condanna, non attiene al credito tra la cedente ed il ceduto, sottoposto ad IVA, ma è relativa al diverso ed autonomo rapporto tra il debitore ceduto e la società cessionaria, con la conclusione che tale prestazione, che non è soggetta, neppure teoricamente (perché di fatto esentata), all'imposta sul valore aggiunto va, in conclusione, sottoposta ad imposta di registro, con aliquota proporzionale. Pertanto, nel caso in cui la cessionario di un

credito abbia ottenuto un decreto ingiuntivo nei confronti del debitore ceduto e l'Ufficio pretenda il pagamento del registro in relazione a tale decreto ingiuntivo, non è configurabile alcuna violazione del principio di alternatività tra imposta di registro ed iva, fissato dagli artt. 40 e 8, lett. b - nota Il della tariffa parte prima del t.u. n. 131/1986 la cui applicazione, in base alla giurisprudenza di legittimità sopracitata, sembra doversi limitare al caso in cui venga in considerazione il medesimo rapporto contrattuale.

In base all'art. 22, comma 1, TUR, per la tassazione dell'atto enunciato è necessario che le parti siano le medesime dell'atto che contiene l'enunciazione. Tale coincidenza non sussiste in un caso come quello di specie in cui, in relazione al decreto ingiuntivo ottenuto dal cessionario di un credito derivante da un rapporto di finanziamento tra il cedente ed il debitore ceduto è stato tassato anche il contratto di finanziamento enunciato nel medesimo decreto ingiuntivo.

Deve ritenersi legittima, in base alla previsione normativa di cui all'art. 54, 5° comma, TUR, la motivazione dell'avviso di liquidazione che indichi gli estremi identificativi del decreto ingiuntivo al quale si riferisce l'imposizione, l'indicazione delle parti del giudizio concluso con il decreto, le disposizioni normative applicate e le somme richieste in pagamento. La motivazione appare legittima anche in considerazione del fatto che la società ricorrente era parte nella causa conclusasi con il decreto oggetto di tassazione e che ha sviluppato nel proprio ricorso e nella successiva memoria ampi motivi per contestare la legittimità della pretesa impositiva.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 1 ottobre 2019, n. 736 - Pres. e Rel. Pellegrini.

IMPOSTA DI REGISTRO - abitazione - box - vincolo di pertinenzialità - condizioni.

(Art. 817 c.c.)

Per costituire un vincolo di pertinenzialità tra un box ed un immobile occorre, ex art. 817 c.c., sia il requisito "soggettivo" (consistente nella volontà di destinare l'autorimessa a pertinenza di un altro immobile di cui si è proprietari o sul quale si vanta un diritto reale) sia il requisito "oggettivo", che consiste nella tangibile circostanza di poterlo destinare in modo durevole al servizio del bene nei cui confronti si pone come accessorio. In particolare, al fine della costituzione del vincolo di pertinenzialità non rilevano, in alcun modo, le utilità, le esigenze personali di colui che dichiara il vincolo ma rileva solo la concreta ed oggettiva natura di "utilitas" per il bene principale e non, semplicemente, per il suo proprietario. A tal fine, indicatori fondamentali per poter considerare un box pertinenziale sono la sua posizione nel medesimo complesso immobiliare del bene principale, o al massimo nelle immediate vicinanze; nel palazzo vicino, in quello di fronte, o comunque, in prossimità, in un luogo poco distante. In assenza di un concreto ed oggettivo collegamento con il bene principale, la "scelta pertinenziale" non può avere valenza tributaria, perché avrebbe come unico scopo quello di attenuare il prelievo fiscale, eludendo il precetto che impone la tassazione in ragione della reale natura del cespite (fattispecie in tema di imposta di registro, in relazione alla quale è stata esclusa la natura pertinenziale di un box in conseguenza del fatto che esso distava dall'abitazione 1,760 km con un tempo di percorrenza a piedi di 20 minuti).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 8 febbraio 2019, n. 62 - Pres. Delucchi - Rel. Morbelli.

IMPOSTA SUI REDDITI - impianti solari - detrazione - applicabilità - condizione.

(Art. 1, c. 346, l. n. 296/2006)

L'art. 1, c. 346, l. n. 296/2006, consente una detrazione dall'imposta sul reddito per gli impianti solari, circoscrivendola, però, ai soli impianti termici per la produzione di acqua calda. Tale disposizione conferma, a contrario, la non spettanza della detrazione relativamente agli impianti fotovoltaici. In relazione a questi ultimi può infatti esser riconosciuta una detrazione solo nel caso in cui la cessione di energia elettrica prodotta dall'impianto non costituisca attività commerciale.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 6 marzo 2019, n. 68 - Pres. Zerilli - Rel. Icardi.

IMPOSTA SUI REDDITI - società in accomandita semplice - fallimento - socio accomandante - reddito di partecipazione - imputabilità - esclusione.

In tema di Irpef e con riguardo ai redditi prodotti in forma associata, il fallimento (conseguente ad un'attività esercitata in proprio dal medesimo) del socio accomandante di una società in accomandita semplice produce l'effetto dell'esclusione di diritto del socio stesso dalla società, con conseguente venir meno dell'imputazione automatica del reddito sociale ex art. 5 TUIR. Tale conclusione deriva dalla mancanza, per le società in accomandita semplice, di una norma specifica di deroga alla disciplina dettata dall'art. 2288 c.c. (il quale prevede il prodursi di detto effetto per i soci, dichiarati falliti, delle società semplici ed è applicabile alle società in accomandita semplice in base ai richiami contenuti negli artt. 2293 e 2315 c.c.), dalla assimilazione dello "status" di socio accomandante a quello di socio di società semplice, dall'applicabilità al socio di società in accomandita semplice dell'istituto dell'esclusione di cui all'art. 2287 c.c., nonché, infine, dalla "equiparazione" delle società di persone effettuata, ai fini fiscali, dalla suddetta normativa in tema di redditi prodotti in forma associata.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 1 aprile 2019, n. 97 - Pres. Zerilli - Rel. Brillo.

IMPOSTA SUI REDDITI - fondo integrativo INPS - regime agevolato - applicazione - esclusione.

(Art. 11, c. 6, D.lgs. n. 252/2005)

Il trattamento di favore previsto dall'art. 11, c. 6, D.lgs. n. 252/2005 non può essere esteso anche al trattamento pensionistico erogato dal fondo integrativo INPS soppresso a decorrere dal 1/10/1999. Ed infatti, la fruizione di tale regime agevolato è stata, dapprima, subordinata, dall'art. 23, c. 6, d.lgs. n. 252/2005, all'adozione del decreto attuativo di cui all'art. 1, c. 2, lett. p), l. n. 243/2004, e, successivamente, posticipata dall'art. 1, c. 156, L. n. 205/2017, al 1° gennaio 2018. Lo stesso art. 1, c. 156 cit., ha previsto che per i dipendenti delle Amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 165/2001, continuano ad applicarsi le disposizioni previgenti relativamente ai montanti delle prestazioni accumulate fino al 1° gennaio 2018, escludendo quindi quei montanti che, come nella specie, sono invece maturati al 30/09/1999.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 24 maggio 2019, n. 151 - Pres. Landolfi - Rel. Brillo.

IMPOSTA SUI REDDITI - associazione sportiva dilettantistica - regime agevolato - vita associativa dell'associazione - dimostrazione - necessità - fattispecie.

(Art. 148 TUIR)

Deve esser riconosciuto il regime fiscale agevolato previsto dall'art. 148 e ss. TUIR a quell'ASD che dimostri la sussistenza di una pluralità di associati, l'esistenza di uno scopo "ideale" e l'assenza di uno scopo di lucro.

In particolare, dovendosi verificare il requisito della "democraticità" dell'ente, deve ritenersi legittima la modalità di convocazione dell'assemblea annuale, peraltro prevista dallo Statuto dell'ente, presso la sede dell'Associazione od in un luogo idoneo a garantire la massima partecipazione agli associati, che sia documentata attraverso la produzione di manifesti e volantini, la cui idoneità non può essere disconosciuta dall'Ufficio. Inoltre, in considerazione della semplicità della vita sociale dell'ente, deve ritenersi giustificabile anche la redazione dei verbali del Consiglio direttivo in forma succinta.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 7 ottobre 2019, n. 365 - Pres. Gatti - Rel. Icardi.

IMPOSTA SUI REDDITI - lavoratore marittimo - indennità assicurativa - imponibilità - sussistenza.

L'indennità percepita dal lavoratore marittimo, in forza della disciplina dell'assicurazione contro le malattie della gente di mare, deve essere assoggettata ad Irpef, quale reddito di lavoro dipendente, non essendo rinvenibile nella vigente legislazione l'esenzione a suo tempo prevista dall'abrogata imposta di ricchezza mobile.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 10 luglio 2019, n. 547 - Pres. e Rel. Picozzi.

IMPOSTA SULLE SUCCESSIONI - base imponibile - quote societarie - loro valutazione - scissione deliberata ante apertura della successione ed eseguita dopo - sua irrilevanza di detrazione base imponibile - fattispecie.

Se si volesse ricomprendere fra "i mutamenti intervenuti" anche gli atti post mortem (a parte l'utilizzabilità di differenti bilanci societari, che non rileva nella specie) si porrebbe all'illogica conclusione che il valore del cespite ereditato dipenderebbe in sostanza dalla manovra contabile operata successivamente dall'avente causa, seppure conforme alla volontà del testatore.

Al contrario, il principio da applicare è che la valutazione del dato fiscale corrisponda il più possibile a quello contabile dell'azienda e che esso risulti vincolante e certo per entrambi le parti del rapporto tributario. Pertanto, il valore netto dell'asse, alla luce del basilare principio dell'art. 8 D.L. n. 346/90, va valutato alla data dell'apertura della successione ed è costituito dalla differenza fra beni e diritti che compongono l'attivo, determinato ex artt. da 14 a 19, e le passività deducibili e gli oneri diversi da quelli indicati nell'art. 46, comma 3°.

Perciò, la scissione definitiva delle quote contenute nell'HL, seppure conforme alle indicazioni del testatore, risulta successiva alla sua morte e quindi estranea al calcolo delle attività della società alberghiera de qua.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 30 luglio 2019, n. 935 - Pres. Cardino - Rel. Alba.

IMPOSTA SUCCESSIONI E DONAZIONI - trust - presupposto imposta - regime.

La costituzione di un vincolo di destinazione su beni (nel caso di specie attraverso l'istituzione di un trust), costituisce, anche quando non sia individuabile uno specifico beneficiario, autonomo presupposto impositivo (in forza dell'art. 2, comma 4 7, L. 286/2006) che assoggetta tali atti, in mancanza di disposizioni di segno contrario, ad un onere fiscale parametrato sui criteri di cui alla imposta sulle successioni e donazioni.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 28 maggio 2019, n. 166 - Pres. Zerilli e Rel. Brillo.

IMPOSTE IPOTECARIE E CATASTALI - trust - modifica del trustee - imposte in misura proporzionale - applicabilità - esclusione - misura fissa - applicazione.

L'atto di modifica di un trust, con il quale è nominato un nuovo Trustee per sostituzione di quello precedente, non determina un passaggio di proprietà dei beni immobili o dei relativi diritti reali conferiti nel trust. Pertanto, non producendo un effetto traslativo definitivo, le imposte ipotecarie e catastali devono essere applicate in "misura fissa". Al contrario, ai fini dell'applicazione delle imposte ipotecarie e catastali e di bollo in misura proporzionale occorre far riferimento all'effettivo accrescimento patrimoniale dei beneficiari al termine del trust, ossia al momento dell'attribuzione dei beni ai beneficiari, perché è in quel momento che il trasferimento dei beni medesimi, indice della capacità contributiva, avviene effettivamente e definitivamente.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 12 marzo 2019, n. 174 - Pres. Pellegrini - Rel. Simonazzi.

IMU - parrocchia - appartamenti a/3 destinati ad abitazione sacerdoti - esenzione - spetta - obbligo di dichiarazione - sussiste - sanzione - applicabilità.

(Art. 7 comma 1 lett i) D.lvo 504/92)

La Parrocchia invoca l'applicazione dell'art. 7 comma 1 lett. i D.Lgs. 504/92 che stabilisce l'esenzione dall'imposta per gli immobili utilizzati dai soggetti di cui all'art. 87 comma 1 lett. c del TUIR... "destinati esclusivamente allo svolgimento di attività assistenziali, previdenziali, sanitarie, didattiche, ricettive culturali, ricreative o sportive nonché delle attività di cui all'art. 16 lett. a - legge 222/85".

L'esenzione relativa al periodo in cui ricorrano le condizioni previste spetta in presenza di un requisito soggettivo ossia la natura di ente senza fine di lucro del soggetto utilizzatore dell'immobile ed oggettivo ovvero l'esclusivo svolgimento nei locali delle attività previste dalla legge - CTP GENOVA n. 1254/2015.

L'onere di provare le condizioni che giustificano il riconoscimento dell'esenzione, come da consolidata giurisprudenza - Cassazione n. 7908/2005 e 20776/2005 - grava su chi ritiene di averne diritto.

In questo caso è pacifico che i due immobili siano stati occupati effettivamente da due sacerdoti e che successivamente siano stati trasferiti, è innegabile pertanto l'attualità e la effettività della destinazione a scopi religiosi e che sia irrilevante la mancata occupazione degli immobili per un periodo ai fini dell'esenzione IMU.

Infatti la norma - Art. 7 comma 1 lett. i - non richiede che gli immobili siano utilizzati esclusivamente allo svolgimento delle attività esenti come quella religiosa, ma stabilisce che a tali finalità i beni siano destinati esclusivamente, riferendosi al termine "utilizzato" non all'attività esclusa dalla tassazione, ma - come stabilito dalla normativa - ai soggetti Enti che li possiedono.

In definitiva la Commissione ritiene che il ricorso meriti il parziale accoglimento sulla base degli elementi sopra esposti e presi in considerazione ossia accoglie il ricorso eccetto che per la parte sanzione per omessa dichiarazione IMU determinata nel valore minimo di euro 50,00.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 24 maggio 2019, n. 381 - Pres. e Rel. Picozzi.

IMU - area demaniale - classificazione catastale - cat. d/8 - tributo - è dovuto - fattispecie.

La legislazione portuale, a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 84/1994, ha aperto l'utilizzazione delle aree portuali e marit-

time ai privati concessionari delle strutture demaniali mediante rilascio di apposite autorizzazioni allo svolgimento dell'attività economica privata in area portuale al fine di favorirne la libera concorrenza. In tale modo i concessionari, qual è la ricorrente, esercitano un'attività economica privata autorizzata e non un servizio pubblico, con la conseguenza che essi sono tenuti al versamento dell'IMU per le aree portuali da loro utilizzate ai detti fini, siano esse aperte o coperte. Di modo che, anche in presenza di concessione, questa riguarda gli spazi demaniali, ma non le funzioni economiche ivi esercitate, che restano di esclusiva utilità privata, seppur soggette ad autorizzazione.

Pertanto, si è stabilita, anche in area portuale, l'applicazione del regime IMU e la classificazione degli immobili e delle aree portuali, funzionali alle attività economiche delle aziende operanti nel settore, che l'Ufficio del Territorio dell'Agenzia delle Entrate genovese ha fissato, per il caso in questione, in classe D/8.

Mentre la classe E/1, rivendicata dalla ricorrente, concerne immobili a destinazioni particolari, sostanzialmente destinati a funzioni pubbliche, per le quali si giustifica appunto l'esenzione tributaria, che però non può ravvedersi per il caso in discorso. Infatti, le stesse determinazioni ministeriali (e particolarmente la circolare del 2007 dell'Agenzia del Territorio e la risoluzione 10.08.2009 del M.E.F.) richiamano sostanzialmente quale discriminante per l'esonerazione dell'assoggettabilità all'IMU dell'area il carattere di servizio pubblico della stessa.

La detta conclusione risulta del resto autorevolmente assunta dalla Corte di Cassazione con le sentenze n. 1031, 1032 e 20259 del 2017 (depositate dal Comune), che, proprio decidendo su identici ricorsi, relativi all'ICI per il Comune di Genova per gli anni 2005, 2006 e 2007, riaffermando la precedente giurisprudenza di legittimità, ha riconosciuto la natura privata delle concessionarie dei beni demaniali portuali, escludendo che essi possano essere ricondotti alla categoria E, in quanto immobili destinati a produrre un reddito proprio ed estendendo la debenza dell'imposta anche alle aree scoperte funzionali a quelle coperte e potenzialmente produttive di reddito.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 19 agosto 2019, n. 616 - Pres. Picozzi - Rel. Gibelli.

IMU - determinazione in base a criteri omi - criterio presuntivo - mancata indicazione di elementi di contestazione - critica generica - accertamento - legittimità.

(Art. 5 comma 5 d.lvo 1992, n. 504)

Tutte le contestazioni concernono il fatto che il Comune sia pervenuto alla stima di valore venale dell'area, effettivo parametro di corretto riferimento ex art. 5, comma 5 del d.lgs 504/92, unicamente a mezzo dei parametri OMI di riferimento, senza procedere ad una effettiva valutazione tecnica del bene. Da quanto sopra i ricorrenti fanno discendere tanto il difetto di motivazione dell'atto, quanto la violazione di legge.

La commissione condivide il carattere non vincolante dei parametri OMI tuttavia deve rilevare che il ricorso non contiene, nel merito, alcuna proposta di valutazione alternativa, nemmeno come mera asserzione, tale da inficiare quella dell'Ente territoriale.

Pur nel loro carattere non vincolante i parametri OMI, assunti nel loro valore medio, contengono un mero indizio di rispondenza dell'area in valutazione al parametro, mentre nel loro valore minimo, considerato che sono formati da numerosi risconti quantitativi (precisione e concordanza), assumendo la presunzione anche carattere di "gravità" in rapporto al margine "minimo" considerato, raggiungono il livello di prove presuntive semplici del correlato valore.

Naturalmente la presunzione è vincibile da prova contraria. L'argomento presuntivo soddisfa l'obbligo motivazionale, mentre il sostegno di una presunzione semplice è sufficiente a validare la pretesa tributaria, se non contrastata da prove in contrario, prove che, come visto, non ci sono.

La mera critica del metodo adottato dal Comune, senza deduzione di merito contraria, in presenza di accertamento regolato sul minimo OMI, non perviene allo sperato effetto dell'annullamento.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 8 aprile 2019, n. 256 - Pres. e Rel. De Lucchi.

IRPERF - principio di inerenza - attività di intermediazione immobiliare - acquisizione di un marchio in campo automobilistico con rinuncia ad un credito inesigibile - deducibilità - inerenza - concetto.

(Art. 109 t.u.)

Ritiene la Commissione che al concetto di inerenza debba essere attribuito un significato dinamico senza restringerne il contenuto in formule astratte, evolvendolo in aderenza alle esigenze del modo imprenditoriale. Lo stesso legislatore tributario dimostra di aver accolto una nozione di inerenza sufficientemente generica tanto da poter essere estesa a tutte le spese che l'imprenditore, nella sua discrezionalità, ritenga utili ai fini della ottimizzazione dei risultati di quest'ultima (v. il quinto comma dell'art. 109 TUIR "le spese...sono deducibili se e nella misura in cui si riferiscono ad attività o beni da cui derivano ricavi o altri proventi..."). Non pare quindi che vi sia motivo alcuno per non considerare deducibili dal reddito d'impresa anche quei costi riferiti ad attività o beni da cui, in proiezione futura, deriverebbero o potrebbero derivare componenti positivi rilevanti ai fini impositivi.

Del resto nell'oggetto sociale sono normalmente ricomprese quelle attività strumentali le quali, pur non specificamente ricomprese nelle attività economiche statutarie, siano svolte in vista del perseguimento dello scopo dell'ente in conformità all'interesse della società (come del resto risulta dall'esame dello statuto della ricorrente per il quale "la società potrà compiere tutte le operazioni commerciali, industriali, finanziarie, mobiliari e immobiliari necessarie e/o utili per il conseguimento dell'oggetto sociale").

Fatte queste premesse va rilevata la particolarità della presente fattispecie. Non contestato che il rilevante credito che la ricorrente vantava verso un terzo era divenuto inesigibile e costituiva una sofferenza per la creditrice, l'intera operazione, apparentemente slegata dal link costi/attività di impresa, acquistava un preciso significato in termini di utilità aziendale. Invece della inevitabile contabilizzazione tra le perdite la società, tramite l'acquisizione dei marchi, otteneva beni da commercializzare in futuro (posto che, come risulta dall'esame degli atti, il management aziendale non aveva inteso sfruttarli per produrre ricavi ma per rivenderli; e l'inerenza non richiede che l'acquisto di un bene sia correlato ad operazioni attive conseguenti al bene acquisito; cfr. Cass. 12 maggio 2008, n. 11765).

L'acquisto dei marchi può ritenersi inerente poiché sussisteva un nesso causale e teleologico con la realizzazione del fine imprenditoriale da intendersi in senso lato ma pur sempre connotato da ragioni di convenienza attraverso una valutazione ex post volta a saggiarne la compatibilità.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 25 giugno 2019, n. 208 - Pres. Zerilli - Rel. Brillo.

IVA - fatture - contenuto - genericità - costi - deduzione - condizioni.

L'art. 21 del d.p.r. n. 633/72 prevede esplicitamente che nelle fatture

debbano essere indicati "natura, qualità e quantità dei beni e servizi oggetto dell'operazione", ovvero l'esatta e precisa identificazione dell'oggetto della prestazione. Pertanto, in caso di fattura genericamente indicante la prestazione è onere del contribuente provare non solo l'inefettibile requisito di inerenza dei costi, ma anche la loro effettiva sussistenza correlata allo specifico ammontare; il tutto attraverso una documentazione di supporto dalla quale sia possibile ricavare anche le ragioni della stessa.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 17 luglio 2019, n. 875 - Pres. Cardino - Rel. Cattaneo.

IVA - credito - rimborso - bilancio finale di liquidazione - mancata indicazione - causa ostativa al rimborso - esclusione.

Il rimborso IVA di una società in liquidazione non è condizionato all'esposizione del credito stesso nel bilancio finale di liquidazione, in quanto l'efficacia probatoria dei libri sociali, derivante dalla normativa pubblicistica attiene a rapporti di debito e di credito inerenti all'esercizio dell'impresa, mentre la contabilità IVA documenta il credito o il debito fiscale, rendendone possibile il controllo all'Amministrazione finanziaria, la quale potrà sempre verificare il rispetto dei requisiti sostanziali di inerenza e di certezza.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 25 luglio 2019, n. 917 - Pres. Venturini - Rel. Alba.

IVA - operazioni intracomunitarie - mancata iscrizione VIES - non imponibilità.

L'iscrizione al VIES costituisce una condizione soltanto formale ai fini del riconoscimento dello status di soggetto passivo IVA nei rapporti transnazionali; la mancata inclusione nella banca dati non osta, di per sé, all'applicazione del regime di non imponibilità IVA nelle operazioni intracomunitarie.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 12 febbraio 2019, n. 97 - Pres. e Rel. Delucchi.

PROCESSO TRIBUTARIO - invito al pagamento - istanza di riesame - risposta - autonoma impugnabilità - condizioni.

PROCESSO TRIBUTARIO - contributo unificato - pagamento mediante valore bollato - ritenuto invalido - pagamento mediante modalità telematiche - ritenuto valido - invito al pagamento - illegittimità.

Nell'ipotesi in cui, a fronte di un invito al pagamento sia presentata un'istanza di riesame, per poter valutare l'autonoma impugnabilità della relativa risposta occorre rifarsi ai principi della giustizia amministrativa secondo cui si versa nell'ipotesi di atto meramente confermativo (insuscettibile di riaprire i termini per una impugnazione) quando l'Amministrazione, a fronte di un'istanza di riesame, si limiti a dichiarare l'esistenza di un suo precedente provvedimento senza compiere alcuna nuova istruttoria e, in particolare, senza una nuova motivazione. Viceversa, laddove l'Amministrazione abbia emesso un nuovo provvedimento che, sulla base di ulteriori elementi e di una nuova motivazione, arrivi alle medesime conclusioni dell'atto confermato, tale nuovo provvedimento, essendo di per sé idoneo a reggere la nuova determinazione amministrativa e pienamente sostitutivo del provvedimento confermato, può essere autonomamente impugnato nei termini suoi propri.

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 Elide allorché il ricorrente aveva provveduto al suo pagamento, nel corretto importo, mediante valore bollato/Lottomatica (nella specie, la CTP 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 facendo constatare al difensore l'irregolarità, con la conseguenza che la mancata tempestiva segnalazione di qualsivoglia errore aveva ingenerato nel ricorrente un affidamento incolpevole sulla correttezza dell'adempimento fiscale).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 3 luglio 2019, n. 841 - Pres. e Rel. Cardino.

PROCESSO TRIBUTARIO - agente della riscossione - costituzione in giudizio - rappresentanza - avvocato del libero foro - rappresentanza - legittimità.

La problematica relativa alla irregolarità della procura alla lite rilasciata da Agenzia delle Entrate-Riscossione a favore di un avvocato del libero Foro deve ritenersi risolta mediante la produzione sia del Regolamento di amministrazione redatto dal Comitato di gestione del 26.3.2018 (che, con la previsione di cui all'art. 4, commi 3 e 4, rappresenta quell'atto organizzativo generale previsto dall'art. 1, comma 8, d.l. 22.10.2016, n. 193, convertito in l. 1.12.2016, n. 225), sia dalla successiva delibera del 17.12.2018 del medesimo Comitato che giustifica, nel caso concreto, la scelta di munirsi del patrocinio di avvocato appartenente al libero Foro.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 8 luglio 2019, n. 533 - Pres. e Rel. Fugacci.

PROCESSO TRIBUTARIO - accertamento - impugnazione - cartella di pagamento - impugnazione - continenza tra i due giudizi - esclusione - sospensione - esclusione.

(Art. 39, c. 2, c.p.c.; art. 39, c. 1-bis, d.lgs. n. 546/92)

Non esiste un rapporto di "continenza" ex art. 39, c. 2, c.p.c., tra il ricorso avverso un avviso di liquidazione ed il successivo ricorso avverso la conseguente iscrizione a ruolo della sanzione irrogata per il mancato tempestivo pagamento delle somme recate dall'avviso di liquidazione. Ed infatti la cartella è impugnabile solo per vizi propri, essendo precluso proporre avverso la stessa vizi di merito relativi all'avviso di accertamento, a loro volta proponibili soltanto nel diverso giudizio promosso per il suo annullamento, sì che sussiste tra le due cause diversità della causa petendi e, per l'effetto, del thema decidendum; tra le due cause difetta inoltre l'identità anche parziale dei fatti costitutivi oggetto di accertamento, in presenza della quale è rinvenibile quel nesso di pregiudizialità logica e giuridica che giustifica, per effetto della continenza, lo spostamento di una causa da un giudice ad un altro in deroga alle ordinarie regole sulla competenza territoriale; irrilevante, infine, è la relazione che lega l'efficacia della cartella, quale atto esecutivo, al permanere in vita dell'avviso di accertamento, in quanto tale rapporto non scalfisce l'autonomia e l'indipendenza dei due giudizi, ma può soltanto portare ad affermare in capo al contribuente il diritto al rimborso di quanto versato, nel caso in cui il giudizio di accertamento porti ad un esito a lui favorevole. Conseguentemente, non può esser disposta la sospensione del processo, ex art. 39, c. 1-bis, d.lgs. n. 546/92, afferente la cartella di pagamento in attesa dell'esito del correlato procedimento avverso l'accertamento.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 31 luglio 2019, n. 953 - Pres. Fanucci - Rel. Serra Caracciolo.

PROCESSO TRIBUTARIO - appello - sottoscrizione - Direttore dell'Agenzia del Territorio - sopravvenuta incorporazione da parte dell'Agenzia delle Entrate - potere di rappresentanza - carenza - conseguenza - inammissibilità.

A seguito della sopravvenuta incorporazione, da parte dell'Agenzia delle Entrate, delle funzioni dell'Agenzia del Territorio, l'atto di appello afferente il giudizio di impugnazione di un atto impositivo originariamente emesso dall'Agenzia del Territorio (Ufficio di Imperia) deve essere sottoscritto dal Direttore dell'Agenzia delle Entrate (Ufficio di Imperia) e non dal Direttore dell'Agenzia del Territorio (Ufficio di Imperia). Conseguentemente, in assenza di una specifica delega alla sottoscrizione dell'atto, l'appello sottoscritto dal Direttore dell'Agenzia del Territorio deve ritenersi inammissibile in quanto sottoscritto da soggetto privo del potere di rappresentanza.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 23 settembre 2019, n. 1093 - Pres. Caputo - Rel. Laurenzana.

PROCESSO TRIBUTARIO - agente della riscossione - costituzione in giudizio - rappresentanza - avvocato del libero foro - legittimità.

Deve esser respinta la doglianza relativa alla illegittima ed irrituale costituzione in giudizio dell'Agente della Riscossione, a mezzo la rappresentanza, assistenza e difesa di un procuratore esterno alla struttura. Tale eccezione non riguarda il giudizio di merito ma attiene solo la Cassazione; Inoltre, occorre rilevare che l'Ente ha la facoltà di avvalersi di avvocati del libero foro secondo i criteri ivi stabiliti dal "Protocollo d'intesa tra Avvocatura dello stato e Agenzia delle Entrate-Riscossione" (22/06/2017) ed al "Regolamento di amministrazione di Agenzia delle Entrate Riscossione" deliberato dal Comitato di gestione (26/03/2018) ed approvato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze (19/05/2018).

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 4 dicembre 2019, n. 1412 - Pres. e Rel. Caputo.

PROCESSO TRIBUTARIO - richiesta di pagamento del maggior CUT - omesso versamento - atto di irrogazione delle sanzioni - notifica - presso un domicilio non più valido - conseguenze - inesistenza.

Per effetto del combinato disposto degli artt. 330 c.p.c. e 17 d.lgs. n. 546/92, nel caso in cui il contribuente, per il secondo grado di giudizio, abbia eletto domicilio presso un difensore diverso da quello nominato per il primo grado, l'atto con cui è irrogata la sanzione per l'omesso pagamento del CUT dovuto per la presentazione del ricorso di primo grado deve esser notificato presso il nuovo domicilio eletto a pena dell'inesistenza della notificazione (nella specie, a fronte di un giudizio di I° grado incardinato nel 2012, nel 2015 era inviato al contribuente, presso il domicilio eletto per il primo grado, un invito al pagamento del maggior contributo unificato. Non essendo avvenuto il pagamento richiesto nei trenta giorni dalla ricezione dell'atto, l'Ufficio di Segreteria della CTP notificava al contribuente, sempre presso il domicilio eletto per il primo grado, atto di irrogazione della sanzione nella misura del 200% del maggior CUT non pagato. Impugnato tale atto irrogativo di sanzioni, la CTR lo annullava, avendo riscontrato l'invalidità della sua notificazione eseguita presso un domicilio non più valido, rimettendo in termini il contribuente per poter eseguire il versamento del maggior contributo unificato dovuto).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 3 luglio 2019, n. 840 - Pres. e Rel. Cardino.

RISCOSSIONE - preavviso di iscrizione di ipoteca - notificazione - pec - legittimità.

IMPOSTE SUI REDDITI - scissione parziale - società scissa - debiti pregressi all'operazione - responsabilità solidale - società partecipanti alla scissione - sussistenza.

La comunicazione di un preavviso di iscrizione ipotecaria ben può essere notificata a mezzo P.E.C., ex artt. 26, 49, comma 2, e 77, comma 2 bis, d.p.r. 29.9.1973 n. 602. In ogni caso la tempestiva proposizione del ricorso sana l'eventuale vizio di notifica della comunicazione, stante il raggiungimento dello scopo, non essendovi in alcun modo spazio per parlare di inesistenza della sua notificazione tramite P.E.C.

In tema di scissione parziale, per i debiti fiscali della società scissa relativi a periodi d'imposta anteriori all'operazione, rispondono, ai sensi dell'art. 173, comma 13, del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, solidalmente ed illimitatamente tutte le società partecipanti alla scissione, come conferma l'art. 15, comma 2, del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, che, con riguardo alle somme da pagarsi in conseguenza delle violazioni fiscali commesse dalla società scissa, prevede la solidarietà illimitata di tutte le beneficiarie, diversamente dalla disciplina della responsabilità relativa alle obbligazioni civili, per la quale, invece, gli artt. 2506 bis, comma 2 e 2506 quater, comma 3, cod. civ., prevedono limiti precisi.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 11 luglio 2019, n. 555 - Pres. Greco - Rel. Grasso.

SANZIONI - infedeltà del professionista incaricato del versamento dei tributi - contribuente - sanzione - denuncia presentata all'autorità giudiziaria - insufficienza - attività di vigilanza sul professionista - necessità.

Ai fini della non debenza delle sanzioni, irrogate per il mancato pagamento dei tributi dipeso da infedeltà del proprio consulente, il contribuente che allegghi la condotta "infedele" del professionista deve fornire la prova, non solo dell'attività di vigilanza e controllo in concreto esercitata sull'operato di questi, ma anche del comportamento fraudolento del professionista, finalizzato a mascherare il proprio inadempimento all'incarico ricevuto, non essendo a tal fine sufficiente che il contribuente si limiti a presentare denuncia dinanzi all'autorità giudiziaria, senza nemmeno allegare come il professionista avrebbe mascherato il proprio comportamento e senza indicare il contenuto della querela presentata; conseguentemente, la mera allegazione di parte ricorrente, che afferma di non aver avuto contezza della mancata presentazione delle dichiarazioni fiscali, non vale ad escluderne la responsabilità, anche per le sanzioni.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 25 febbraio 2019, n. 39 - Pres. Landolfi - Rel. Brillo.

TRIBUTI LOCALI - IMU - coniugi - residenza in Comuni diversi - agevolazione per l'abitazione principale - spettanza - condizioni.

È illegittimo il disconoscimento dell'agevolazione IMU per "l'abitazione principale" da parte di un Comune (in relazione al contribuente che ivi ha la propria residenza anagrafica) nel caso in cui il coniuge del contribuente risieda anagraficamente in un altro Comune ed ivi fruisca del beneficio fiscale. Ed infatti, il Legislatore non detta alcuna limitazione nel caso in cui gli immobili destinati ad abitazione principale siano ubicati in Comuni diversi

del territorio nazionale, qualora il nucleo familiare sia costretto da effettive necessità a fissare temporalmente la residenza anagrafica e la dimora abituale in un altro Comune per esigenze particolari quali, ad es., quelle lavorative, sanitarie, di ricovero assistenziale.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 12 marzo 2019, n. 182 - Pres. e Rel. Delucchi.

TRIBUTI LOCALI - IMU - stabilimenti balneari - concessione - area demaniale - assoggettabilità - esclusione.

In caso di stabilimento balneare che incida su area demaniale, occorre distinguere fra la concessione della mera disponibilità dell'area da quella che comporta la collocazione di opere stabili. Solo in quest'ultimo caso la posizione del concessionario è assimilabile ad un diritto di proprietà con conseguente applicazione dell'ICI e dell'IMU. Inoltre, nel caso in cui sulla spiaggia non insistano manufatti caratterizzati da un utilizzo estraneo al periodo estivo e/o al periodo balneare e/o ai periodi destinati a scopi elioterapici e, quindi, non esistendo una struttura che possa essere assimilabile ad un fabbricato o area fabbricabile, viene a difettare il presupposto di imposta non potendo essere soggetta a tassazione la mera disponibilità dell'area concessa. E va aggiunto che l'assoggettabilità al tributo, per quanto attiene gli stabilimenti balneari, prescinde dal fatto che l'area concessa sia o meno accatastata, dovendo aversi riguardo alle oggettive caratteristiche del bene.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 4 luglio 2019, n. 831 - Pres. Venturini - Rel. Alba.

TRIBUTI LOCALI - IMU - immobile - "bene culturale" - verifica da parte del Ministero - dichiarazione con cui è negata tale natura - effetto retroattivo - sussistenza - conseguenza - agevolazione IMU - decadenza.

L'art. 12 del d.lgs. n. 42/2004 ("Codice dei beni culturali") introduce una presunzione legale di culturalità di tutte le cose di proprietà pubblica o di enti privati non lucrativi e, di conseguenza, sottopone tali cose a tutela facendo tuttavia salva la possibilità della prova contraria, mediante il riscontro effettivo e concreto della sussistenza o meno di tale interesse, da effettuarsi attraverso il procedimento amministrativo di verifica. In particolare, nel caso in cui la verifica dia esito negativo, la sottrazione al regime di tutela è da ritenere che abbia effetto retroattivo, dal momento che la verifica negativa non solo fa cessare l'efficacia della presunzione legale di culturalità, ma costituisce altresì prova della non veridicità di quanto sino a quel momento legalmente presunto, ossia della sussistenza dell'interesse culturale. Conseguentemente, sulla base del sopraggiunto provvedimento del Ministero, il Comune può negare il rimborso dell'IMU precedentemente disposto a favore della società che, avendo ricevuto in concessione dal Comune il diritto di proprietà superficiale su di un immobile, vi abbia eseguito dei lavori di riqualificazione e ristrutturazione determinando la perdita dei requisiti per considerarlo "bene culturale".

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 24 maggio 2019, n. 159 - Pres. Landolfi - Rel. Lomazzo.

TRIBUTI LOCALI - TARSU - specchi d'acqua - assoggettabilità - tariffe - stabilimenti balneari - equiparazione - motivazione - necessità.

Laddove il Comune assoggetti alla TARSU gli specchi acquei ha l'onere di giustificare l'applicazione della medesima tariffa prevista per gli stabilimenti balneari esplicitando gli elementi valutativi circa il rapporto di tale giudizio. Ed infatti, tale forma di

“assimilazione” è dovuta proprio in considerazione della peculiarità della “superficie” che si intende tassare; superficie, le cui potenzialità sono legate a beni (le “imbarcazioni da diporto”), che possono variare nel tempo il periodo di occupazione della stessa, con differenti consistenze rispetto alla misura del “posto barca” e che non producono esclusivamente rifiuti solidi urbani. Ignorare tale specificità rappresenta una lesione del diritto del contribuente a vedere formulata la pretesa in modo comprensibile e congruo rispetto alla capacità produttiva della superficie tassata.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 28 maggio 2019, n. 168 - Pres. Zerilli - Rel. Brillo.

TRIBUTI LOCALI - TARI - avviso di pagamento - motivazione - mancanza - iscrizione a ruolo successiva - invalidità.

L'avviso di pagamento TARI deve motivare le variazioni intervenute sulle componenti della liquidazione del tributo (superfici, tariffa di riferimento ed importo) rispetto all'anno precedente (oltre che le modalità previste dal legislatore per una sua eventuale impugnazione); in mancanza di tali indicazioni tale atto non legittima la successiva iscrizione a ruolo dell'importo non pagato.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 17 luglio 2019, n. 872 - Pres. Venturini - Rel. Piombo.

TRIBUTI LOCALI - IMU - stabilimenti balneari - concessione - area demaniale - capacità di produrre reddito - rilevanza - assoggettabilità ad imposta - sussistenza - periodo di apertura dello stabilimento - rilevanza.

Il concessionario su aree demaniali è soggetto passivo del tributo da un punto di vista formale, senza necessità di accertare il contenuto del rapporto concessorio, vale a dire se lo stesso abbia effetti reali (con la conseguente nascita in capo al concessionario di un diritto di superficie) ovvero solo effetti obbligatori. In tale contesto, la questione dell'amovibilità e precarietà dei fabbricati non è affatto rilevante, in quanto gli stessi hanno comunque una autonoma capacità reddituale. Conseguentemente, anche uno stabilimento balneare, possedendo una capacità reddituale, è soggetto ad IMU. Tuttavia, non potendo il concessionario disporre dell'unità immobiliare per tutto l'anno, ma solo per il periodo espressamente previsto dalla concessione, il Comune non può pretendere l'IMU anche per periodi dell'anno in cui lo stabilimento balneare, per stessa imposizione del concedente, sia inidoneo a produrre reddito.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 5 luglio 2019, n. 821 - Pres. Varalli - Rel. Assandri.

TRIBUTI VARI - taxa di ancoraggio - natura tributaria - sussistenza - collegamenti intra ed extra UE - differenziazione della taxa - legittimità.

La taxa di ancoraggio è da considerarsi una vera e propria taxa e ciò anche quando il gettito non è destinato allo Stato ma all'Autorità Portuale. Peraltro, attesa la natura di tributo, è legittima una differenziazione della taxa tra le navi che svolgono collegamenti con porti extra UE e quelle che compiono collegamenti nazionali o intracomunitari senza esser necessario fornire la dimostrazione analitica di maggiori costi collegati ai trasporti da o verso paesi non europei, apparendo sufficiente che risultino esistenti oneri e servizi non presenti nelle comunicazioni tra porti europei. Ciò porta quindi ad escludere che vi possa essere una violazione dei principi comunitari, posto che i costi aggiuntivi vengono sostenuti per lo svolgimento di funzioni pubbliche e a tutela di essenziali interessi della collettività nazionale e comunitaria in materia doganale, di polizia di frontiera, sanità, controllo veterinario, fito-sanitario ed alimentare.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 20 settembre 2019, n. 688 - Pres. e Rel. Greco.

TRIBUTI VARI - taxa di ispezione - presupposto - possesso di apparecchi - radiologici - ispezione - necessità - esclusione.

TRIBUTI VARI - taxa di ispezione - sua abrogazione - esclusione.

Il presupposto della taxa di ispezione non è l'effettuazione dell'ispezione sugli apparecchi di radioterapia e radium terapia, bensì esclusivamente il loro possesso. Depongono in tal senso l'art. 196 del r.d. n. 1265/1934 che individua i soggetti passivi con i possessori degli apparecchi radiologici e la nota alla tariffa alla L.R. n. 66/1994 che pure fa riferimento ai possessori di tali apparecchi e stabilisce il pagamento della taxa entro il 31 gennaio di ciascun anno, previsione che non avrebbe senso ove la taxa fosse dovuta in relazione alla ispezione sugli stessi.

La taxa di ispezione deve considerarsi tuttora vigente non essendo stata operata l'abrogazione delle sue norme istitutive né espressamente né implicitamente. Deve ritenersi, infatti, che le disposizioni del D.Lgs. n. 187/2000 e s.m.i. abbiano innovato in materia di responsabilità e attività di controllo sugli impianti radiologici, senza tuttavia incidere sugli aspetti tributari, e cioè sulla debenza di tale taxa annuale che resta legata al mero possesso degli impianti di radio terapia e radium terapia.

Sezione di diritto penale

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 11 aprile 2019, n. 1623 – Giudice Vignola.

DELITTI contro l'amministrazione della giustizia - esercizio arbitrario delle proprie ragioni - violenza sulle cose - ristrutturazione e trasloco beni mobili - atti gestori - insussistenza.

(Art. 392 c.p.)

Non sono integrate le condotte criminose di cui all'art. 392 c.p. nel caso di atti di gestione che costituiscano l'estrinsecazione del possesso del bene in proprietà. Nel caso concreto, il Giudice non ha ritenuto qualificabili come violenza sulle cose rilevanti, ai fini del predetto reato, le condotte di asportazione dei beni mobili e i lavori di ristrutturazione del bene immobile posti in essere per ragioni di necessità e urgenza, in quanto risultano privi di qualsivoglia contenuto appropriativo e di ragion fattasi.

Con decreto di citazione a giudizio, RR TT, RR CC, RR SS venivano chiamati a rispondere del reato loro ascritto in concorso e di cui in epigrafe.

La p.o. RR MM si costituiva parte civile.

Nel corso dell'istruttoria dibattimentale, venivano sentiti i testi del Pm RR MM, CF; i testi delle Difese FF, TT, GG; le imputate RR TT e RR CC si sottoponevano ad esame; si acquisivano i documenti ritenuti utili ai fini della decisione. Esaurita l'assunzione delle prove, le parti venivano invitate a formulare le rispettive conclusioni.

In data 10.06.2013 RR MM verificava che era in corso un trasloco nell'immobile sito in XX, di cui la stessa era proprietaria, e rilevava che parte dei beni mobili erano già stati spostati; nei giorni seguenti, nonostante l'intimazione da lei rivolta di sospendere il trasloco, verificava che l'immobile era stato svuotato e che erano in corso lavori di ristrutturazione. Tale immobile, intestato a ciascuno dei quattro fratelli per un quarto ciascuno, era poi stato donato per il rispettivo quarto da RR CC e da RR SS alla sorella RR TT, che pertanto era divenuta intestataria dei tre quarti.

La p.o. precisava che il testamento del padre, pubblicato in data 24.06.'13, l'aveva nominata erede universale.

La causa civile, conclusasi con sentenza pronunciata dal Tribunale di Chiavari nr. xxx/yy, aveva assegnato l'immobile alla sorella RR TT (cfr. deposizioni testimoniali rese da RR MM e CF).

Il vicino del piano sottostante, che ormai da tempo aveva infiltrazioni di acqua, più volte si era lamentato di ciò con RR TT, ma il problema era stato risolto solo con la ristrutturazione totale dell'appartamento effettuata nel 2013. I lavori di ristrutturazione erano iniziati subito dopo la morte del padre, a Gennaio '13 ed erano durati circa sei mesi (cfr. deposizione testimoniale resa da Tiberio).

Il titolare della ditta che aveva effettuato il trasloco ha ricordato di aver ricevuto tale incarico da RR TT, affinché i beni mobili presenti nell'appartamento fossero collocati nel magazzino della ditta per il tempo necessario all'esecuzione dei lavori resi necessari dalle infiltrazioni; nel corso del trasloco si era presentato il compagno di RR MM urlando, e RR TT si era resa disponibile a far portare i mobili anche in luogo diverso, ma alla fine il mobilio era poi stato collocato a disposizione dei fratelli nel magazzino della ditta, con apposito elenco redatto dallo stesso traslocatore (cfr. deposizione te-

stimoniales resa da GG).

La signora che aveva svolto il lavoro di badante fino alla morte del padre RR ha ricordato che RR MM talvolta si recava a trovare il padre e che in un'occasione costui le aveva riferito che la figlia RR MM era molto pressante nelle richieste di denaro o di oggetti di casa per sé; in una circostanza il padre le aveva anche risposto di lasciar stare perché aveva già preso diverse cose (cfr. deposizione testimoniale resa da FF).

In sede di esame, le imputate hanno precisato che RR TT aveva sempre vissuto nell'immobile dal '94 e che si era sempre occupata della gestione ordinaria e straordinaria del bene; che a seguito della cessione delle quote di RR CC e RR SS, RR TT aveva conseguito il 75% nella titolarità dell'immobile; che, nel contesto del giudizio di scioglimento della comunione promosso da RR MM, RR TT aveva chiesto.

l'assegnazione a sé della quota della sorella, che quest'ultima non aveva sollevato alcuna opposizione se non relativa al valore economico da attribuire alla quota ceduta. La sentenza pronunciata dal Tribunale di Chiavari aveva quindi stabilito l'assegnazione a RR TT della quota della sorella RR MM, stante il consenso fra le due sorelle.

Dopo la morte del padre il 12.02.'13, RR TT aveva rappresentato la necessità di procedere all'urgente ristrutturazione dell'immobile a causa delle numerose infiltrazioni prodotte nell'appartamento sottostante del sig. XX, e, nell'occasione, ciascuno dei fratelli aveva prelevato i beni mobili di proprio interesse.

Nel frattempo, a seguito di taluni fatti emersi a riguardo della sorella RR MM, in data 5 aprile i fratelli le avevano comunicato che avrebbero sporto denuncia nei suoi confronti e le avevano intimato la rimozione degli effetti personali entro trenta giorni, mentre il legale di RR MM aveva inviato loro una diffida dal godere dei frutti degli immobili in comune.

In assenza di opposizione allo sgombero, RR TT aveva quindi proceduto al trasloco dei beni mobili tramite la ditta GG, finalizzato all'esecuzione dei lavori sull'impianto idrico e di riscaldamento.

Durante il trasloco, il 10 giugno il GG aveva telefonato a RR TT rappresentandole che un uomo lo stava minacciando e RR TT, recandosi sul posto, aveva trovato CF, compagno della sorella RR MM, che intimava al traslocatore di rimettere tutto a posto, rafforzato anche da RR MM arrivata nel frattempo; quindi, RR TT si era resa disponibile a collocare diversamente i mobili, facendo inviare anche una comunicazione in tal senso dal proprio legale, alla quale RR MM aveva risposto invitando il GG a rimettere tutti i mobili in p.zza YY.

A causa dell'urgenza dei lavori e della necessità di evitare un contenzioso col sig. XX, RR TT aveva dato inizio alla ristrutturazione.

Gli odierni imputati vanno assolti dal reato loro ascritto in concorso.

In effetti gli atti di gestione posti in essere, consistiti nell'asportazione dei beni mobili dall'appartamento e nei lavori di ristrutturazione del bene immobile, costituiscono estrinsecazione del possesso del bene, in proprietà per la quota di maggioranza dei tre quarti in capo a RR TT e per la quota di un quarto in capo a RR MM: trattasi di atti gestori, posti in essere per ragioni di necessità ed urgenza, che in nulla

afferiscono al giudizio di divisione, e, in quanto tali, sono privi di qualsivoglia contenuto appropriativo e di ragioni fattasi. Solo a margine può rilevarsi, quanto alla titolarità del bene, che l'assenza di opposizione in merito all'assegnazione della quota a RR TT, ribadita anche in sede di impugnazione della sentenza di scioglimento della comunione, aveva determinato sul punto l'irrevocabilità della pronuncia, unico punto controverso residuando solo quello relativo al maggior conguaglio. Gli odierni imputati vanno, pertanto assolti dal reato loro ascritto perché il fatto non sussiste.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 20 giugno 2019, n. 2402 - Giudice Vinelli.

REATI contro l'assistenza familiare - separazione - divorzio - scioglimento del matrimonio - assegno - mantenimento - versamento - coniuge - figli minori - obblighi di assistenza familiare - violazione - incapacità economica - statuizione civile - responsabilità penale - accertamento - mezzi di sussistenza - dolo generico - onere della prova - concorso formale di reati.

Ferma la distinzione tra il concetto penalistico di "mezzi di sussistenza" e quello civilistico di "mantenimento", la tutela penale apprestata dal reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare ex art. 570, comma 2, n. 2, c.p. mira a garantire al minore le risorse necessarie al fine di assicurarli i mezzi di sussistenza, ovvero quanto strettamente indispensabile per vivere nel momento storico in cui si verifica il fatto, non sussistendo alcuna interdipendenza tra l'obbligazione tutelata in sede penale e l'assegno liquidato dal giudice civile che tende, invece, ad un più ampio soddisfacimento delle esigenze del figlio minore. (1)

Integra il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare la condotta di colui che, non fornendo alcuna prova di un'assoluta incapacità economica tale da integrare una situazione di oggettiva, persistente e incolpevole indisponibilità di risorse economiche e di introiti e tale da rendere impossibile ed inesigibile l'adempimento ai suoi doveri genitoriali, non rispetta l'obbligo di mantenimento dei figli minori o economicamente non autosufficienti in quanto tale obbligo contributivo avente ad oggetto i necessari mezzi di sussistenza, inderogabile dovere primario di rilievo costituzionale, grava su entrambi i genitori e non vi è necessità di indagare le capacità proporzionali di ogni coniuge di concorrere al soddisfacimento dei bisogni dei figli. (2)

(...Omissis...) imputato

a) per il reato p. e p. dall'art. 570 cpv n. 2 poiché, serbando una condotta contraria all'ordine e alla morale delle famiglie, si sottraeva agli obblighi di assistenza materiale inerente la potestà di genitore, non provvedendo a contribuire al mantenimento dei figli (...omissis...), non autosufficienti così facendogli mancare i necessari mezzi di sussistenza, in particolare dal mese di aprile 2012 non veniva corrisposta la somma stabilita per il mantenimento dei figli, violando così quanto stabilito dal Tribunale di Genova (R.G. 9244/10 - 983/11 cron. 8.2.11).

b) per il reato p. e p. dall'art. 570 bis c.p. per non aver corrisposto l'assegno dovuto a titolo di mantenimento (sentenza del Tribunale di Genova del 18.5.2017) per una mensilità.

Motivi della decisione.

(...) è stato tratto a giudizio per rispondere dei reati di cui agli artt. 570 bis c.p. e 570 comma 2 n. 2 c.p. (...omissis...) contestati come commessi ai danni dei figli M. e (...).

(...Omissis...)

È stata escussa, quale teste del Pubblico Ministero, l'ex coniuge dell'imputato, (...), la quale ha riferito come l'imputato abbia ommesso il versamento delle somme stabilite a titolo di mantenimento dei figli dall'Aprile 2012 al Maggio 2017, nonché dell'importo statuito a titolo di assegno divorzile per una mensilità. La stessa ha aggiunto come nel predetto periodo non sia neppure riuscita a contattare l'ex marito (...omissis...) con conseguente pregiudizio nei termini di relazione del medesimo con i due figli. La teste ha infine riferito come attualmente l'imputato abbia ripreso regolari rapporti con i figli (uno dei quali vive peraltro con lui), provvedendo al regolare versamento di quanto dovuto, con previsione di un "piano di rientro" in relazione agli arretrati.

All'udienza dell'11 Giugno 2019 (...omissis...) si è svolto l'esame incrociato dello stesso, il quale ha ammesso l'addebito, adducendo, in via di giustificazione, di avere avuto, a partire dalla data della separazione, serie difficoltà economiche, correlate alla chiusura della propria attività lavorativa in ambito edile, le quali lo hanno persino condotto a vivere saltuariamente per strada (stante anche le condizioni disagiate della famiglia di origine), nonché a problemi di tossicodipendenza, ora superati. Il G. ha precisato di non avere tuttavia provveduto all'iscrizione ad un Centro per l'impiego, né di avere richiesto la modifica delle condizioni di separazione. Egli ha altresì aggiunto di avere reperito un nuovo lavoro soltanto nel settembre 2015 e, dopo un periodo di assestamento personale, di avere ripreso i contatti con la propria ex moglie ed i figli, nonché il versamento delle somme a loro dovute e dei relativi arretrati.

(...Omissis...)

Il Giudice ha pronunciato sentenza dando lettura del dispositivo.

Dalle dichiarazioni, puntuali e precise della teste indicata dal PM, neppure costituita parte civile e confermate dalle dichiarazioni dello stesso imputato, emerge senza dubbio la penale responsabilità dell'imputato per entrambi i reati ascritti.

È necessario premettere come l'originaria imputazione contestasse all'imputato la violazione degli artt. 3 e 4 L. n. 54 del 2006 e dell'art. 12 sexies L. n. 898 del 1970, per essersi sottratto all'obbligo di corrispondere all'ex coniuge il contributo dovutole per il mantenimento dei due figli.

Nel corso del giudizio sono stati, tuttavia, abrogati gli artt. 3 e 4 L. n. 54 del 2006 e l'art. 12 sexies L. n. 898 del 1970, confluiti entrambi nell'art. 570 bis c.p., inserito nel codice penale dall'art. 2, D.Lgs. 1 marzo 2018, n. 21.

Come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, non si è trattato di una vera e propria abrogazione, quanto piuttosto della trasmigrazione della relativa disciplina, prima contenuta in leggi speciali, nel codice, senza che sia stata apportata alcuna significativa modifica (Cass. 24162/2018). Da ciò consegue anche l'attuale validità dei principi giurisprudenziali statuiti in precedenza in relazione alle disposizioni in oggetto. A seguito della deposizione della parte offesa, che ha riferito come, nel periodo tra l'aprile 2012 ed il giugno 2017 vi è stata una totale omissione di qualsivoglia importo dovuto a titolo di mantenimento mentre, nel periodo sino a dicembre 2017 è stato ommesso il versamento di una sola mensilità, il PM ha modificato l'originaria imputazione, sussunta nell'ambito del reato di cui all'art. 570 c. 2 n. 2 c.p., quanto al primo periodo, e nell'ambito dell'art. 570 bis c.p. quanto alla mensilità omissa.

Sotto il primo profilo va evidenziato che "la condotta del genitore separato che fa mancare i mezzi di sussistenza ai figli minori, omettendo di versare l'assegno di mantenimento, integra esclusivamente il reato di cui all'art. 570, comma 2, n. 2

cod. pen. nel quale è assorbita la violazione meno grave prevista dall'art. 12-sexies della L. 1 dicembre 1970, n. 898, richiamato dall'art. 3, L. 8 febbraio 2006, n. 54" (Cass. 57237/2017).

Nel caso di specie, dalla deposizione della parte offesa, confermata sul punto dalle dichiarazioni, aventi portata confessoria, dello stesso imputato, è emerso che nel periodo in esame G. omise totalmente di versare quanto dovuto per il mantenimento dei figli minori, integrando quindi, sotto il profilo oggettivo, il reato contestato (...omissis...).

Con riferimento all'omesso versamento della mensilità nel periodo giugno/dicembre 2017, detta omissione integra invece il reato di cui all'art. 570 bis c.p. che tutela non solo il mantenimento dei figli non autosufficienti e del coniuge separato o divorziato ma, altresì, l'effettività dei provvedimenti civili che in detta materia stabiliscono il relativo importo.

Per entrambi i reati, puniti a titolo di dolo generico, si ritiene altresì integrato il relativo elemento soggettivo.

In tal senso, è opportuno richiamare alcuni principi di diritto, più volte espressi dalla giurisprudenza di legittimità e condivisi dall'odierno giudicante, dettati con riferimento agli artt. 3 e 4 L. n. 54 del 2006 e 12 sexies L. n. 898 del 1970 e validi ovviamente anche per l'art. 570 bis (che recepisce ed inserisce nel codice dette norme) - nonché per il diverso delitto contestato ex art. 570 comma 2 n. 2 c.p.

Come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità l'incapacità economica dell'obbligato, intesa come impossibilità di far fronte agli adempimenti sanzionati dalla norma in esame, deve essere assoluta e integrare inoltre una situazione di persistente, oggettiva, incolpevole indisponibilità di introiti (Cass. 41362 del 21.10.2010).

Inoltre integra il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare il genitore separato che non adempie agli obblighi di versamento imposti dal giudice civile in favore dei figli minori, essendo escluso ogni accertamento in sede penale sulla effettiva capacità proporzionale di ciascun coniuge di concorrere al soddisfacimento del bisogno dei minori e spettando solo al giudice civile tale verifica in quanto la disposizione incriminatrice si limita a sanzionare la condotta di inadempimento (...omissis...) (in tale senso Cass. 18.10.2012 n. 46570).

Incombe sull'interessato l'onere di allegare gli elementi dai quali possa desumersi l'impossibilità di adempiere alla relativa obbligazione, di talché "la sua responsabilità non può essere esclusa sulla base della mera documentazione formale di uno stato di disoccupazione o di una mera flessione degli introiti economici o di difficoltà" (Cass. 7372 del 29.1.2013). (...Omissis...) secondo la giurisprudenza univoca, l'obbligo di mantenimento dei figli minori o economicamente non autosufficienti costituisce un dovere primario, di rilievo costituzionale, e come tale inderogabile sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo. L'incapacità economica dell'obbligato rileva solo nella misura in cui si sostanzia una impossibilità di adempiere non determinata da colpa. La relativa prova, della quale è onerato l'obbligato, è rigorosa e non desumibile da mere allegazioni, prive di ulteriori riscontri.

Nel caso di specie l'imputato ha allegato notevoli difficoltà economiche senza tuttavia dar prova di detta allegazione e, soprattutto, senza avere fornito la prova di avere fatto tutto il possibile per reperire una diversa attività lavorativa che gli consentisse, almeno in parte, di far fronte ai propri doveri inerenti alla potestà genitoriale. Tale conclusione è peraltro avvalorata altresì dal rilievo che l'imputato non abbia mai chiesto in sede civile la modifica delle condizioni di separazione allegando gli asseriti problemi finanziari né si sia iscritto ad un Centro per l'impiego, nel tentativo di reperire un nuovo lavoro. Appare quindi sussistente l'elemento soggettivo dei reati contestati, integrato, infatti, dal dolo generico, con l'unico

limite nell'accezione sopra indicata (nella fattispecie de qua non ravvisabile).

I reati contestati (...omissis...) risultano quindi integrati in tutte le componenti oggettive e soggettive.

Non è invece stata fornita prova, della quale era onerato l'imputato, di una incapacità economica dello stesso tale da rendere impossibile l'adempimento di detta obbligazione.

I due reati (...omissis...) (due reati in concorso formale ex art. 570 c. 2 n. 2 c.p. e due reati ex art. 570 bis c.p., essendo due i figli il cui mantenimento è stato omesso in tutto o in parte) possono essere posti in continuazione, attesa la contiguità temporale nella quale sono stati posti in essere e la coincidenza del bene giuridico tutelato.

Il reato più grave va individuato nel reato di cui all'art. 570 c. 2 n. 2 c.p., punito con pena congiunta rispetto al reato di cui all'art. 570 bis c.p. punito con pena alternativa (...omissis...). Per quanto concerne il trattamento sanzionatorio, possono anzitutto concedersi le circostanze attenuanti generiche, in ragione delle condizioni soggettive dell'imputato, vissute nel periodo di contestazione degli addebiti, nonché in ragione dell'atteggiamento processuale ed extraprocessuale dello stesso, il quale ha dimostrato, anche nei fatti, un reale ravvedimento rispetto agli illeciti.

La fattispecie più grave è individuabile nell'art. 570 comma 2 n. 2 c.p., in relazione alla quale la pena base può essere contenuta entro i minimi edittali, e, come tale, va identificata, per quanto concerne il figlio maggiore, in mesi 1 e giorni 15 ed Euro 150 di multa, da ridursi ex art. 62 bis c.p. in mesi 1 di reclusione ed Euro 100 di multa, da aumentarsi, ex art. 81 comma 1 c.p. con riguardo al figlio minore, a mesi 1 e giorni 10 di reclusione ed Euro 150 di multa.

Per quanto riguarda invece il reato meno grave, di cui all'art. 570 bis c.p., lo stesso rimanda alle pene dell'art. 570 c.p. che, come affermato dalle SSU 23866/2013 (...omissis...) deve intendersi effettuato alle pene alternative del comma primo. (...Omissis...).

P.Q.M.

Il Tribunale in composizione monocratica, visti gli artt. 533, 535 c.p.p., dichiara (...) responsabile dei reati contestati, in concorso ex art. 81 comma 1 e 2 c.p. e, concesse le attenuanti generiche, lo condanna alla pena della reclusione di mesi 1 e giorni 10 ed Euro 200 di multa, oltre al pagamento delle spese processuali. Visti gli artt. 163 e 175 c.p., concede all'imputato il beneficio della sospensione condizionale della pena e della non menzione della condanna sul certificato del casellario giudiziale. (...Omissis...).

(1 - 2) Violazione degli obblighi di assistenza familiare: il rigoroso onere della prova che incombe sull'obbligato circa la sua incapacità economica che, per mandarlo esente da responsabilità penale, deve sostanziarsi nella dimostrazione di un'incolpevole impossibilità di adempiere.

Sommario: 1. *Premessa.* - 2. *L'obbligo legale di assistenza nei confronti dei familiari: il bene giuridico tutelato ex artt. 570 e 570 bis c.p.* - 2.1. *L'ipotesi contestata ai sensi dell'art. 570 comma 2 n. 2 c.p. di omessa prestazione dei mezzi di sussistenza: la valutazione dello stato di bisogno.* - 2.2. *La distinzione tra il concetto penalistico di "mezzi di sussistenza" e quello civilistico di "mantenimento".* - 2.3. *Unità o pluralità di fattispecie delittuose di violazione degli obblighi di assistenza familiare?* - 2.4. *L'onere dell'imputato di allegare gli elementi da cui desumere la sua impossibilità di adempiere l'obbligazione: la complessa prova dell'incapacità economica.* - 2.5. *La mancata dichiarazione di*

non punibilità ai sensi dell'art. 131 bis c.p. per il reato di cui all'art. 570 bis c.p. - 2.6. Una questione discussa: concorso formale di reati ex 570 comma 2 n. 2 e 570 bis c.p. o assorbimento della seconda fattispecie nella prima ritenuta più grave? - 3. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

Con la sentenza oggetto della trattazione il Tribunale di Genova ha ravvisato la penale responsabilità dell'imputato condannandolo per i reati di violazione degli obblighi di assistenza familiare, in particolare per aver fatto mancare i mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore, e di violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o di scioglimento del matrimonio, rispettivamente di cui agli artt. 570 comma 2 n. 2 e 570 bis c.p., in concorso.

L'analisi di tale vicenda consente di affrontare una tematica nella quale l'ambito civile si intreccia con quello penale con stretti collegamenti interdisciplinari.

Stando alla ricostruzione accusatoria confermata dal giudice di *prime cure*, il padre avrebbe serbato una condotta contraria all'ordine e alla morale delle famiglie sottraendosi agli obblighi di assistenza materiale inerenti alla potestà di genitore, non contribuendo al mantenimento dei figli non autosufficienti facendo così mancare loro i mezzi di sussistenza dal mese di aprile 2012 al mese di maggio 2017 e non corrispondendo altresì, per una mensilità, l'assegno divorzile dovuto a titolo di mantenimento, così come statuito in sede civile.

In sede di esame incrociato, l'imputato avrebbe ammesso l'addebito lui mosso e confermato quanto riferito dall'ex coniuge. In via di giustificazione, la difesa ha addotto che il padre, dal momento della separazione, avrebbe avuto serie difficoltà economiche connesse alla chiusura della sua attività lavorativa che lo avrebbero condotto sulla via della tossicodipendenza e a vivere saltuariamente per strada. Non risulta però, a tal proposito, che l'imputato abbia fornito alcuna concreta prova di aver fatto quanto in suo potere per reperire una differente attività lavorativa che gli consentisse, almeno parzialmente, di fronteggiare i propri doveri genitoriali: non avrebbe, infatti, provveduto né ad iscriversi presso Centri per l'impiego né avrebbe richiesto la modifica delle condizioni della separazione allegando problemi di natura finanziaria. Solo nel corso del mese di settembre 2015 l'imputato avrebbe trovato un lavoro e ripreso i contatti con l'ex moglie e con i figli, ricominciando a versare le somme loro dovute con previsione di un "piano di rientro" relativamente agli arretrati.

2. L'obbligo legale di assistenza nei confronti dei familiari: il bene giuridico tutelato ex artt. 570 e 570 bis c.p. L'analisi degli aspetti critici della pronuncia in commento non può prescindere da una breve disamina del bene giuridico oggetto di tutela.

Come noto, dal vincolo matrimoniale derivano, per entrambi i coniugi, determinati reciproci obblighi: essi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia e a mantenere, istruire, educare e assistere moralmente i figli, nel pieno rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni.

A presidio dell'istituto familiare, il Codice Rocco ha predisposto un'analitica disciplina nel Capo IV del Titolo XI (1) in ragione del fatto che i reati familiari, e in particolare quelli che violano l'assistenza familiare, pur rivolgendosi contro persone fisiche, non offendono tanto gli individui *uti singoli* quanto gli stessi quali membri della formazione sociale familiare integrando reati c.d. propri ed esclusivi e concretizzando la violazione di doveri che fanno capo ai componenti

della famiglia in conseguenza dello *status* familiare dagli stessi rivestito (2).

Il concetto di assistenza cui si riferisce il codice civile non si limita al dovere di sopperire agli essenziali bisogni in caso di necessità, ma si estende a tutte le esigenze vitali dell'altro coniuge qualora lo stesso non sia in condizioni di provvedervi in autonomia: la violazione di detti obblighi può avere conseguenze notevoli anche sul versante del diritto penale (3).

La fattispecie di violazione degli obblighi di assistenza familiare, sulla scorta delle profonde trasformazioni che hanno connotato l'istituzione familiare nella seconda metà del secolo scorso (4), stigmatizza una serie di condotte illecite accomunate dalla *ratio* di tutela che si estrinseca nell'obbligo di assistenza familiare (5), in senso morale, economico e fisico (6) inerente alla potestà di genitore o alla qualità di coniuge (7). L'art. 570 c.p. è, quindi, posto a tutela della famiglia e della sua funzione di comunità finalizzata a consentire il libero sviluppo della personalità dei coniugi e dei figli minori, e il bene giuridico protetto dalla fattispecie di omessa prestazione dei mezzi di sussistenza, secondo la giurisprudenza prevalente, consiste nel vincolo di solidarietà derivante dal rapporto di coniugio o di consanguineità. A riguardo, la genericità dell'espressione contenuta nella disposizione normativa non deve far ritenere passibile di sanzione penale ogni comportamento che possa comunque essere fonte di turbamento della pace e della tranquillità familiare (8).

La Cassazione, infatti, ha precisato che «il delitto di violazione degli obblighi di assistenza familiare non è integrato dai comportamenti omissivi contrassegnati da minimo disvalore o espressivi di mere disfunzioni dei rapporti intra - familiari, ma soltanto dalle condotte che, attraverso la sostanziale dismissione delle funzioni genitoriali, pongano seriamente in pericolo il pieno ed equilibrato sviluppo della personalità del minore» (9).

L'art. 570 bis c.p. (10-11) estende l'applicabilità dell'art. 570 c.p. a condotte di natura più marcatamente economica: tale disposizione punisce chi omette il pagamento dell'assegno disposto dal giudice civile in sede di scioglimento, cessazione degli effetti civili o dichiarazione di nullità del matrimonio, ovvero chi viola gli obblighi di natura economica accessori alla separazione o all'affidamento condiviso dei figli.

Il bene giuridico tutelato è dunque ravvisabile negli obblighi economici che i genitori separati hanno nei confronti dei figli, a prescindere dal fatto che vi sia o meno affidamento condiviso (12).

La giurisprudenza sembra interpretare in maniera sempre più evolutiva il concetto di famiglia orientandosi verso una tutela di interessi individuali dei soggetti coinvolti in maniera diretta nelle fattispecie criminose, con conseguente maggiore salvaguardia del nucleo familiare nel suo complesso.

L'art. 570 bis c.p., pertanto, pur ponendo interrogativi sulla disciplina dei rapporti familiari di fatto e delle nuove forme di aggregazione familiare (13), sembra inserirsi perfettamente nel solco di un mutato contesto normativo e giurisprudenziale, essendo la sua tutela orientata nei confronti di individui, quali *ex* coniugi e figli, singolarmente considerati.

2.1. L'ipotesi contestata ai sensi dell'art. 570 comma 2 n. 2 c.p. di omessa prestazione dei mezzi di sussistenza: la valutazione dello stato di bisogno.

Ai fini della configurabilità dell'ipotesi di reato di evento prevista dall'art. 570 comma 2 n. 2 c.p. occorre che vi sia un'omessa prestazione (14) dei mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore (15), o inabili al lavoro, agli ascendenti od al coniuge, il quale non sia legalmente separato per sua colpa, ovvero alla parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso.

La giurisprudenza di legittimità ha statuito che «mentre deve escludersi ogni automatica equiparazione dell'inadempimento

dell'obbligo stabilito dal giudice civile alla violazione della legge penale, il giudice deve accertare, anche nell'ipotesi di integrale corresponsione dell'assegno stabilito per il mantenimento, se la condotta dell'imputato abbia inciso apprezzabilmente sulla disponibilità dei mezzi economici che lo stesso è tenuto a fornire ai beneficiari, tenendo inoltre conto di tutte le altre circostanze del caso concreto, ivi compresa la oggettiva rilevanza del mutamento di capacità economica intervenuta, in relazione alla persona del debitore» (16).

La condotta che la norma in parola incrimina consiste nel far venire a mancare i mezzi di sussistenza stante uno stato di bisogno del soggetto passivo.

In tema di violazione degli obblighi di assistenza familiare, nella nozione penalistica di “mezzi di sussistenza” si devono ritenere compresi non solo i mezzi per la sopravvivenza vitale, come il vitto e l'alloggio, ma anche tutti quegli strumenti che consentano «in rapporto alle reali capacità economiche e al regime di vita personale del soggetto obbligato, un sia pur contenuto soddisfacimento di altre complementari esigenze della vita quotidiana quali, ad es. abbigliamento, libri di istruzione per i figli minori, mezzi di trasporto, mezzi di comunicazione» (17); l'obbligo, penalmente sanzionato, di corrispondere i mezzi vitali permane finché lo status dell'avente diritto non muti a seguito di sentenza passata in giudicato, in quanto si tratta di obbligazione ex lege a tutela dell'interesse primario del familiare in stato di bisogno, rafforzata dalla procedibilità d'ufficio (18).

Quanto alla valutazione dello stato di bisogno (19), le Sezioni Unite della Cassazione hanno affermato che «la condotta sanzionata dall'art. 570 comma 2 c.p. presuppone uno stato di bisogno, nel senso che l'omessa assistenza deve avere l'effetto di far mancare i mezzi di sussistenza, che comprendono quanto è necessario per la sopravvivenza, situazione che non si identifica né con l'obbligo di mantenimento né con quello alimentare, aventi una portata più ampia» (20).

Lo stato di bisogno del minore deve essere effettivo e costituire oggetto di uno specifico e rigoroso accertamento giudiziale: secondo parte della giurisprudenza, il fatto che la persona offesa disponga di una fonte di reddito non produttiva (22) costituisce un elemento in grado di elidere questo requisito, eccetto il caso che non risulti che il reddito ricavabile non sia sufficiente, poiché eccessivamente esiguo, ad eliminare tale stato (22).

Lo stato di bisogno e l'obbligo del genitore di contribuzione non vengono meno quando gli aventi diritto siano economicamente assistiti da terzi (23) e il reato non è escluso dal fatto che altri, coobbligato o obbligato in via subordinata, si sostituisca all'inerzia del soggetto tenuto alla somministrazione dei mezzi di sussistenza (24).

Inoltre, la mancata corresponsione dell'assegno per il mantenimento del minore stabilito in sede di separazione dei coniugi integra la fattispecie di cui all'art. 570 comma 2 n. 2 c.p., sulla base della presunzione semplice che lo stesso minore non sia capace di produrre reddito proprio (25): la minore età dei discendenti rappresenta, quindi, una condizione soggettiva che rende in *re ipsa* il requisito dello stato di bisogno, con il conseguente obbligo per entrambi i genitori di contribuire al loro mantenimento, assicurando agli stessi i mezzi di sussistenza, indipendentemente dalle vicissitudini dei rapporti coniugali (26).

Occorre però dare conto che, di recente, un orientamento della Cassazione ha precisato che affinché possa affermarsi la penale responsabilità dell'imputato, almeno in presenza di adempimenti parziali da parte del genitore obbligato, si dovrebbe procedere a valutare effettivamente la ricorrenza dello stato di bisogno dei minori (27).

Il fatto, poi, che uno solo dei genitori o altri congiunti assolveva al predetto obbligo non vale affatto ad esentare l'altro, poiché

tale condizione non è idonea ad annullare lo stato di bisogno in cui versano i soggetti minori (28-29).

Il quadro delineatosi nel corso del dibattimento, nel caso di specie, pare non lasciar dubbi in merito alla mancata corresponsione dei mezzi di sussistenza da parte dell'imputato e allo stato di bisogno dei suoi figli: il fatto che l'altro genitore abbia potuto supplire ai bisogni della prole non esclude la penale responsabilità dell'imputato (30) per essere venuto meno ai suoi doveri genitoriali, essendo anche mancata una concreta prova della sua totale incapacità economica e non essendo richiesto alcun accertamento circa le capacità proporzionali di ogni coniuge di concorrere al soddisfacimento dei bisogni dei figli.

2.2. La distinzione tra il concetto penalistico di “mezzi di sussistenza” e quello civilistico di “mantenimento”. Sussiste un'evidente confusione in seno alla giurisprudenza di merito tra il concetto penalistico di “mezzi di sussistenza” e quello di natura civilistica afferente alla nozione di “mantenimento”.

A tal proposito, occorre sottolineare che in tema di violazione degli obblighi di assistenza familiare deve distinguersi l'assegno stabilito dal giudice civile in sede di giudizio di separazione tra i coniugi dai mezzi di sussistenza, essendo questi ultimi del tutto indipendenti dalla valutazione che è tenuto ad effettuare il giudice civile (31).

Infatti, mentre l'art. 570 *bis* c.p. punisce il mero inadempimento all'obbligo di corresponsione dell'assegno di mantenimento stabilito dal giudice civile in favore dei figli (precludendo dalla prova dello stato di bisogno dell'avente diritto), per l'ipotesi delittuosa disciplinata dall'art. 570 comma 2 n. 2 c.p. è necessario che vengano a mancare i necessari mezzi di sussistenza.

Se, quindi, il concetto di natura penalistica di “mezzi di sussistenza” attiene alle elementari esigenze di vita del soggetto passivo del reato, l'assegno di mantenimento o quello divorzile riguardano la valutazione e la comparazione delle condizioni socio - economiche dei coniugi (32).

La nozione di mezzi di sussistenza, infatti, comprende solo quanto necessario alla sopravvivenza dei familiari dell'obbligato al momento storico in cui il fatto avviene e non vi è, dunque, piena equiparazione tra il fatto penalmente sanzionato e l'inadempimento civilistico, poiché la norma di legge fa riferimento alla condotta del soggetto agente che volontariamente intenda sottrarsi all'assolvimento degli obblighi imposti con la separazione (33).

La trasgressione ai doveri di mantenimento fissati dal giudice civile non integra quindi sempre e automaticamente la fattispecie di reato: la somma calcolata in sede di separazione o al momento della definizione dei singoli doveri di contribuzione copre più di quanto occorre per la sussistenza del minore, mentre il codice penale sanziona l'aver fatto mancare ai figli o al coniuge il denaro strettamente necessario per la loro esistenza (34).

L'accertamento circa l'assenza dei mezzi di sussistenza in capo ai beneficiari dell'erogazione è, dunque, indipendente da quanto stabilito in ambito civilistico e non può essere meramente dedotta dal semplice inadempimento della corresponsione individuata dal giudice civile (35).

Ne deriva che, nell'ipotesi di mancato pagamento da parte del coniuge obbligato dell'assegno stabilito in sede civile, allo scopo di ritenere configurabile il reato di cui all'art. 570 comma 2 n. 2 c.p. spetta al giudice penale accertare se, in conseguenza di tale condotta, siano venuti a mancare ai beneficiari i mezzi di sussistenza coinvolgenti, intuitivamente e necessariamente la motivata verifica dello stato di bisogno dell'avente diritto alla somministrazione di tali mezzi, ferma

la comprovata capacità economica dell'obligato a fornirgli.

Mediante la tutela penale apprestata dal delitto di violazione degli obblighi di assistenza familiare il legislatore ha, dunque, inteso garantire al minore di età le risorse necessarie per assicurargli ciò che è strettamente indispensabile per vivere nel momento storico in cui si verifica il fatto, non sussistendo alcuna interdipendenza tra l'obbligazione tutelata in sede penale e l'assegno liquidato dal giudice civile che, invece, mira ad una più ampia soddisfazione delle esigenze del minore (36).

Pertanto, si può pacificamente affermare come il concetto di mezzi di sussistenza in campo penale sia differente dalla nozione di assegno di mantenimento operante nel contesto civile.

2.3. Unità o pluralità di fattispecie delittuose di violazione degli obblighi di assistenza familiare?

Il Tribunale di Genova ha affermato che sarebbero configurabili due reati *ex art. 570 comma 2 n. 2 c.p.* e due reati *ex art. 570 bis c.p.*, in quanto due sarebbero i figli il cui mantenimento è stato omesso in tutto o in parte.

La giurisprudenza, pertanto, si è interrogata in merito al fatto se il far mancare i mezzi di sussistenza alla moglie ed al figlio o a più figli integri un unico reato o più reati eventualmente avvinti dal nesso della continuazione o in concorso tra loro (37).

Un primo e maggioritario orientamento riteneva che il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare, nonostante la pluralità di condotte, avesse natura unitaria, in quanto le condotte tipiche sarebbero lesive di un bene giuridico unico e superiore consistente nell'equilibrio, nella cura e nello sviluppo del nucleo familiare nella sua interezza (38).

Un altro orientamento minoritario optava, invece, per la natura pluralista del delitto che tenderebbe a tutelare non il nucleo familiare nel suo complesso bensì il singolo individuo che ne fa parte, con la conseguenza che chi facesse mancare i mezzi in parola a più di un familiare risponderebbe di una pluralità di delitti, eventualmente unificati dal vincolo della continuazione (39).

A fronte di interpretazioni contrastanti, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (40) sono intervenute sulla questione sposando l'orientamento minoritario e concludendo per la pluralità di reati quanti sono i soggetti passivi, statuendo che «*configura una pluralità di reati l'omessa somministrazione di mezzi di sussistenza nell'ipotesi in cui la condotta sia posta in essere nei confronti di più soggetti conviventi nello stesso nucleo familiare*» (41).

Nel caso di specie, pertanto, il giudice del Tribunale di Genova sembra quindi aver aderito alla giurisprudenza delle Sezioni Unite ritenendo che i reati contestati siano tanti quante sono le parti offese.

2.4. L'onere dell'imputato di allegare gli elementi da cui desumere la sua impossibilità di adempiere all'obbligazione: la complessa prova dell'incapacità economica.

Seppur in via generale siano stati adeguatamente applicati i criteri ermeneutici che la giurisprudenza di legittimità ha elaborato in materia, tale pronuncia fa emergere alcune criticità afferenti al modo mediante il quale un soggetto imputato per il delitto di cui all'*art. 570 c.p.* può difendersi nella maniera più consona: occorre capire quale sia la prova sufficiente al fine di escludere la configurabilità di un reato di tal fatta e comprendere come si atteggi l'onere probatorio allo scopo di dimostrare l'impossibilità di adempiere ai predetti doveri.

Nonostante la responsabilità non possa essere esclusa «*sulla base della mera documentazione formale di uno stato di disoc-*

pazione o di una mera flessione degli introiti economici o di difficoltà» (42), nel caso in esame l'imputato non sembra aver neanche provveduto a richiedere la modifica, in sede civile, delle condizioni di separazione allegando gli asseriti problemi finanziari e neppure sembra essersi adoperato al fine di iscriversi presso un Centro per l'impiego nel tentativo di reperire un nuovo lavoro.

Tale comportamento avrebbe potuto perlomeno contribuire a dimostrare la sua volontà di reperire le risorse economiche idonee a far fronte ai propri obblighi nei confronti dei figli (43).

Trattandosi di reato omissivo, per la completa realizzazione della situazione tipica è necessario che il soggetto obbligato si trovi nella possibilità concreta e materiale di poter adempiere (44): non si può quindi dubitare del fatto che, anche in presenza dello stato di bisogno del beneficiario, qualora il soggetto tenuto alla prestazione si trovi nell'impossibilità di adempiere la punibilità debba essere esclusa (45).

L'approfondimento istruttorio è di fondamentale importanza anche per individuare eventuali entrate «non ufficiali» dell'obligato e per la ricostruzione dell'esatta consistenza patrimoniale del suo patrimonio posto che, ai fini dell'accertamento dello stato di indigenza, andranno considerati non solo i redditi da lavoro ma anche i risparmi accumulati, le proprietà di beni immobili e ogni altro elemento potenzialmente produttivo di reddito.

La giurisprudenza, sul punto, tende ad essere particolarmente inflessibile e ritiene che l'obbligo di mantenimento dei figli minori o economicamente non autosufficienti costituisca un dovere primario di rilevanza costituzionale, inderogabile tanto sotto il profilo oggettivo quanto sotto quello soggettivo.

L'incapacità economica dell'obligato, quale impossibilità di far fronte agli adempimenti sanzionati dall'*art. 570 c.p.* e derivanti dal suo ruolo genitoriale, deve essere assoluta e integrare una situazione di «*persistente, oggettiva ed incolpevole indisponibilità di introiti*» (46) e la relativa prova, della quale è onerato l'obligato, è molto rigorosa e non desumibile da mere allegazioni sfornite di ulteriori riscontri.

Infatti, l'allegazione della mera documentazione formale dello stato di disoccupazione dell'obligato (47) o del suo fallimento non rappresenta necessariamente una scriminante (48); la semplice disagiata condizione economica dello stesso non vale ad escludere il dovere di corresponsione dei mezzi o del pagamento dell'assegno. Sarà, infatti, necessario approfondire se tali condizioni siano attribuibili o meno ad una scelta volontaria del soggetto, richiedendo che lo stesso versi in uno stato di vera e propria indigenza economica che gli renda impossibile adempiere la prestazione pure parzialmente e, in ogni caso, l'indisponibilità non è sufficiente ad escludere il reato qualora sia diretta o indiretta conseguenza di un comportamento del reo (49).

L'obligato ha l'onere, se non di provare, almeno di allegare gli elementi dai quali possa desumersi la sua incapacità economica (50), in quanto si deve escludere ogni automatica equiparazione dell'inadempimento all'obbligo stabilito dal giudice civile alla violazione della legge penale (51).

In tema di violazione degli obblighi di assistenza familiare, infatti, l'ipotesi aggravata consistente nel far mancare i mezzi di sussistenza ai familiari non ha carattere meramente sanzionatorio dell'obbligo civile derivante dalla sentenza di separazione (52).

Evita, inoltre, la condanna il soggetto che sia affetto da patologie che gli impediscono di esercitare la libera professione non potendo conseguentemente assolvere ai suoi obblighi (53); così come non è configurabile alcun reato nei confronti dell'imputato qualora gli ex coniugi si siano attenuti ad accordi transattivi conclusi in via stragiudiziale, pur se non

trasfusi nella sentenza di divorzio che non ha stabilito alcunché sul punto (54).

È questo un aspetto particolarmente delicato, in quanto non sono rare le situazioni di “indigenza” volontaria o gravemente colpevole, finalizzate a sottrarsi, a volte esclusivamente per spirito vendicativo, alle obbligazioni previste dalla legge in materia di diritto di famiglia.

Nel caso di specie l'imputato, su cui incombeva il predetto rigoroso onere probatorio, ha semplicemente e genericamente allegato notevoli difficoltà economiche senza addurre idonei e convincenti elementi a supporto della totale impossibilità di adempiere (55), né facendo tutto quanto in suo potere per provvedere in ordine ai propri doveri genitoriali (56) non potendo pertanto qualificarsi come esimente la mera circostanza che lo stesso, nel periodo di mancata corresponsione dei mezzi di sussistenza, si trovasse in condizioni di disagio economico oltreché morale.

2.5. La mancata dichiarazione di non punibilità ai sensi dell'art. 131 bis c.p. per il reato di cui all'art. 570 bis c.p. Breve cenno merita la questione relativa alla causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131 bis c.p. (57) che, nel caso di specie, il Tribunale non ha ritenuto applicabile in relazione al capo di imputazione di cui all'art. 570 bis c.p., neppure effettuando ad essa un mero richiamo.

La causa di esclusione della punibilità in parola, rispondente ad una logica deflattiva del contenzioso, di rispetto del principio di proporzionalità e di *extrema ratio* del diritto penale, non può essere dichiarata qualora venga reiterata la condotta di omessa corresponsione dell'assegno divorzile, configurandosi un'ipotesi di “comportamento abituale” (58) ostativa al riconoscimento del beneficio (59).

Occorre però rilevare come la giurisprudenza abbia affermato che «la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131 bis c.p. è applicabile al reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare, a condizione che l'omessa corresponsione del contributo al mantenimento abbia avuto carattere di mera occasionalità» (60).

Nel caso di specie, nonostante il giudice di merito non si sia interrogato circa l'applicabilità di tale istituto al reato di cui all'art. 570 bis c.p., ci si può domandare se, stante il mancato pagamento di una sola mensilità dell'assegno dovuto a titolo di mantenimento statuito dal giudice civile, tale causa di non punibilità non potesse invece ritenersi configurabile, dal momento che la più recente Cassazione l'ha ritenuta applicabile in un'ipotesi pressoché analoga relativa al mancato pagamento (non di una, bensì) di tre mensilità dell'assegno divorzile stabilito dal giudice civile in favore dei figli minori (61).

2.6. Una questione discussa: concorso formale di reati ex 570 comma 2 n. 2 e 570 bis c.p. o assorbimento della seconda fattispecie nella prima ritenuta più grave?

In ordine ai rapporti tra il reato di nuovo conio e la fattispecie di omessa prestazione dei mezzi di sussistenza, occorre rilevare che in alcune pronunce la Cassazione ha ritenuto sussistere il concorso formale eterogeneo e non il rapporto di consunzione tra il suddetto delitto e quello previsto dall'art. 570 comma 2 n. 2 c.p. qualora la mancata corresponsione dell'assegno divorzile si fosse tradotta nel far mancare al figlio minore i mezzi di sussistenza (62-63).

Per contro, un altro orientamento interpretativo ha ritenuto che la condotta del genitore separato che faccia venire meno tali strumenti ai figli minori omettendo di versare l'assegno di mantenimento integri esclusivamente il reato di cui all'art. 570 comma 2 n. 2 c.p. nel quale risulterebbe assorbita la violazione meno grave prevista dall'art. 570 bis c.p. (64)

La sentenza in commento ha aderito al primo dei suesposti orientamenti ritenendo che «i due reati (*due reati in concorso formale ex art. 570 c. 2 n. 2 c.p. e due reati ex art. 570 bis c.p., essendo due figli il cui mantenimento è stato omesso in tutto o in parte*) possono essere posti in continuazione, attesa la contiguità temporale nella quale sono stati posti in essere e la coincidenza di bene giuridico tutelato».

3. Considerazioni conclusive.

In conclusione, l'iter argomentativo seguito dal Tribunale genovese non si discosta dalla costante giurisprudenza in materia di violazione degli obblighi di assistenza familiare nelle due ipotesi contestate che, ai fini dell'integrazione dell'elemento soggettivo richiedono il dolo generico, ossia la volontà cosciente e libera di sottrarsi, senza giusta causa, rispettivamente agli obblighi inerenti alla propria qualità e all'obbligo contributivo imposto con la sentenza di divorzio (65). Non è a tal fine necessario che le condotte omissive vengano poste in essere con l'intenzione e la volontà di far mancare i mezzi di sussistenza alla persona bisognosa o mediante comportamenti simulatori o fraudolenti.

Non del tutto trascurabili appaiono le critiche in ordine all'onere dell'incapacità economica del soggetto obbligato: sul punto, il ruolo del giudice di merito si fa estremamente delicato, poiché solo una rigorosa ricostruzione della vicenda ed un'attenta valutazione delle allegazioni da parte dell'imputato circa la totale indigenza idonea ad escludere la configurabilità della fattispecie delittuosa, peraltro mancate nel caso di specie, consentono di valutarne l'eventuale soddisfacimento.

Secondo l'iter motivazionale seguito dal Tribunale, i reati contestati, tanti quanti sono le persone offese, risulterebbero integrati in tutte le loro componenti oggettive e soggettive. Infine, le argomentazioni del giudice genovese non si discostano dalla prevalente giurisprudenza anche in tema di concorso di reati, ritenendo sussistente un'ipotesi di concorso formale dei delitti di cui agli artt. 570 comma 2 n. 2 e 570 bis c.p.

Fermo tutto quanto sopra esposto, in linea con l'esigenza rilevata dalla giurisprudenza costituzionale (66), il giudice genovese ha pertanto affermato un importante principio al quale si ritiene in questa sede di poter aderire, statuendo che «*integra il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare il genitore separato che non adempie agli obblighi di versamento imposti dal giudice civile in favore dei figli minori, essendo escluso ogni accertamento in sede penale sulla effettiva capacità proporzionale di ciascun coniuge di concorrere al soddisfacimento dei bisogni dei minori e spettando solo al giudice civile tale verifica in quanto la disposizione incriminatrice si limita a sanzionare la condotta di inadempimento*» (67).

**Dottorssa Maria Cersosimo
Specializzata in Professioni Legali**

Note

(1) Per quel che concerne il rapporto tra la fattispecie di cui all'art. 570 c.p. e l'evoluzione dell'istituto familiare, occorre precisare come la qualificazione della famiglia sia mutata nel tempo, passando da un ordine verticale ad un ordine sempre più orizzontale. I passaggi storico-normativi che più esprimono gli eventi modificativi si possono rappresentare con l'introduzione del nuovo codice civile nel 1942, con la successiva entrata in vigore della Carta Costituzionale nel 1948, con la riforma del Diritto di Famiglia nel 1975 e, infine, con l'ultima novella nel 2006. L'evoluzione dell'interpretazione della norma penale di cui all'art. 570 c.p. riflette l'evoluzione dell'istituto della “famiglia”. Infatti, se per un verso il legislatore nel 1930 ha introdotto una fattispecie di reato capace di determinare effetti pregiudizievoli nascenti da precetti penali insufficientemente determinati e tassativi, per un altro ha consentito al diritto penale di assecondare l'evoluzione dei costumi familiari

che via via sono andati susseguendosi. Ne discende un'elevata, pur se talvolta complessa, adattabilità del precetto penale alle mutate istanze sociali che in tempi storici diversi approdano all'interno dei confini dell'istituto familiare.

Sul punto cfr. Monticelli L., *Introduzione ai delitti contro l'assistenza familiare* (artt. 570-574 c.p.), in A. Cadoppi - S. Canestrari - M. Papa (Trattato diretto da) *I grandi temi. I reati contro la famiglia*, UTET Giuridica, Torino, 2006, 500, secondo cui il legislatore del 1930, pur realizzando un'operazione diretta a enfatizzare l'istituto della famiglia, con le fattispecie del Capo IV non ha fatto altro che conservare e recepire atteggiamenti e indirizzi già presenti nella nostra tradizione e nei nostri costumi, ma ciò non impedisce che si realizzi una necessaria interpretazione socialmente adeguata, nella constatazione della relatività e storicità dei principi dell'ordinamento familiare e dei valori che li sorreggono. Nello stesso senso Barcellona, *Famiglia (diritto civile)*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 780 e Fierro Cenderelli F., *Profili penali del nuovo regime dei rapporti familiari*, Milano, 1984, 10 ss.

Si possono, inoltre, così riassumere quelli che alcuni orientamenti dottrinali hanno reputato essere le *guide - lines* e i principi che dovrebbero accompagnare gli operatori giuridici nella interpretazione della classe e dei singoli delitti contro l'assistenza familiare: uguaglianza morale e giuridica tra i coniugi; rispetto e solidarietà reciproca su cui debbono fondarsi i rapporti tra genitori e figli; uguaglianza e trattamento dei e tra i figli; rigetto di un ruolo gerarchico e di supremazia da assegnare ad un membro della famiglia, eliminazione di un supposto diritto/potere autoritario in capo al *pater familias* e di una potestà correttiva di un coniuge sull'altro; riconoscimento di una dimensione dinamica del concetto di famiglia, soggetto all'evoluzione del tempo e consapevolezza dell'esistenza di unioni e aggregazioni personali diverse da quelle fondate sul matrimonio; necessità di evitare che si realizzino abusi od omissioni nei confronti di chi è soggetto all'altrui cura o vigilanza; salvaguardia di un sereno ed equilibrato sviluppo della personalità dei minori e comprensione della delicata posizione di chi è inserito in un rapporto di comunanza di vita con altre persone; chi è chiamato ad adempiere ai doveri di assistenza familiare lo deve fare nel rispetto della autonomia, dei desideri, degli interessi e della personalità dell'assistito, così Monticelli L., *Introduzione ai delitti contro l'assistenza familiare* (artt. 570-574 c.p.), cit., 500.

(2) Pisapia G. D., *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953, 232.

(3) Moretti M., *La violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 9.

(4) Moretti M., *La violazione degli obblighi di assistenza familiare*, cit., 4.

(5) Tra i numerosi contributi dottrinali, si segnalano Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, Edizione quindicesima, a cura di Grosso, I, Milano, 2008, 518 ss.; Antonini, *La tutela penale degli obblighi di assistenza familiare*, Milano, 2007; Contento, *Riforma del diritto di famiglia e disciplina penalistica dei rapporti familiari*, in *Dir. famiglia*, 1979, 167 ss.; Cosseddu, *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in *Noviss. Dig. It., App.*, VII, Torino, 1987, 1137 ss.; Cusumano, *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in *Tratt. Dir. fam.*, dir. da Zatti, IV, Milano, 2002, 462 ss.; Delogu, *Commento all'art. 570 c.p.*, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, VII, Padova, 1995, 372 ss.; Fierro Cenderelli F., *Profili penali del nuovo regime dei rapporti familiari*, cit., 99 ss.; Fierro Cenderelli F., *La violazione degli obblighi di assistenza familiare*, Padova, 1999; Larizza, *Violazione degli obblighi di assistenza familiare: i limiti della tutela penale*, in *Cass. pen.*, 1997, 2723 ss.; Leone G., *La violazione degli obblighi di assistenza familiare nel nuovo codice penale*, Napoli, 1931; Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, aggiornato da Nuvolone, Pisapia G. D., VII, Torino, 1984, 886 ss.; Marcucci, *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in *Noviss. Dig. It.*, XX, Torino, 1982, 860 ss.; Miconi Tonelli, *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in *Enc. Giur.*, XXXII, Roma, 1994, 1 ss.; Miedico, *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in *Digesto pen.*, XV, Torino, 1999, 190 ss.; Pecorella G., *Famiglia (delitti contro)*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 790 ss.; Pisapia G. D., *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1991, 1953; Pisapia G. D., *Famiglia (delitti contro)*, in *Digesto pen.*, V, Torino, 1991, 112 ss.; Riondato, *Introduzione a «famiglia» nel diritto penale italiano*, in *Tratt. dir. fam.*, dir. da Zatti, IV, Milano, 2002, 3 ss.; Zagnoni Bonilini, *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in *Casi e materiali di diritto penale*, a cura di Cadoppi, Canestrari, II, Milano, 2003, 57 ss.; Zagnoni Bonilini, *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in *I reati contro la famiglia*, a cura di Cadoppi, Torino, 2006, 247 ss.

(6) Trinci A., Farini S., *Compendio di diritto penale. Parte speciale*, V Edizione, Dike Giuridica Editrice, 2019, 508.

(7) Delogu, *Commento all'art. 570 c.p.*, cit., 374; Fierro Cenderelli F., *La violazione degli obblighi di assistenza familiare*, cit., 45, la quale, attribuendo al concetto di assistenza un contenuto economico o materiale, ritiene che il reato possa sussistere solo quando si violi l'obbligo di mantenimento dei figli e l'obbligo reciproco dei coniugi all'assistenza materiale.

(8) Cass. pen., Sez. VI, 31.3.1971, *C. pen.*, Mass. 72, 908.

(9) Cass. pen., Sez. VI, 2012, n. 51488.

(10) Inserito nel codice penale dall'art. 2 comma 1 lett. c), d. lgs. 1° marzo 2018, n. 21, in attuazione della c.d. riserva di codice in materia penale che ha assorbito integralmente e senza alcuna sostanziale modifica gli artt. 3 e 4 della l. n. 54/2006 e l'art. 12 *sexies* della l. n. 898/1970 con i quali si pone per volontà del legislatore in piena continuità strutturale.

(11) La Cassazione nel 2012 (Sez. VI, 10.5.2012, n. 48204) ha affermato che per integrare il reato di cui all'art. 12 *sexies* della legge n. 898 del 1970 non si richiede da parte dell'agente alcun comportamento simulatorio o fraudolento, non ravvisandosi tale connotazione nel sottrarsi all'obbligo di corresponsione dell'assegno dovuto, condotta questa che implica il mero inadempimento e vanifica la corrispondente statuizione della sentenza di divorzio. Il reato è punibile a titolo di dolo generico, essendo richiesta soltanto la volontà cosciente e libera di sottrarsi, senza giusta causa, all'obbligo contributivo imposto con la sentenza di divorzio.

(12) Romano I., *L'applicabilità dell'art. 570 bis c.p. alle nuove situazioni familiari*, 1° settembre 2019, in *Salvis Juribus*.

(13) Di Geronimo P., *Relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo presso la Corte Suprema di Cassazione, Nuove ipotesi di violazione degli obblighi di assistenza familiare* (art. 570 - bis c.p.), 27 giugno 2018, in *Diritto Penale Contemporaneo*.

(14) La Cassazione ha precisato che integra la fattispecie *de qua* anche l'inadempimento parziale dell'obbligo di corresponsione dell'assegno alimentare quando le somme versate non consentano ai beneficiari di far fronte alle loro esigenze fondamentali di vita, quali vitto, alloggio, vestiario ed educazione, Cass. pen., Sez. VI, 28.3.2012, n. 13900.

(15) Cass. pen., Sez. VI, con sentenza n. 1342 depositata l'11 gennaio 2019, ha affermato che non può ritenersi integrato il reato di cui all'art. 570 c.p. quando il figlio è maggiorenne. Tale soluzione è imposta dal tenore letterale della norma di riferimento, che al comma 2 n. 2 incrimina la condotta di chi «fa mancare i mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore, ovvero inabili al lavoro [...]». Pertanto, motivano i giudici di legittimità, «non integra il reato in parola la mancata corresponsione dei mezzi di sussistenza a figli maggiorenni non inabili a lavoro, anche se studenti: l'onere di prestare i mezzi di sussistenza, penalmente sanzionato, ha infatti un contenuto soggettivamente e oggettivamente più ristretto di quello delle obbligazioni previste dalla legge civile, potendo sussistere la fattispecie delittuosa di cui all'art. 388 c.p. qualora ricorrano i requisiti previsti da tale norma». La tutela penale dell'obbligo di contribuzione economica residua in favore di maggiorenni qualora essi non siano in grado di divenire autosufficienti economicamente.

(16) Cass. pen., Sez. VI, 2015, n. 49465; Cass. pen., Sez. II, 2017, n. 24050.

(17) Cass. pen., Sez. VI, 2012, n. 49755; cfr. Cass. Sez. Un., 2013, n. 23866; Cass. pen., Sez. VI, 2017, n. 12400, fattispecie in cui la Corte ha ritenuto che il giudice di merito non aveva verificato se, a fronte dell'omesso versamento per soli quattro mesi di un assegno di mantenimento di rilevante ammontare, il coniuge beneficiario non avesse potuto far fronte alle esigenze di vita del figlio, anche in considerazione di quanto in precedenza incamerato e verosimilmente accantonato. Da ultimo anche Cass. n. 48910/2019.

(18) Antolisei F., *Manuale di diritto penale*, vol. II, Giuffrè Editore, 2008, 526. Ne consegue che l'eventuale controversia sul vincolo parentale non costituisce questione pregiudiziale rispetto all'accertamento degli obblighi in questione e non legittima la sospensione del relativo procedimento, così Cass. pen., 13.7.2005, n. 232761, in *CED Cass.*

(19) Stato da cui invece prescinde la valutazione della configurabilità dell'altra ipotesi di reato contestata, ovvero quella di cui all'art. 570 bis c.p.

(20) Cass. Sez. Un., 2013, n. 23866; la costante giurisprudenza di legittimità ha statuito per un verso la più ampia portata della nozione penalistica rispetto a quella civilistica di mantenimento e, per un altro, una visione più restrittiva rispetto al concetto civilistico degli alimenti.

(21) Per esempio, un immobile non concesso in locazione.

(22) Cass. pen., Sez. VI, 16.11.2016, n. 48548.

(23) Cass. pen., Sez. VI, 25.11.2014, n. 6682.

(24) Cass. pen., Sez. VI, 20.3.2012, n. 41042.

(25) Cass. pen., Sez. VI, 2003, n. 26725.

(26) Trinci A., Farini S., *Compendio di diritto penale. Parte speciale*, cit., 513 - 514. Questo obbligo, peraltro, non viene meno quando i minori siano affidati al servizio sociale e assistiti attraverso istituti, posto che tale situazione è determinata proprio dal difetto di assistenza da parte del genitore.

(27) Cass. pen., Sez. VI, 13.5.2016, n. 23010.

(28) A riguardo, infatti, «l'obbligo di fornire i mezzi di sussistenza al figlio minore ricorre anche quando vi provveda in tutto o in parte l'altro genitore con i proventi del proprio lavoro o con l'intervento di altri congiunti, atteso che tale sostituzione non elimina lo stato di bisogno in cui versa il soggetto

passivo», così Cass. pen., Sez. VI, 3.7.2008, n. 27051 e Cass. pen., Sez. VI, 2008, n. 38125.

(29) Tra le numerose pronunce di legittimità si richiamano Cass. pen., Sez. VI, 1996, n. 5525; Cass. Sez. VI, 13.11.2008 - 21.01.2009 n. 2736; Cass. pen., 3.2.2010, n. 14906, in *Cass. Pen.* 2011, p. 592 e, da ultimo, Cass. pen., Sez. VI, 2016, n. 34675, per cui «lo stato di bisogno di un minore il quale, appunto perché tale, non è in grado di procacciarsi un reddito proprio, è un dato di fatto incontrovertibile per cui entrambi i genitori sono tenuti a provvedere per ovviarvi ... ne consegue che il genitore, il quale non adempie a tale obbligo, commette il reato di cui all'art. 570 c.p., specialmente quando, separato dalla moglie, non ha chiesto la modifica del provvedimento giurisdizionale che imponga di versare all'altro coniuge la somma per contribuire al mantenimento dei figli a quest'ultima affidati. Quando la condotta violatrice dell'art. 570 c.p. si espliciti nell'omettere, da parte di un genitore, la prestazione dei mezzi di sussistenza ai figli minori o inabili, il reato sussiste anche quando l'altro genitore provveda in via sussidiaria ai bisogni della prole».

(30) Corte App. Palermo n. 3285/2019 ha affermato come non serva affannarsi a provare che al minore stia provvedendo l'altro genitore o parenti prossimi, in quanto la condizione di bisogno non può dirsi cessata per il fatto che altri se ne occupino: l'obbligo contributivo grava su entrambi i genitori, così anche Tribunale Vicenza n. 710/2019.

(31) Cass. pen., Sez. VI, 15.6.2012, n. 26808.

(32) Antonini E., *La violazione degli obblighi di assistenza familiare nei mutati scenari della famiglia*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2009; Moretti M., *La violazione degli obblighi di assistenza familiare*, cit., 8.

(33) Cass. pen., 5.2.1998, n. 3540, per cui «in tema di violazione degli obblighi di assistenza familiare, non vi è interdipendenza tra il reato di cui all'art. 570 comma 2 n. 2 c.p. e l'assegno liquidato dal giudice civile, sia che tale assegno venga corrisposto, sia che non venga corrisposto agli aventi diritto. L'illecito in questione è rapportato unicamente alla sussistenza dello stato di bisogno dell'avente diritto alla somministrazione dei mezzi indispensabili per vivere e al mancato apprestamento di tali mezzi da parte di chi, per legge, vi è obbligato. L'ipotesi delittuosa in questione, pur avendo come presupposto l'esistenza di un'obbligazione alimentare, non ha carattere sanzionatorio dell'inadempimento del giudice civile che fissa l'entità dell'obbligazione, con la conseguenza che l'operatività o meno di tale provvedimento non rileva ai fini della configurabilità del reato. Ciò è tanto vero che il provvedimento del giudice civile non fa stato nel giudizio penale né in ordine alle condizioni economiche del coniuge obbligato, né per ciò che riguarda lo stato di bisogno degli aventi diritto ai mezzi di sussistenza, circostanze queste che devono essere accertate in concreto».

(34) Tribunale Lecce, n. 1967/2019.

(35) Cass. pen., 4.11.2014, n. 46854; Moretti M., *La violazione degli obblighi di assistenza familiare*, cit., 10. La realizzazione della fattispecie in commento sarà configurabile indipendentemente da un provvedimento del giudice civile che non fa stato nel giudizio penale, bensì costituisce un semplice punto di partenza per l'accertamento del reato.

(36) Cass. pen., Sez. VI, 10.1.2011, n. 6597. La giurisprudenza ha, infatti, più volte precisato come il concetto di mezzi di sussistenza non coincida con quello di mantenimento e, pertanto, l'inosservanza delle statuizioni economiche adottate in sede di separazione personale dei coniugi dal giudice civile non integra automaticamente il reato di cui all'art. 570 c.p. che si realizza soltanto quando, sussistendo uno stato di bisogno, il soggetto obbligato per legge non fornisca agli aventi diritto i mezzi di sussistenza, a prescindere dalle condizioni sociali o di vita pregresse degli aventi diritto. Di conseguenza, non costituisce reato il comportamento del genitore che non corrisponde l'assegno di mantenimento per il figlio stabilito dal giudice civile ma, tuttavia, non gli faccia mancare i mezzi di sussistenza per soddisfare le primarie esigenze di vita.

(37) Salemi E., *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in *AltaLexPedia*, voce agg. al 28.3.2019.

(38) Cass. pen., Sez. VI, 14.1.2004, n. 1251, per cui «la norma penale indica come oggetto di repressione una condotta indifferenziata rispetto al numero ed alla qualità dei soggetti lesi, sicché in sostanza il legislatore, non considerando singolarmente le posizioni degli individui, difende il complesso di obblighi che fa capo alla famiglia come entità distinta dai suoi componenti».

(39) Chi, quindi, con una sola omissione facesse mancare i mezzi di sussistenza a più familiari commetterebbe tanti reati quanti sono i soggetti al cui obbligo di assistenza è venuto meno e, trattandosi di un concorso formale, la pena andrebbe aumentata secondo i canoni di cui all'art. 81 c.p., così Cass. pen., Sez. VI, 19.6.2002, n. 36070.

(40) Cass. Sez. Un., 20.12.2007, n. 8413 e successivamente Cass. pen., Sez. VI, 4.4.2016, n. 13418.

(41) Le Sezioni Unite hanno ritenuto che la soluzione corretta al problema fosse quella sposata dall'orientamento minoritario; nonostante ciò hanno affermato che la natura plurioffensiva del reato in esame non vale a risolvere la questione, dal momento che vi sono casi di reati

certamente plurioffensivi (si prenda ad esempio la strage) che restano ipotesi di reato unico anche se le persone offese sono più di una. Inoltre, la formulazione letterale dell'art. 570 c. 2 n. 2 c.p. potrebbe anche giustificare l'opposta soluzione fondata sulla circostanza che la norma individua gli aventi diritto ai mezzi di sussistenza ma senza fare alcun riferimento alle condotte contrarie all'ordine e alla morale delle famiglie. Occorre quindi sottolineare, a detta della Corte, che l'impianto originario del codice penale era ed è forse idoneo a legittimare una considerazione globale dell'ordine familiare tale da giustificare una tutela unitaria e indifferenziata senza che vengano in rilievo le specificità delle situazioni individuali dei singoli componenti. La soluzione cui hanno aderito le Sezioni Unite, secondo cui è possibile che l'adempimento degli obblighi di assistenza economica avvenga per uno o più degli aventi diritto e non per l'altro o per gli altri, vale ad escludere l'unicità del reato e peraltro, non differisce da quella che la giurisprudenza di legittimità ha accolto in altri casi, in particolare per l'ipotesi analoga relativa al reato di maltrattamenti in famiglia nel caso di più soggetti passivi della condotta, Cass. pen., Sez. VI, 21.1.2003, Rv. 224048.

(42) Cass. pen., 29.01.2013, n. 7372.

(43) Qualora, poi, l'ipotetica produzione di tali documenti non fosse bastata a dimostrare la sua impossibilità oggettiva di adempiere alle obbligazioni, avrebbe potuto reputarsi sufficiente almeno allo scopo di evidenziare come, dal punto di vista dell'elemento soggettivo, il soggetto non avesse agito al preciso fine di violare gli obblighi di assistenza familiare lui facenti capo, così Di Tullio D'elisiis A., *La violazione degli obblighi di assistenza familiare*, 27 febbraio 2018, in *Giurisprudenza Commentata*.

(44) Tribunale Trieste, n. 1145/2019. Il reato di omessa prestazione dei mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore si realizza solo qualora sussista la concreta capacità economica dell'obbligato, così Cass. pen., Sez. VI, 2011, n. 6597. Solo la prova certa della presenza di tale capacità o del fatto che essa sia venuta meno per effetto di una volontaria determinazione del colpevole, può giustificare un'affermazione di responsabilità.

(45) Fiorella A., Sereni A., Carmona A., Catenacci M., Masucci M., Leoncini I., Antonini E., Zannotti R., Mezzetti E., D'ascola V., Rampioni R., Gambardella M., Preziosi S., *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Giappichelli Editore, 2016, 256.

(46) Cass. pen., Sez. VI, 2018, n. 53173.

(47) Al genitore rimasto senza lavoro, per esempio, non basta certificare la condizione di disoccupazione ma, come confermato recentemente anche dalla giurisprudenza di merito (Tribunale Trento, n. 511/2019), deve produrre altri carteggi dai quali possa evincersi l'oggettiva incapacità di adempiere.

(48) Cass. pen., Sez. VI, 4.10.2016, n. 41697. In questi termini, inoltre, Cass. pen., Sez. VI, 19.1.2018, n. 2381 ha ritenuto che lo stato di detenzione dell'obbligato possa configurarsi quale scriminante a determinate condizioni: 1) il periodo di detenzione deve coincidere con quello dei mancati versamenti; 2) l'obbligato non deve aver percepito comunque dei redditi; 3) lo stesso deve essersi attivato per procurarsi legittimamente dei proventi presentando all'amministrazione penitenziaria la domanda per essere ammesso al lavoro all'interno o all'esterno del luogo di detenzione. Tale situazione, per operare quale scriminante, deve comunque perdurare per tutto il tempo in cui sono maturate le inadempienze.

(49) Che, ad esempio, ha rassegnato volontariamente le proprie dimissioni da un posto di lavoro appositamente per far mancare ai familiari i mezzi di sussistenza, così Trinci A., Farini S., *Compendio di diritto penale. Parte speciale*, cit., 514.

(50) Cass. pen., Sez. VI, 30.11.2015, n. 47287.

(51) Cass. pen., Sez. II, 2017, n. 24050.

(52) Secondo quanto rilevato dai giudici di legittimità, a fronte di un tale stato di fatto, l'imputato, avendo l'onere di allegare gli elementi da cui desumere la sua impossibilità di adempiere alla obbligazione non ha provveduto a far ciò. In una situazione analoga, la mera produzione di documenti per provare la sua indigenza e dimostrare che, dopo un eventuale licenziamento, il soggetto non era riuscito a trovare lavoro seppur inserito nelle graduatorie, è stata ritenuta inidonea in quanto priva di qualsiasi contenuto attestativo dell'asserita incapacità reddituale dell'imputato in relazione al periodo dedotto in contestazione.

(53) Tribunale Lodi, 11.3.2019.

(54) Cass. pen., n. 36392/2019.

(55) Cass. pen., Sez. VI, 2000, n. 1283.

(56) Nel 1990 la Corte di Cassazione ha affermato che l'impossibilità assoluta della somministrazione dei mezzi di sussistenza esclude il reato solo quando sia incolpevole, poiché l'obbligato è tenuto ad adoperarsi al fine di adempiere la sua prestazione: nel caso di specie, infatti, vi era stata conferma della pronuncia di merito che aveva affermato che un padre sano abile al lavoro e di giovane età aveva l'obbligo di procurarsi un'occupazione per provvedere alle necessità del di lui figlio minore.

(57) La norma in commento prevede che per i reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'art. 133, primo comma c.p., l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale. L'offesa, inoltre, non può ritenersi tale qualora l'autore abbia agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, o abbia adoperato sevizie o abbia profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa ovvero quando la condotta abbia cagionato o da essa siano derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona.

(58) Un comportamento può ritenersi abituale quando l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale o professionale o per tendenza, quando abbia commesso più reati della stessa indole anche se ciascun fatto isolatamente considerato sia di particolare tenuità, nonché nei casi in cui i reati abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali o reiterate.

(59) Cass. pen., Sez VI, 2016, n. 23020: fattispecie in tema di assegno stabilito anche per il mantenimento di figli minori.

(60) Cass. pen., Sez VI, 2019, n. 16847: fattispecie relativa al mancato pagamento di tre mensilità dell'assegno divorzile stabilito dal giudice civile in favore dei figli minori.

(61) Cass. pen., Sez VI, 2019, n. 16847.

(62) Cass. pen., Sez VI, 2017, n. 55064.

(63) «... ne consegue che, in caso di concorso tra tali fattispecie, può essere applicata la disciplina della continuazione ai sensi dell'art. 81, comma 2, c.p. in considerazione del medesimo interesse tutelato», così Cass. pen., Sez VI,

2018, n. 10722: fattispecie in cui la Corte ha annullato con rinvio la sentenza di appello che aveva escluso il vincolo della continuazione in considerazione della diversa struttura delle due fattispecie di reato, desunta dalla fonte dell'obbligo di contribuzione al mantenimento dei figli minori, individuata, in un caso, nel matrimonio e, nell'altro, nel provvedimento del giudice civile che aveva pronunciato il divorzio. Nello stesso senso cfr. Cass. pen., Sez. VI, 2005, n. 32540 secondo cui «il reato di cui all'art. 12 sexies l. 1 dicembre 1970, n. 898 è integrato per il solo fatto del mancato versamento dell'assegno stabilito nella sentenza divorzile, sicché qualora il genitore divorziato faccia mancare nel contempo i mezzi di sussistenza al figlio minore è realizzata anche la distinta fattispecie di cui all'art. 570 cpv. n. 2 c.p.».

(64) Cass. pen., Sez VI, 10.11.2017, n. 57237: a differenza dell'art. 12 sexies che punisce il mero inadempimento all'obbligo di corresponsione ai figli (senza limitazioni di età) affidati al coniuge divorziato dell'assegno di mantenimento stabilito dal giudice in sede di divorzio, prescindendo dalla prova dello stato di bisogno dell'avente diritto, l'art. 570 comma 2, n. 2 c.p. appresta tutela penale alla violazione dei genitori dell'obbligo di assicurare i mezzi di sussistenza ai figli minori in stato di bisogno. Ne consegue che, nel caso in cui la mancata corresponsione da parte dell'obbligato dell'assegno fissato dal giudice in sede di divorzio per il mantenimento del figlio minore privi costui dei mezzi di sussistenza, tale condotta deve essere inquadrata nel paradigma dell'art. 570 comma 2 c.p.

(65) Cass. pen., Sez VI, 10.5.2012, n. 48204.

(66) Corte Cost. n. 472/1989.

(67) In tal senso cfr. anche Cass. pen., Sez VI, 18.10.2012, n. 46570.

Massimario

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 6 giugno 2019, n. 2338 - Giudice Vignola.

DELITTI contro la persona - abbandono di persone minori - condizioni di pericolo - prova contro ogni ragionevole dubbio - assenza - insussistenza.

(Art. 591 c.p.)

La presenza di due minori in auto con i con vetri abbassati di 30 cm in una giornata soleggiata, in assenza dei genitori, in mancanza della prova di effettive condizioni di pericolo non consente la condanna per il delitto di abbandono di persone minori ai sensi dell'art. 591 c.p..

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 11 giugno 2019 - Giudice Parentini.

DELITTI contro il patrimonio - circonvenzione di incapace - elementi necessari ai fini della configurabilità del reato.

(Art. 643 c.p.)

Gli elementi necessari ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 643 c.p. sono: a) la sussistenza di una condizione di infermità o deficienza psichica del soggetto passivo del reato, coincidente non necessariamente con una vera e propria malattia mentale, bensì, per consolidata giurisprudenza, con un'incisiva menomazione delle facoltà di discernimento o di determinazione volitiva, un abbassamento intellettuale e delle capacità di critica, tali da diminuire i poteri della difesa contro le insinuazione e le insidie altrui e comunque riconoscibile con certezza ab externo; b) la consapevolezza da parte dell'agente delle minorate condizioni psichiche della vittima e l'elemento dell'approffittamento di tali condizioni, non essendo sufficiente lo stato di deficienza psichica e il negozio potenzialmente dannoso, se l'uno non sia piegato all'altro dall'azione di induzione dell'agente; c) l'elemento dell'induzione, consistente nell'espletamento di un'attività apprezzabile di pressione morale, di suggestione o di persuasione, cioè di spinta psicologica volta anche soltanto a rafforzare una decisione pregiudizievole già adottata dal soggetto passivo.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 11 luglio 2019, n. 2879 - Giudice Baldini.

DELITTI contro il patrimonio - circonvenzione di persone incapaci - redazione di testamento - tentativo - sussistenza.

(Art. 643 c.p.)

Il delitto di cui all'art. 643 c.p. è "un reato di pericolo che si realizza nel momento in cui è compiuto l'atto capace di produrre un qualsiasi effetto dannoso per il soggetto passivo o altri" (Cass. Pen., Sez. II, n. 20669 del 17.01.2017) e poiché la redazione di un testamento non costituisce un atto capace di dispiacere di per sé alcun effetto giuridico dannoso, essendo un atto revocabile idoneo a produrre effetti soltanto al momento della morte del testatore, risponde del delitto di circonvenzione di persona incapace in

forma tentata l'imputato che aveva indotto la persona offesa, affetta da sindrome depressiva cronica, a disporre per testamento il diritto di abitazione vitalizio di un immobile in proprio favore .

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 8 luglio 2019, n. 2801 - Giudice Lucchini.

DELITTI contro il patrimonio - furto - circostanze aggravanti - destrezza - sottrazione di beni in un momento di confusione - insussistenza.

(Art. 624, 625 co 4 c.p.)

In tema di sussistenza della circostanza aggravante di cui al comma 4 dell'art. 625 c.p., sono intervenute le Sezioni Unite con la pronuncia n. 34090/2019 in cui viene affermato come tale aggravante sussista solo quando l'agente abbia posto in essere una "condotta caratterizzata da particolari abilità, astuzia o avvedutezza ed idonea a sorprendere, attenuare o eludere la sorveglianza del detentore sulla res", non rilevando invece quando l'agente si limiti ad approfittare di disattenzioni o di un momentaneo allontanamento del detentore.

Nel caso di specie, il Giudice non ha ritenuto sussistente l'aggravante della destrezza poiché il furto è avvenuto, approfittando di un momento di confusione, con il semplice prelievo dei beni dagli scaffali dell'esercizio commerciale senza che l'imputato abbia posto in essere alcuna delle abilità idonee ad integrare la circostanza aggravante di cui all'art. 625 co 4 c.p..

Tribunale di Genova in composizione collegiale, 12 giugno 2019, n. 2433 - Collegio Primo.

DELITTI contro il patrimonio - rapina impropria - sottrazione senza impossessamento - sussistenza del reato.

(Art. 628 c. 2 c.p.)

Il fatto che gli imputati avessero sottratto dei beni e, successivamente alle minacce rivolte alla persona offesa, avessero abbandonato la merce senza realizzarne l'impossessamento, non determina l'insussistenza del reato di cui all'art. 628 c. 2 c.p.. La Suprema Corte infatti si è espressa a Sezioni Unite rilevando come ai fini della consumazione del reato di rapina impropria non sia necessario che la condotta di sottrazione sfoci in impossessamento, "in quanto a differenza dalla fattispecie di furto, l'impossessamento non costituisce elemento costitutivo del reato di rapina" (Cass. S. U., 22/02/2017, n. 11135).

(Fattispecie in cui gli imputati, dopo aver sottratto alcuni beni da un esercizio commerciale, scoperti da un dipendente e richiamati, minacciavano la persona offesa con un coltello e decidevano di abbandonare i beni sottratti).

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 8 aprile 2019, n. 1523 - Giudice Baldini.

DELITTI contro il patrimonio mediante frode - truffa - circostanza aggravante minorata difesa - vendita di prodotti on-line - sussistenza.

(Art. 640 co. 2 n. 2 bis c.p.)

Sussiste l'aggravante della minorata difesa - con riferimento alle circostanze di luogo note all'autore del reato e delle quali egli, ai sensi dell'art. 61, n. 5 c.p., abbia approfittato - nell'ipotesi di truffa commessa attraverso la vendita di prodotti "on-line", poiché, in tal caso, la distanza tra il luogo ove si trova la vittima, che di norma paga in anticipo il prezzo del bene venduto, e quello in cui, invece, si trova l'agente, determina una posizione di maggior favore di quest'ultimo, consentendogli di schermare la sua identità, di non sottoporre il prodotto venduto ad alcun efficace controllo preventivo da parte dell'acquirente e di sottrarsi agevolmente alle conseguenze della propria condotta.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 3 giugno 2019, n. 2250 - Giudice Blanc.

DELITTI contro il patrimonio mediante frode - truffa a mezzo strumenti telematici - pagamento a mezzo bonifico - competenza territoriale - luogo di accreditamento della somma.

(Art. 640 c.p.)

Nel caso in cui l'ingiusto profitto, elemento costitutivo del reato di cui all'art. 640 c.p., sia stato conseguito attraverso bonifico bancario, il reato si consuma con l'accreditamento della somma di denaro sul conto corrente del destinatario. Perciò al fine della determinazione della competenza territoriale, si deve fare riferimento all'istituto bancario del luogo in cui il destinatario del bonifico ha aperto il conto corrente.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 18 giugno 2019, n. 2538 - Giudice onorario Rizzo.

DELITTI contro il patrimonio mediante frode - ricettazione - telefoni cellulari - assenza valida giustificazione del possesso - dolo - sussistenza.

(Art. 648 c.p.)

È integrata la condotta criminosa di cui all'art. 648 c.p. quando l'imputato agisce con dolo, desumibile anche dalla mancanza di una valida giustificazione del possesso del bene. A riguardo, la Corte di Cassazione ha evidenziato che la prova dell'elemento soggettivo può essere desunta anche dall'omessa o non attendibile indicazione della provenienza della cosa ricevuta, la quale è logicamente spiegabile con un acquisto in mala fede (Cass. Pen, sez. II, 29198 del 2010). La Corte di Cassazione chiarisce, inoltre, che ciò non costituisce una deroga ai principi in materia di onere della prova e nemmeno un "vulnus" alle garanzie difensive, in quanto è la stessa struttura della fattispecie incriminatrice che richiede, ai fini dell'indagine sulla consapevolezza circa la legittima provenienza della "res", il necessario accertamento sulle modalità acquisitive della stessa. In riferimento ai telefoni cellulari come oggetto dell'ingiusto profitto della fattispecie criminosa, la Corte di Cassazione si è espressa rilevando che questi costituiscono una res potenzialmente di apprezzabile valore, non necessariamente acquistabile ricorrendo a canali ufficiali, ma che nulla induce a ritenere che possa essere scambiata con disinteresse tale da non consentire all'avente causa di ricordare le modalità dell'acquisto e l'identità del dante causa (Cass. Sez. II, 19/4/2017 - 27/4/2017 n. 1175/2017 - 20193/2017). Date queste considerazioni, la mancanza di risultanze che portino ad una diversa qualificazione del fatto, quali l'indicazione del soggetto che avrebbe ceduto il cellulare all'imputato, il prezzo pagato, la modalità di acquisto e/o

altri elementi che lascino dedurre una situazione soggettiva di mera colpa riferibile all'imputato, la fattispecie criminosa non può essere qualificata nella fattispecie dell'incauto acquirente.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 11 giugno 2019 - Giudice Parentini.

DELITTI contro la persona - atti persecutori - reato abituale e di danno - condotta - integrazione.

(Art. 612 bis c.p.)

Il delitto di atti persecutori, che ha natura di reato abituale e di danno, è integrato dalla necessaria reiterazione dei comportamenti descritti dalla norma incriminatrice e dal loro effettivo inserimento nella sequenza causale che porta alla determinazione dell'evento, che deve essere il risultato della condotta persecutoria nel suo complesso, anche se può manifestarsi solo a seguito della consumazione dell'ennesimo atto persecutorio, sicché ciò che rileva non è la datazione dei singoli atti, quanto la loro identificabilità quali segmenti di una condotta unitaria, causalmente orientata alla produzione dell'evento.

Tribunale di Genova in composizione collegiale, 04 giugno 2019 - Giudice Dagnino.

DELITTI contro la persona - violenza sessuale - tentativo - mancanza di contatto fisico - sussistenza.

(Artt. 56 e 609 bis c.p.)

DELITTI contro la persona - violenza sessuale - atto diretto verso zona erogena - raggiungimento di zona non erogena - tentativo - sussistenza.

(Artt. 56 e 609 bis c.p.)

È configurabile il tentativo di violenza sessuale quando in mancanza di contatto fisico tra imputato e persona offesa, la condotta tenuta dal primo denoti il requisito soggettivo di raggiungere l'appagamento dei propri istinti sessuali e quello oggettivo dell'idoneità a violare la libertà di autodeterminazione della vittima nella sfera sessuale.

Sussiste il reato di violenza sessuale tentata e non consumata allorché l'atto posto in essere dal soggetto agente indirizzato verso una zona erogena della persona offesa, raggiunga invece una zona non erogena per la pronta reazione della vittima o per altri fattori indipendenti dalla volontà dell'agente.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 28 maggio 2019, n. 2167 - Giudice Petri.

DELITTI dei privati contro la pubblica amministrazione - oltraggio a un magistrato in udienza - elemento soggettivo - consapevolezza del significato oltraggioso delle parole - sussistenza.

(Art. 343 c.p.)

DELITTI dei privati contro la pubblica amministrazione - oltraggio a un magistrato in udienza - confessione e scuse pubbliche - elisione o attenuazione conseguenze del reato - insussistenza.

(Art. 62 n. 6, 343 c.p.)

Ai fini dell'integrazione dell'elemento soggettivo in tema di oltraggio a magistrato in udienza, è sufficiente la consapevolezza

del significato oltraggioso delle parole e degli atti compiuti, non occorrendo un dolo specifico.

La confessione e le scuse anche pubbliche non possono elidere o attenuare, ai fini dell'art. 62 n. 6 c.p., le conseguenze dannose del reato, poiché queste consistono nella lesione del prestigio della pubblica amministrazione.

(Nella fattispecie concreta l'imputato perdeva il controllo in udienza, pronunciando frasi oltraggiose nei confronti del Giudice, nonostante i formali richiami, i reiterati inviti a moderare il linguaggio e la formale intimazione a tenere un comportamento consono all'udienza, raggiungendo la prova, oltre ogni ragionevole dubbio, dell'integrazione della condotta criminosa di cui all'art. 343 c.p.)

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 8 aprile 2019, n. 1528 - Giudice Boccaccio.

MISURE di sicurezza - violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale - obbligo di soggiorno - riapplicazione della misura sospesa - rivalutazione della pericolosità - necessità - mancata rivalutazione della pericolosità - reato di cui all'art. 75 c. 2 D. L.vo 159/2011 - insussistenza.

(Art. 75 comma 2 D. Lvo 159/2011)

La rivalutazione della pericolosità al momento della riapplicazione della misura sospesa è considerato requisito essenziale della validità ed efficacia della misura di prevenzione. La Suprema

Corte, con sentenza n. 6878 del 2014, afferma come, a seguito di interruzione della misura di prevenzione causata da detenzione, la misura non possa essere nuovamente applicata in assenza di una rivalutazione della pericolosità; quello della pericolosità è infatti un accertamento da effettuarsi ogni qualvolta si dia esecuzione alla misura di prevenzione.

Recentemente è poi intervenuta una sentenza delle Sezioni Unite (Cass. S.U. n. 51407 del 13.11.2018) la quale ha statuito che, nei confronti di un soggetto destinatario di una misura di sorveglianza speciale, la cui esecuzione sia stata sospesa per effetto di una detenzione di lunga durata, in assenza di una rivalutazione dell'attualità e persistenza della sua pericolosità sociale ad opera del giudice della prevenzione, al momento della nuova sottoposizione alla misura, non è configurabile il reato di violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale di cui all'art. 75 D.Lvo 159/2011.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 27 luglio 2019 - Giudice Vinelli.

QUERELA - procedibilità - natura mista - sopravvenuta disciplina più favorevole - applicabilità.

(Art. 120 c.p.)

La procedibilità a querela ha natura mista, sostanziale e processuale dalla quale discende la necessità - di natura sostanziale - di applicare la sopravvenuta disciplina più favorevole nei procedimenti pendenti.

Sezione di deontologia

Documenti

Fiducia, riserbo e divieto di produrre la corrispondenza scambiata tra colleghi.

Fabio De Santis

Avvocato

Segretario del Consiglio di Disciplina di Genova

L'avvocato, sia nell'attività professionale che nella vita privata, non può prescindere da quelle qualità e principi di probità, dignità e decoro (1).

La legge professionale, il codice deontologico (2) e la giurisprudenza disciplinare individuano in tali principi e qualità, essenziali e necessarie, l'essere Avvocato degno di fiducia e rispetto da parte della collettività.

L'avvocato degno di fiducia, per il rilievo costituzione e sociale della difesa, non può violare la legge.

Infatti *“Per poter esercitare in maniera corretta la professione, l'avvocato deve mostrarsi degno di fiducia, fiducia che trova conforto nell'appartenenza a una professione improntata al decoro; da ciò deriva che egli non dovrà fare nulla che possa nuocere alla reputazione propria e dell'avvocatura in generale e che possa compromettere la fiducia del pubblico negli avvocati. Questo non significa che l'avvocato debba essere perfetto, ma che deve evitare comportamenti indecorosi, sia nell'esercizio della professione che in altre attività che nella vita privata, tali da gettare discredito sull'avvocatura. Una condotta indegna può comportare l'applicazione di sanzioni che possono arrivare, nei casi più gravi, alla radiazione”* (3).

Ciò significa che per svolgere la nostra difficile professione, non è sufficiente conoscere il solo diritto, bisogna avere quelle abilità professionali (conoscenza di tecniche processuali, di ricerca, di persuasione ecc.) e padroneggiare nel “saper essere” avvocato (4).

Il “saper essere” dell'avvocato (che si concretizza anche nel suo modo di interagire con i Clienti, Colleghi, Magistrati) è strettamente collegato alla sua funzione e al ruolo di garante dei diritti (5).

All'uopo il codice deontologico, la deontologia, non può essere vista come una semplice “linea guida” non vincolante, ma è innanzitutto il nostro *vademecum* per svolgere al meglio il compito di cui siamo investiti.

La deontologia, che è la base della formazione dell'Avvocato, è anche il punto di riferimento per la difesa della sua immagine e della sua professionalità senza dimenticare che la nuova Legge Forense ha affermato definitivamente che i principi deontologici sono norme vincolanti e fondamentali per l'esercizio della professione di avvocato.

Infatti i precetti deontologici sono norme primarie vincolanti e devono essere conosciute ed applicate poiché *“l'avvocato nell'esercizio della sua attività è soggetto alla legge e alle regole deontologiche”* così recita l'art.2.4 della Legge Forense, e l'art. 3.2 LF statuisce che *“La professione forense deve essere esercitata con indipendenza, lealtà probità dignità decoro diligenza e competenza tenendo conto del rilievo sociale della difesa e rispettando i principi della corretta e leale concorrenza”* mentre al comma 3 (stesso articolo) si sottolinea che *“L'avvocato esercita la professione uniformandosi ai principi contenuti nel co-*

dice deontologicoIl codice deontologico stabilisce le norme di comportamento che l'avvocato è tenuto ad osservare in via generale, e specificatamente nei suoi rapporti con il cliente con la controparte con altri avvocati e con altri professionisti....”.

Le regole deontologiche pertanto sono essenziali per la realizzazione e la tutela dell'affidamento della collettività e della clientela, della correttezza dei comportamenti, della qualità ed efficacia della prestazione professionale (6).

Un esempio per tutti, il divieto di produrre in giudizio la corrispondenza scambiata tra avvocati *assume la valenza di un principio invalicabile di affidabilità e lealtà nei rapporti interprofessionali, quali che siano gli effetti processuali della produzione vietata, in quanto la norma mira a tutelare la riservatezza del mittente e la credibilità del destinatario, nel senso che il primo, quando scrive ad un collega non deve essere condizionato dal timore che il contenuto del documento possa essere valutato in giudizio contro le ragioni del suo cliente; mentre, il secondo, deve essere portatore di un indispensabile bagaglio di credibilità e lealtà che rappresenta la base del patrimonio di ogni avvocato.* (7)

Accade sovente, però che venga prodotta, riportata in atti processuali o riferita in giudizio, la corrispondenza espressamente qualificata come riservata tra avvocati (in palese violazione dell'art. 48 del Codice Deontologico Forense) per i più disparati motivi: per la asserita “necessità di perseguire la verità” (8), per l' “esercizio del diritto di difesa”, per “documentare fatti e circostanze” e così via, ritenendo la norma deontologica non vincolante per il difensore nel processo, senza tener conto che sussistono norme processuali come l'art 88 cpc e l'art. 105.4 cpp che impongono al difensore di comportarsi con lealtà e probità in giudizio, pena il deferimento agli organi disciplinari.

Il divieto di produrre la corrispondenza scambiata con il collega (art.48 CDF) è oggi inserito nel Titolo IV - Doveri dell'Avvocato nel processo- e tipizza i doveri di riservatezza (art.13), di lealtà e correttezza nei confronti dei colleghi (art.19), concorrendo, nello stesso tempo, al corretto e leale svolgimento del contraddittorio processuale.

Il divieto della produzione della corrispondenza riservata in giudizio, non soffre eccezione alcuna, se non quelle tassative previste dall'art. 48 CDF e non può essere derogata neanche in vista del pur apprezzabile scopo di offrire il massimo della tutela nell'interesse del proprio cliente. (9)

Il nuovo assetto normativo ha chiarito inesorabilmente che ove l'avvocato violi le norme deontologiche (e/o di condotta), viola norme di legge.

Soltanto metabolizzando correttamente la ratio e il ruolo delle norme deontologiche (anche) nel processo, agiremo legittimamente nell'esercizio della professione quali garanti del diritto.

Ritornando al divieto di cui all'art. 48 CDF, questo non è altro che un'esplorazione del diritto/dovere del segreto professionale e del massimo riserbo imposto all'avvocato e previsto dall'art. 6 Legge Forense.

Il rispetto della riservatezza non è soltanto un dovere dell'avvocato, ma anche un diritto fondamentale del cliente. Senza la certezza della riservatezza non può esservi fiducia (10) nell'avvocato e nei rapporti tra avvocati.

Ovviamente il divieto di cui all'art. 48 CDF, deve essere

letto e coordinato insieme al principio generale di cui all'art. 13 CDF: *“l'avvocato è tenuto nell'interesse del cliente e della parte assistita, alla rigorosa osservanza del segreto professionale e al massimo riserbo su fatti e circostanze in qualsiasi modo apprese nell'attività di rappresentanza e assistenza in giudizio, nonché nello svolgimento dell'attività di consulenza legale e di assistenza stragiudiziale e comunque per ragioni professionali. (art. 13 CDF), all'art. 28 CDF (che esplica il principio generale dettando modalità ed eccezioni al riserbo e segreto professionale), nonché l'art. 38 comma 3 e l'art. 51 comma 1 e 2 CDF.*

Significativo è il comma terzo dell'art. 38 CDF (-Rapporti di Colleganza- esplicazione del principio generale previsto dall'art.19 CDF): *“L'avvocato non deve riportare in atti processuali o riferire in giudizio il contenuto di colloqui riservati intercorsi con colleghi”* e il comma secondo dell'art. 51 dove si afferma *“L'avvocato deve comunque astenersi dal deporre sul contenuto di quanto appreso nel corso di colloqui riservati con colleghi nonché sul contenuto della corrispondenza riservata intercorsa con questi ultimi.”*

Da tale quadro normativo e dalla giurisprudenza disciplinare, non si può che concludere come la corrispondenza riservata tra colleghi dovrebbe sempre e comunque rimanere riservata, non ammettendosi eccezioni per la sua divulgazione (se non quelle tassativamente previste dalla norma stessa) e si dovrebbe evitare, il più possibile, la produzione della corrispondenza scambiata con il collega di controparte, anche se non dichiarata riservata, proprio per quei principi di massimo riserbo, colleganza e fiducia che l'avvocato deve ispirare sia verso la collettività sia nei rapporti con i colleghi.

Tali ultime considerazioni trovano altresì conforto in un parere del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Genova (11) che sin dal 2007 affermava *“fermo il principio sempre sostenuto - dal COA di Genova - secondo il quale la corrispondenza scambiata tra Colleghi non dovrebbe mai essere divulgata in quanto coperta da riservatezza in funzione degli affidamenti che devono essere garantiti”*.

(1) *“La probità richiama la figura dell'uomo onesto (vir bonus); il decoro è l'espressione di una forma estrema appropriata e conveniente; e la dignità (originariamente sinonimo di carica pubblica i dignitari) indica per traslato il contegno nei rapporti umani e sociali, e quindi il prestigio e l'onore, ma anche il rispetto per le persone e per la loro autonomia”*, nel *“Codice deontologico forense”* R. Danovi ed.2014 Giuffrè

(2) Art.3.2 Legge Forense – art. 9 Codice deontologico

(3) Principio (d) – dignità, onorabilità e probità - Carta dei principi fondamentali dell'Avvocato europeo. Adottata nella sessione plenaria del Consiglio degli Ordini Forensi Europei (CCBE) il 25 novembre 2006. La Carta enuncia i dieci principi fondamentali dell'avvocato. Non è concepita come un codice deontologico ed è destinata ad essere applicata non solo negli stati membri, associati e osservatori del CCBE ma in tutt'Europa.

(4) Sulla distinzione tra *“sapere”*, *“saper fare”* e *“saper essere”* vedi *“Giuristi si diventa”* G. Pascuzzi ed. Il Mulino

(5) Art.2 Legge n. 247/12 – art 1 Codice deontologico forense

(6) art. 1.3 codice deontologico forense

(7) da ultimo Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Allorio, rel. Merli), sentenza n. 118 del 28 ottobre 2019

(8) Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Caia), Sentenza n. 17 del 23 aprile 2019

(9) Consiglio Nazionale Forense Sentenza n. 108 del 16 ottobre 2019, Corte di Cassazione (pres. Amoroso, rel. De Chiara), SS.UU, sentenza n. 21109 del 12 settembre 2017

(10) Principio (b) – rispetto del segreto professionale e della riservatezza delle controversie oggetto di mandato - Carta dei principi fondamentali dell'Avvocato europeo (sopra cit.)

(11) Parere del C.d.O. di Genova assunto nella riunione del 26.4.2007 sul previgente art. 28 CDF

Compiti e prerogative del “COA” e del “CDD” nel procedimento disciplinare.

Fabio De Santis

Avvocato

Segretario del Consiglio di Disciplina di Genova

Il procedimento disciplinare forense è attualmente disciplinato dal Titolo V della Legge n. 247/12 (Legge Forense) e dal Regolamento del CNF n. 2 del 2014 che delimitano ed individuano i relativi compiti e poteri dei Consigli degli Ordini degli Avvocati e dei Consigli distrettuali di disciplina nelle varie fasi del procedimento stesso.

La riforma professionale devolve il potere disciplinare (nella prima fase del procedimento) ai Consigli Distrettuali di Disciplina che agiscono in autonomia e piena indipendenza di giudizio, mentre ai Consigli dell'Ordine degli Avvocati, portatori dell'interesse collettivo dell'ordine locale, vengono attribuiti specifici compiti tra i quali, oltre all'obbligo di trasmettere al Consiglio Distrettuale di Disciplina gli atti relativi ad ogni violazione di norme deontologiche di cui siano venuti a conoscenza (secondo quanto previsto dall'art. 50.4 LF) (1), provvedono all'esecuzione delle sanzioni disciplinari e all'impugnazione, dinanzi al CNF, di tutte le decisioni del CDD. (2)

Queste le tre prerogative concesse, dal quadro vigente, al COA nell'ambito del procedimento disciplinare.

Le Sezioni Unite nel 2017 hanno sottolineato che

“il CDD, quale organo distrettuale di disciplina, ha una funzione sicuramente amministrativa ma di natura giustiziale, anche se non giurisdizionale, caratterizzata da elementi di terzietà valorizzati sia dal peculiare sistema elettorale, sia dalle specifiche garanzie d'incompatibilità, astensione e ricusazione (art. 3 reg. elett.; artt. 6 - 9 reg. disc.)

... 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. Si tratta di una alterità, che, come sarà meglio precisato (v. in fra §4), trova il suo fondamento nell'intento riformatore complessivo in materia di ordini professionali laddove sin dall'art. 3, comma 5, lett. f), del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138 si afferma che «gli ordinamenti professionali dovranno prevedere l'istituzione di organi a livello territoriale, diversi da quelli aventi funzioni amministrative, ai quali sono specificamente affidate l'istruzione e la decisione delle questioni disciplinari e di un organo nazionale di disciplina» e che «la carica di consigliere dell'ordine territoriale [...] è incompatibile con quella di membro dei consigli di disciplina nazionali e territoriali».

... A marcare la diversità dell'attuale assetto disciplinare e processuale è proprio l'alterità organica tra il CDD, detentore del potere disciplinare, e il COA, portatore dell'interesse collettivo dell'Ordine locale, laddove nella previgente l.p.f. era il COA stesso a sommare i due ruoli con i relativi riflessi processuali (v. Cass. Sez. U, n. 2077 del 1994).

... Ed è appunto l'alterità organica tra il CDD, detentore del potere disciplinare (art. 50, comma Ric. 2017 n. 05307 sez. SU - ud. 20-06-2017 -8- Corte di Cassazione - copia non ufficiale 1, I.p.f.) e il COA, portatore dell'interesse collettivo dell'ordine locale (art. 50, comma 4, I.p.f.), che differenzia nettamente l'assetto attuale da quello della vecchia disciplina dell'ordinamento della professione forense, laddove era il COA stesso a sommare i due ruoli.” (Cosi Cass. SS.UU, sent. n. 16993 del 10 luglio 2017) Nel sistema vigente ed attuale la linea di confine tra i poteri e le funzioni dei due organi è ben delineata eppure vengono

sollevate ancora perplessità su come operare in particolar modo nella fase “iniziale” del procedimento disciplinare, incertezze (magari giustificabili) alla luce dell’entrata in vigore della novella, infatti nel 2015

Il COA di Cagliari chiede se vi sia la conservazione in capo al C.O.A. di un margine valutativo, seppur minimo e nei limiti che seguono, sugli “esposti” disciplinari, posto che l’art. 50, comma 4 L.F., così recita: “(...) Quando è presentato un esposto o una denuncia ad un Consiglio dell’Ordine, o vi è comunque una notizia di illecito disciplinare, il Consiglio deve (...)”.

Con dettagliato parere del 17 luglio 2015, n. 80 il Consiglio nazionale forense (rel. Picchioni) pertanto aveva chiarito (3):

“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, speculara a quella che si verificava precedentemente 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 spetta 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”.

La questione poteva ritenersi chiusa, ma nel 2017

Il COA di Rieti 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. e con parere n. 72 del 22 giugno 2016, il Consiglio nazionale forense (rel. Baffa) affermava:

“Ritenuto che il quesito ipotizza, sia pure in forma implicita, che, nel caso considerato, il COA possa (o, addirittura, debba) archiviare l’esposto, senza investire dello stesso il competente Consiglio distrettuale di disciplina, previa l’attività di cui al comma 4 del citato articolo 50, ad escludere in modo categorico una siffatta possibilità vale considerare:

a) che il provvedimento di archiviazione, secondo quanto pacificamente ritenuto, è privo del carattere di decisorietà, e dunque di definitività, in quanto assunto “allo stato degli atti”, talché non dà luogo a preclusioni da giudicato, consentendo un successivo esercizio dell’azione in presenza non solo di nuovi elementi o accertamenti, ma anche di una rivalutazione degli elementi ed accertamenti pregressi (cfr., tra le tante: CNF, 30 maggio 2014, n. 71 e CNF, 18 giugno 2010, n. 43); far leva, dunque, su un precedente provvedimento di archiviazione per escludere a priori la possibilità di un successivo promuovimento dell’azione disciplinare, significa attribuire al precedente provvedimento di archiviazione un valore decisorio, per di più irretrattabile, che esso non ha;

b) 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.

È ovvio, pertanto, che l’opzione implicitamente sottesa nel quesito di potere il COA procedere, nel caso considerato, ad archiviare il nuovo esposto/denuncia si pone in insanabile contrasto con il principio di diritto richiamato sub a) e in patente violazione del nuovo sistema normativo e regolamentare di disciplina di cui sub b).

Ma recentemente,

Il COA di Perugia 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.

e con parere n. 37 del 20 ottobre 2019, il Consiglio nazionale forense (rel. commissione) ribadisce:

“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.

Ulteriori elementi in questo senso possono desumersi dalla giurisprudenza della Suprema Corte di cassazione, ed in particolare dalla sentenza SS. UU. n. 16993/2017 in materia di impugnabilità del provvedimento di archiviazione, la quale ha avuto modo di precisare le rispettive competenze di COA e CDD nel nuovo assetto del procedimento disciplinare.

Ne consegue che non sussistono ragioni per superare l'orientamento già espresso da questo Consiglio con i propri pareri nn. 72/2016 e 80/2015.

Alla luce delle premesse di cui sopra, allo stato, possiamo affermare che:

il nuovo assetto normativo (dal 2012) si contraddistingue nettamente da quello della vecchia disciplina dell'ordinamento forense, dove, in precedenza, il potere disciplinare da una parte (oggi esclusivamente dei CDD, nella prima fase del procedimento) e le funzioni di tenuta degli albi e di vigilanza degli iscritti, dall'altra, si sommarono in capo ai Consigli dell'Ordine.

Nell'attuale disciplina vi è una totale esclusione (4) dei COA nel procedimento disciplinare, ma ciò esclusivamente nella fase "amministrativa giustiziale" dei CDD, rispettando così quella "logica" di fondo che ha portato alla legge di riforma che ha istituito i CDD ed ha fissato, appunto, la separazione dei poteri con i COA.

Un intervento seppur minimo nella fase primordiale del procedimento disciplinare da parte del COA (oggi non consentito) potrebbe compromettere, in "astratto", l'indipendenza e la terzietà del COA (5) e così la sua legittimazione ad impugnare le decisioni del CDD, facendo riaffiorare tutte quelle critiche mosse al previgente sistema disciplinare in generale (e non solo degli avvocati) che ha spinto il legislatore a riformare tutti gli ordini professionali. Critiche che potrebbe riassumersi in quello che la collettività, nel passato, ha percepito, nella sua accezione più negativa come una "giustizia domestica" carente di trasparenza ed imparzialità. Una seppur minima valutazione della notizia dell'illecito, o attribuire un potere (pre)istruttorio e/o qualsiasi altra attività di interferenza da parte dei COA sulla notizia dell'illecito disciplinare e prima dell'invio degli atti al CDD, andrebbe a minare quella indipendenza ed autonomia di giudizio propria dei CDD e/o comprometterebbe inesorabilmente quei principi di trasparenza ed imparzialità a cui il Consiglio dell'Ordine sarebbe tenuto nel rispetto delle proprie funzioni e prerogative, oggi imposte, quale garante dei principi della Legge Forense, delle norme deontologiche e della tutela della collettività. Stesse argomentazioni potrebbero essere

richiamate nel caso in cui un Consigliere dell'Ordine assumesse le difese (in un procedimento disciplinare) presso il CDD del quale fa parte il proprio COA (6), oppure rappresentasse, quale difensore, un iscritto del proprio COA innanzi al CDD e/o o entrambe le cose.

Il potere disciplinare in capo al COA, quale organo di vigilanza deontologica è pieno nella fase di esecuzione e in quella (eventuale) d'impugnazione delle decisioni del CDD (che non ha più alcun potere e funzione dopo la chiusura della fase "amministrativa giustiziale").

L'insaturazione di "procedimenti disciplinari paralleli" (7) o la mancata trasmissione ai Consigli Distrettuali di Disciplina delle notizie di illecito disciplinare da parte dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati, non attenti all'evoluzione del sistema disciplinare, risultano essere una chiara violazione del nuovo sistema disciplinare, normativo e regolamentare, nonché una palese violazione del sistema deontologico vigente, senza tener conto delle possibili nuove conseguenze previste per i COA dalla Legge Forense (8) per siffatti comportamenti.

Note

(1) Art. 29 lettera f) Legge Forense

(2) Corte di Cassazione (pres. Amoroso, rel. Cirillo), SS.UU, sentenza n. 16993 del 10 luglio 2017 che formula il seguente principio di diritto: «Avverso i provvedimenti del Consiglio distrettuale di disciplina e per ogni decisione, ivi compresa l'archiviazione, è ammesso ricorso da parte del Consiglio dell'ordine presso cui l'avvocato è iscritto avanti ad apposita sezione disciplinare del Consiglio nazionale forense».

(3) Si riportano i pareri per esteso per le numerose questioni trattate che forniscono preziosi spunti di riflessione sullo stato dell'arte

(4) Vedasi "Riflessioni sulla legge professionale" - documento redatto dal Gruppo di Lavoro "Legge Professionale - Natura Ordini" dell'OCF illustrato e discusso nelle Assemblee del 22/11 e 21/12/2019

(5) vedasi per esempio le norme sui conflitti d'interesse che i vari COA si sono dettate nei propri Codici Etici e di Comportamento

(6) Parere CNF n. 57 del 15/11/19

(7) Così definiti nella sessione Nazionale dei CCD tenutasi a Palermo in data 25 e 26 ottobre 2019

(8) Art. 33 Scioglimento del consiglio 1. Il consiglio è sciolto: a) se non è in grado di funzionare regolarmente; b) se non adempie agli obblighi prescritti dalla legge; c) se ricorrono altri gravi motivi di rilevante interesse pubblico.