

**NUOVA GIURISPRUDENZA LIGURE**  
Rivista quadrimestrale di giurisprudenza  
del Distretto della Corte d'Appello di Genova

**Comitato Scientifico:**

Guido Alpa, Camillo Belfiore, Sergio Maria Carbone, Paolo Comanducci, Pasquale Costanzo, Andrea D'Angelo, Antonino Dimundo, Luciano Di Noto, Michele Marchesiello, Corrado Marvasi (C.M.), Vito Piergiovanni, Paolo Pisa, Adriano Sansa, Stefano Savi, Alessandro Vaccaro

**Comitato di Direzione:**

Ugo Carassale, Pierluigi Chiassoni, Luigi Cocchi, Guido Colella, Giuseppe Donato, † Sergio Faiella, Gilda Ferrando, Mauro Ferrando, Andrea Fusaro, Emanuele Lamberti, Antonio Lovisolo, 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 (F.DM.), Antonio Fontana (A.FONT.), Leopoldo Ghigliotti (L.GH.), Francesco Ghisiglieri (F.GHI.), 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.)

**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 Brigandì (EL.BR.), Iliaria Busca (I.B.), Francesca Butera (F.B.), Carlo Alberto Calcagno, Alessandro Calдини, 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.), 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 Curletto (EL.C.), Pierpaolo Curri (P.P.CU.), Francesca Dagnino (F.DA.), Marina Damonte (MA.DMT.), Michele Dasio, 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.), Andrea Ferreccio (A.FRC.), Damiano Fiorato, Francesca Florino, Alessandro Fontana (A.F.), Cesare Fossati, Stella Frascà (ST.FR.), Serafina Funaro (SE.F.), Francesco Gaeta (F.G.), Barbara Gambaro (BA.GMB.), Matteo Gambaro (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 Maaoli, 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.), Stefania Polidorou (STE.POL.), Patrizia Piano, Stefania Piano, Giovanni Porcile, Claudio Rambaldi (CL.RM.), Andrea Rava (A.RAV.), Federico Repetti (F.RPT.), Francesca Ricca (FR.RIC.), Francesca Ricco, Mario Riccomagno, Enrico Righetti, Raffaella Romoli (R.RO.), Guia Rovegno (G.U.R.), Anna Ruberto, Alessandro Saccomani (A.SAC.), Aldo Salvadé (AL.S.), Giulia Santoni (G.S.), Beatrice Scafidi (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 Zanolì (FA.ZA.), Filippo Andrea Zorzi (F.A.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, Annalisa Carrella (AN.CAR.), Michele Ciravegna (M.CIR.), 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.), Renato Ramondo, Luigi Sannino (L.SN.), Cristina Senes (CR.SEN.), Alessandro Torri (A.T.), Iliaria Torri, Chantal Torrigino (CH.T.), Valentina Ventura Boeri

**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

---

<b>Editoriale</b>	<b>3</b>
<i>Cumulo dei mandati forensi: brevi considerazioni interlocutorie.</i>	
Pasquale Costanzo	

---

## Sezione di diritto civile

<b>Sentenze, Ordinanze e Decreti</b>	
Tribunale di Genova, 22 gennaio 2019	<b>5</b>
Corte d'Appello di Genova, 27 novembre 2018	<b>7</b>
Tribunale di Genova, ord. 1 marzo 2018	
Tribunale di Genova, ord. 5 febbraio 2019	
Tribunale di Genova, 29 gennaio 2019	<b>16</b>
Tribunale di Genova, 22 gennaio 2019	<b>20</b>
<b>Massime</b>	<b>26</b>
<b>Documenti</b>	
<i>La "proprietà" dei dati personali.</i>	
Guido Alpa	<b>29</b>
<i>L'art. 1 del codice della crisi di impresa: divagazioni sul tema.</i>	
Giorgio Schiano di Pepe	<b>36</b>
<i>Culture della riforma, modulazione del rito e sommarizzazione delle tutele. Sulle più recenti modifiche del nostro processo civile.</i>	
Vincenzo Ansanelli	<b>38</b>
<i>Sugli animali nel Condominio</i>	
Antonio Fontana	<b>47</b>
<i>Il D. Lgs. n. 231/2001 e il crollo del ponte Morandi: la strada dopo la tragedia</i>	
M. Francesca Lanznaster	<b>49</b>

---

## Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

<b>Sentenze, Ordinanze e Decreti</b>	
Consiglio di Stato, 4 febbraio 2019	<b>55</b>
<i>Diritto alla salute e diritto all'esercizio di impresa nel rapporto con il Servizio sanitario nazionale.</i>	
Con nota di Simona Lucianelli	<b>59</b>
<b>Massime</b>	
Corte Costituzionale, 9 gennaio 2019	<b>61</b>
Con nota di Giovanna Grilli	<b>62</b>
Corte di Giustizia, 28 novembre 2018	<b>63</b>
Con nota di Federica Danini	<b>64</b>

---

## Sezione di diritto tributario

<b>Massime</b>	<b>66</b>
----------------	-----------

---

## Sezione di diritto penale

<b>Sentenze, Ordinanze e Decreti</b>	
Tribunale di Genova, ord. 20 marzo 2018	<b>71</b>
Tribunale di Genova, ord. 27 marzo 2018	
Corte costituzionale, 7 novembre 2018	
<i>La Corte Costituzionale include i provvedimenti sulla messa alla prova tra le ipotesi di esclusione dall'obbligo di iscrizione nei certificati del casellario richiesti dall'interessato</i>	
Con nota di Federico Oneto	<b>72</b>
<b>Massime</b>	<b>78</b>
<b>Documenti</b>	
<i>Di ponti che crollano, del paesaggio e dei limiti della responsabilità penale</i>	
Michele Marchesiello	<b>76</b>

## Editoriale

### *Cumulo dei mandati forensi: breve considerazione interlocutorie*

**Pasquale Costanzo**

*Emerito di Diritto costituzionale nell'Università di Genova*

Tanto tuono che piove!

Come dire che l'arrivo sul tavolo della Corte costituzionale della *vexata quaestio* della retroattività o meno della previsione recata dalla l. n. 113 del 2017 circa il divieto di un terzo mandato consecutivo per i consiglieri degli ordini circondariali degli avvocati rappresenta una circostanza del tutto annunciata. Come dire ancora che un problema che involge diritti fondamentali di componenti della classe forense sembra finalmente aver trovato il suo giudice naturale.

Ci riferiamo ovviamente alle due questioni di costituzionalità sollevate dal Consiglio Nazionale Forense in pari data (il 15 febbraio di quest'anno) nel contenzioso sorto a seguito dei reclami elettorali proposti avverso il provvedimento di proclamazione degli eletti della Commissione elettorale dell'Ordine degli Avvocati di Savona e nei confronti dell'analogo provvedimento della Commissione elettorale dell'Ordine degli Avvocati di La Spezia, anch'essi adottati nella medesima data (11 gennaio 2019).

Prima di gettare un rapido sguardo sulle due ordinanze del massimo organo dell'Avvocatura italiana, occorre altrettanto rapidamente ricordare che all'attuale situazione si è pervenuti con un tragitto a dir poco insolito, a cominciare dalla sentenza delle Sezioni unite della Cassazione n. 32781 del 19 dicembre 2018, emessa non solo per fornire, com'era corretto attendersi, una soluzione al delicato problema, ma anche, più inopinatamente, per dissertare sulla bontà di una previsione legislativa "intesa ad evitare per quanto più possibile il pericolo di una cristallizzazione di posizioni di potere". È toccato poi al Governo entrare nella querelle con il decreto legge 11 gennaio 2019, n. 2, secondo cui, ai fini del rispetto del divieto di cumulo, si sarebbe dovuto tenere conto dei mandati espletati, compiutamente o in parte, prima dell'entrata in vigore sia della legge 12 luglio 2017, n. 113, sia della legge 31 dicembre 2012, n. 247.

Quest'ultimo disposto, apparentemente abrogato dalla l. 11 febbraio 2019, n. 12 prima ancora che ne venisse in discussione la sua eventuale conversione, è stato, con esemplare tecnica legislativa, contestualmente reintrodotta con l'art. 11-*quinquies* dello stesso decreto: segno evidente dell'indifferibilità posta a base del decreto emanato, nella sostanza, all'innaturale scopo di tenere ferma (ma che bisogno c'era?) l'interpretazione fornita dalle Sezioni Unite. Comunque sia, è anche, dunque, per tale (s)concerto di attori istituzionali, oltre che per l'accennato tono costituzionale della materia, che ci si può compiacere dell'entrata in scena del Giudice delle leggi, chiamato a valutare la compatibilità del reprimato disposto con la Carta fondamentale.

Sulla specifica questione, dunque, che per inciso ha creato notevoli incertezze sulla *governance* dell'Avvocatura italiana

anche per l'entrata del Governo a gamba tesa quando il gioco era già iniziato, la Consulta - ci pare - si trovi davanti a questioni sufficientemente istruite: vuoi per la dovizia di argomenti dispiegati dalle parti interessate (di cui danno ampiamente conto le ordinanze del CNF), vuoi per il cristallino ragionamento svolto dallo stesso CNF in tali atti introduttivi del giudizio davanti alla Corte.

Mette conto di accennare ai principali.

Intanto, strada facendo, le questioni sono diventate due. La prima concerne la legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 3, secondo periodo, della legge 12 luglio 2017, n. 113, che dispone l'ormai famoso divieto di cumulo all'origine della complessiva questione e su cui si sono esercitate per prime le Sezioni Unite della Suprema Corte, dando prova del ridetto ipercinetismo, laddove il meno che si possa dire è che sia stato emarginato il criterio interpretativo principe (quando utilizzabile) dell'intenzione del legislatore, visto che nella sede referente di giovedì 1° giugno 2017 venne respinto un emendamento del Movimento 5 Stelle teso ad escludere "l'elettorato passivo degli avvocati che, anteriormente alla data di entrata in vigore del provvedimento in discussione, abbiano già rivestito la carica di componente dei consigli degli ordini circondariali forensi per un periodo di otto anni".

La seconda questione riguarda la legittimità costituzionale del più recente art. 11-*quinquies* del decreto legge 14 dicembre 2018, n. 135, introdotto dalla legge di conversione del medesimo 13 febbraio 2019, n. 12, al fine già segnalato di reiterare quanto già disposto a gennaio. Dal che si può valutare la lucidità del disegno complessivo, visto che il decreto di dicembre reca disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione (*absit iniuria verbis!*) per le imprese e per la pubblica amministrazione e rispetto a cui la qualificazione di norma intrusa dell'indubbiata disposizione pare un giudizio molto moderato.

Venendo al divieto di cumulo, ci pare che l'osservazione del CNF secondo cui non ne sarebbe stato possibile fornire un'interpretazione costituzionalmente orientata rappresenti assai bene l'impasse in cui l'organo nella sua qualità di giudice speciale è venuto a trovarsi, non potendo (o non essendo più opportuno) contrastare con la ragione gli intendimenti giurisprudenziali e legislativi già manifestati al medesimo proposito. Peraltro, essendo costretto ad andare in rotta di collisione con la decisione n. 187 del 30 novembre 2015 (adottata per fluidificare preventivamente le incombenti operazioni elettorali), allorché, da parte dello stesso organismo, era stata fornita la piana interpretazione per cui, a fronte della vigenza nel nostro ordinamento, del principio generale di irretroattività della legge, la disposizione in argomento dovesse ritenersi applicabile solo alle situazioni emerse o che fossero emerse a seguito dell'entrata in vigore delle nuove norme elettorali.

Nel merito, l'argomento dirimente per mettere da parte il divieto in questione fa appello ad un principio cardine dello Stato costituzionale ossia l'inviolabilità dei diritti fondamentali, tra cui viene fatto pacificamente rientrare il diritto di elettorato passivo. "Ne consegue" puntualizza efficacemente il CNF - che restrizioni di tale diritto,

perseguite, ad esempio, mediante la previsione di cause di incandidabilità, ineleggibilità o incompatibilità, sono ammissibili esclusivamente all'esito di un bilanciamento - riservato alla discrezionalità del legislatore, ma soggetto allo scrutinio di ragionevolezza e proporzionalità - tra il diritto stesso e concorrenti interessi di rilievo costituzionale".

Poiché, condivisibile o meno che sia, la scelta in questione esprime un orientamento politico in materia forense, occorre domandarsi se essa presenta le caratteristiche di plausibilità tali da poter controbilanciare il *vulnus* dell'integrale garanzia dell'elettorato attivo e passivo, nonché del trattamento uguale degli interessati. Difficile reperire giustificazioni di pari rango costituzionale che valgano a mettere da parte l'intangibilità del diritto, se non si vuole rifluire in mere scelte di merito (quelle indicate dalle Sezioni Unite?). Non si vede, infatti, quali dei valori che devono assistere una competizione elettorale, anche così specifica come quella per il rinnovo dei Consigli circoscrizionali degli avvocati risulterebbero lesi: non all'evidenza la libertà del voto, non la trasparenza delle operazioni, non gravi deviazioni nel momento genetico del rapporto rappresentativo .... per non dire che, trattandosi

di gestire una fase di passaggio, sembrerebbe, se mai, più logico consentirne (a discrezione degli ordini interessati) una che non azzeri *ex abrupto* esperienze e memorie.

Circa la seconda questione, il tema è sostanzialmente quello della latitudine del potere legislativo nel cambiare la carte in tavola con efficacia retroattiva (peraltro, come accennato, con un *drafting* più che dubbio). L'irretroattività della legge non è fine a se stessa: oltre i casi in cui è la stessa Costituzione ad imporla (come nel campo penale), essa è strumentale quantomeno ai principi parimenti di valenza costituzionale di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento del cittadino, che sarebbero gravemente offesi se, tramite disposizioni di carattere retroattivo si recuperassero "senza valide ragioni [ma abbiamo visto quanto sia critica la situazione al riguardo], vicende del passato già regolate in un certo modo [conferendo] loro un nuovo e diverso rilievo giuridico per il futuro".

Queste, in termini molto semplificati e sintetiche, le questioni sul tavolo della Consulta. Dalla loro soluzione dipende non solo la curvatura che deve prendere un profilo essenziale dell'organizzazione forense, ma anche la tenuta di principi cardine dello Stato di diritto.

## Sezione di diritto civile

# Sentenze e Ordinanze

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 22 gennaio 2019 - Giudice Unico Cazzato.

### **MUTUO - interessi corrispettivi e interessi moratori - sommatoria - esclusione.**

(Artt. 1224 e 1282 c.c.)

### **MUTUO - interessi moratori convenzionali - usura - metodo di calcolo.**

(Art. 2, L. n. 108/1996)

### **MUTUO - tasso annuo effettivo globale e tasso effettivo di estinzione anticipata.**

### **MUTUO - penale di estinzione anticipata - usurarietà - esclusione.**

### **MUTUO - intese anticoncorrenziali - indice EURIBOR - applicazione ai contratti di mutuo - illegittimità - onere della prova - usura - esclusione.**

(Art. 101, L. n. 287/1990)

*Gli interessi corrispettivi, costituiscono la remunerazione della messa a disposizione di una data somma di denaro da parte del mutuante e si applicano soltanto sul capitale a scadere mentre gli interessi di mora costituiscono il rimborso del danno subito dal mutuante medesimo in conseguenza del ritardo nella restituzione del capitale e si applicano soltanto sul debito scaduto.*

*Gli interessi corrispettivi e gli interessi moratori non possono mai sovrapporsi e rappresentano due costi del prestito monetario nettamente distinti, aventi diverso oggetto, diversa causa e diverso periodo applicativo. Come tali, detti costi non possono sic et simpliciter essere sommati tra di loro, al fine di raffrontare con il TEGM il risultato di tale indebita somma.*

*Gli interessi moratori convenzionali possono essere usurari purché singolarmente considerati.*

*Il metodo corretto per rilevare l'usurarietà degli interessi moratori consiste nel confrontare il relativo tasso con il TEGM scevro di maggiorazioni o incrementi. Occorre raffrontare il tasso di mora pattuito e il tasso-soglia, desunto dall'art. 2 L. 108/1996 per tipologie di operazioni contrattuali.*

(Conf. Cass.: ord. n. 27442 del 30.10.2018).

*Il tasso effettivo di estinzione anticipata (c.d. T.E.E.A.), che trova applicazione in caso di recesso dal contratto di mutuo in data anteriore rispetto alla scadenza originariamente pattuita dalle parti, ha natura diversa rispetto al tasso annuo effettivo globale (c.d. T.A.E.G.) che sintetizza il costo dell'erogazione pecuniaria.*

*La penale di estinzione anticipata, non condividendo la medesima natura degli interessi, di qualunque tipologia essi siano, non costituisce la remunerazione di un capitale dato a prestito ma la compensazione di un'utilità attesa e non conseguita e non è pertanto soggetta al divieto di usurarietà.*

*In assenza di altri elementi, il riferimento ad un Euribor falsato, non determina la sussistenza dell'usura non diversamente provata. Incombe sul ricorrente l'onere di allegare e dimostrare la concreta incidenza sul singolo contratto dell'applicazione del tasso*

*Euribor falsato e decretato come illegittimo dalla decisione della Commissione Europea AT39914, in materia di condotte anti-concorrenziali, nonché l'adesione della banca all'intesa anticoncorrenziale vietata dalla normativa europea (c.d. cartello interbancario).*

(... Omissis...)

Con ricorso ex art. 702 bis c.p.c., \* ha dedotto di aver stipulato con \*, in data 20.10.2004, un mutuo fondiario che prevedeva l'erogazione della somma di € 150.000,00 da restituire in 360 rate mensili, un tasso di interessi corrispettivi del 3,09% per le prime quattro rate e, per quelle successive, un tasso parametrato all'Euribor 6 mesi (2,189%) cui sommare lo spread dell'1,75%, un tasso di interessi moratori del 4,59% e un tasso effettivo globale del 4,214%.

Detto mutuo, cui in seguito subentrava \* per incorporazione dell'originario mutuante, veniva estinto anticipatamente il 10.2.2011 con pagamento di € 45.645,02 a titolo di interessi. L'attrice, quindi, ha chiesto accertarsi l'usurarietà degli interessi applicati e, in subordine, l'indeterminatezza delle relative clausole contrattuali, in ogni caso con la conseguente condanna dell'istituto bancario alla restituzione di quanto ad essa indebitamente versato. \* si è costituita in giudizio in luogo di \*, in primo luogo eccependo la nullità dell'avversario ricorso e, nel merito, contestando sotto molteplici profili le operazioni compiute da parte attrice per sostenere l'usurarietà degli interessi applicati. Ha chiesto, quindi, il rigetto delle attoree pretese, rilevando altresì la genericità della domanda svolta gradatamente da controparte e rilevando, in subordine, che laddove venisse accertata l'usurarietà degli interessi moratori, rimarrebbero comunque dovuti i corrispettivi. In corso di causa è stata disposta ed espletata C.T.U. contabile. Tanto premesso, va in primo luogo presa in considerazione l'eccezione pregiudiziale di nullità del ricorso svolta dalla resistente. Tale eccezione è infondata. \* lamenta una menomazione delle proprie possibilità di difesa in giudizio in conseguenza della genericità della domanda svolta nei suoi confronti, sostenendo che la ricorrente avrebbe dovuto precisare i termini effettivi del superamento della soglia di usurarietà da parte dei tassi pattuiti e specificare gli importi oggetto della domanda di restituzione, non essendo sufficiente il richiamo per relationem alla perizia econometrica allegata (doc. 5 attoreo). Invero, dall'esame complessivo del ricorso e delle difese compiutamente svolte dall'ente di credito convenuto, si desume chiaramente che il petitum ha ad oggetto la ripetizione di somme che sarebbero state indebitamente pagate a titolo di interessi asseritamente usurari, in applicazione di tassi e in relazione a un contratto di mutuo che sono stati entrambi individuati con precisione. Tanto è sufficiente per individuare il thema decidendum e per escludere che petitum e causa petendi siano inesistenti o assolutamente incerti (uniche ipotesi atte ad integrare una violazione dell'art. 163, c. 3, nn. 3 e 4, c.c.). L'eccezione di qua va pertanto respinta. Passando al merito della controversia, occorre innanzitutto osservare che i tassi di interesse singolarmente considerati non superano la soglia di usurarietà indicata dalla stessa ricorrente nella percentuale del 5,76%: infatti, il tasso degli interessi corrispettivi, laddove

fisso, è pari a 3,09% (amplius nel prosieguo per quanto riguarda invece il tasso variabile, applicabile a partire dalla quarta rata), il tasso effettivo globale è pari a 4,214% e il tasso di mora è pari al 4,59%. La \*, invero, giunge alla conclusione dell'usurarietà degli interessi contrattuali in forza di alcune operazioni di calcolo scorrette. In primo luogo, l'attrice suggerisce di aggiungere gli interessi corrispettivi e moratori. Già in sede di ricorso viene precisato che gli addendi di questa operazione sono proprio le somme monetarie dovute a titolo di interessi, non i rispettivi tassi. Tale precisazione, tuttavia, non rende legittima l'operazione effettuata, dato che non è coerente confrontare con il TEGM una somma monetaria, trattandosi di grandezze evidentemente disomogenee: può essere rapportato al tasso-soglia solo un altro tasso, che sia parimenti espresso in misura percentuale. In ogni caso, è comunque errato procedere alla sommatoria tra interessi corrispettivi e moratori (nonché tra i rispettivi tassi) poiché essi, per la struttura stessa del contratto di mutuo, non possono mai essere applicati congiuntamente in relazione ad un medesimo periodo temporale. Infatti, gli interessi corrispettivi, che costituiscono la remunerazione della messa a disposizione di una data somma di denaro da parte del mutuante, si applicano soltanto sul capitale a scadere (art. 1282 c.c.), mentre gli interessi di mora, che costituiscono invece il rimborso del danno patito dal mutuante medesimo in conseguenza del ritardo nella restituzione del capitale, si applicano soltanto sul debito scaduto (art. 1224 c.c.). Il tasso di mora sostituisce così in toto il tasso corrispettivo nel momento in cui matura in capo al mutuatario l'obbligazione restitutoria: il tasso di mora si applica solo dopo il suddetto momento e il tasso nominale si applica solo prima. Gli stessi non possono mai sovrapporsi e rappresentano due costi del prestito monetario nettamente distinti, aventi diverso oggetto, diversa causa e diverso periodo applicativo. Come tali, detti costi non possono sic et simpliciter essere sommati tra di loro, al fine di raffrontare con il TEGM il risultato di tale indebita somma. Piuttosto, gli stessi vanno confrontati con il parametro di usurarietà separatamente gli uni dagli altri. La domanda attorea di accertamento dell'usurarietà degli interessi applicati al contratto di mutuo da essa stipulato con \* va dunque rigettata, laddove fondata sul criterio di calcolo da essa stessa denominato "metodo della sommatoria". In secondo luogo, la \* argomenta le proprie pretese sostenendo l'usurarietà del tasso di mora. Come già esposto, questo è pari a 4,59% (ossia: TAN del 3,09% + 1,5% contrattualmente pattuito) e come tale, dunque, inferiore al TEGM del 5,76%. Non è corretto il calcolo che sembra suggerire la ricorrente (pag. 2 del ricorso), la quale somma alla suddetta misura percentuale anche i costi dell'erogazione (pari a 1,124%), pari alla differenza tra TAEG e TAN (ad ogni modo, il valore così ottenuto risulta pari a 5,714%, che è parimenti inferiore al tasso soglia). Non è corretto nemmeno calcolare il tasso degli interessi di mora in rapporto al c.d. TIR, ossia al tasso interno di rendimento, il quale, sulla base di una proiezione futura di ipotetici ritardi nel pagamento delle varie rate del mutuo, presume quale possa essere il conseguente rendimento del prestito per il soggetto mutuante. Tale metodo, infatti, è stato definitivamente superato dalla giurisprudenza di legittimità, la quale, nel confermare che anche gli interessi moratori convenzionali possono essere usurari (purché singolarmente considerati), ha imposto il raffronto tra il tasso di mora pattuito e il tasso-soglia, desunto dall'art. 2 L. 108/1996 per tipologie di operazioni contrattuali (Cass. ord. n. 27442 del 30.10.2018).

Risultano, pertanto, superati i calcoli effettuati dal C.T.U. in corso di causa, in epoca antecedente all'affermarsi del menzionato orientamento.

Tale indirizzo, parimenti, destituisce di fondamento la tesi della resistente, secondo cui l'usurarietà degli interessi di mora può inferirsi solo confrontando i relativi tassi con il TEGM maggiorato del 2,1%, secondo la nota della Banca d'Italia del 3.7.2013. Concludendo sul punto, il metodo corretto per rilevare l'usurarietà degli interessi moratori è, lo si ribadisce, confrontare il relativo tasso con il TEGM scevro di maggiorazioni o incrementi: nel caso di specie, il primo è pari a 4,59% e quindi non è usurario, in quanto inferiore al TEGM, sia che si consideri quello rilevato per i mutui fondiari a tasso fisso (5,76%), sia, e a fortiori, che si consideri quello rilevato per i mutui fondiari a tasso variabile (8,145%). Anche la domanda attorea di accertamento dell'usurarietà dei tassi moratori ex se considerati va pertanto rigettata, in quanto infondata. In terzo luogo, la \* sostiene l'usurarietà del tasso effettivo di estinzione anticipata (c.d. T.E.E.A.), ossia di quel tasso che trova applicazione in caso di recesso dal contratto di mutuo in data anteriore rispetto alla sua scadenza originariamente pattuita dalle parti. In tale evenienza, il mutuatario restituisce in un'unica soluzione il capitale residuo e un'ulteriore quota percentuale sullo stesso calcolata sulla scorta appunto del menzionato T.E.E.A. Tale versamento, ulteriore rispetto alla restituzione del capitale, ha la funzione di indennizzare il mutuante per la perdita del rendimento (in termini di interessi corrispettivi non più dovuti) del rapporto anticipatamente cessato. Si tratta, in buona sostanza, di una penale di cui il mutuatario deve farsi carico laddove decida unilateralmente di sciogliersi anzitempo dal vincolo negoziale. È evidente, dunque, che tale onere non costituisce un costo del prestito di denaro, ma un elemento accidentale del mutuo, di applicazione meramente eventuale. Come tale, non rientra nel calcolo del TAEG che, per definizione, sintetizza il costo dell'erogazione pecuniaria. È altrettanto evidente che la penale dovuta in caso di estinzione anticipata del mutuo, sebbene sostituisca, subentrando, gli interessi corrispettivi non più dovuti dalla data del recesso, ha una natura ben diversa da quella degli interessi stessi: per tale motivo, la stessa non è passibile di usurarietà. Riprendendo uno degli argomenti svolti dalla già citata pronuncia della Suprema Corte (Cass. n. 27442/2018), "interessi corrispettivi e interessi convenzionali moratori (sebbene suscettibili di applicazioni temporalmente e funzionalmente differenti) sono ambedue soggetti al divieto di interessi usurari, perché ambedue costituiscono la remunerazione di un capitale di cui il creditore non ha goduto: nel primo caso volontariamente, nel secondo caso involontariamente". Viceversa, la penale di estinzione anticipata, non condividendo la medesima natura degli interessi, di qualunque tipologia essi siano, non costituisce la remunerazione di un capitale dato a prestito, ma piuttosto la compensazione di un'utilità attesa e non conseguita (quella rappresentata dalla suddetta remunerazione). Pertanto, non è soggetta al divieto di usurarietà. Anche questo profilo della domanda attorea va dunque rigettato, in quanto infondato. In quarto ed ultimo luogo, la \* ha contestato, per la prima volta in sede di note autorizzate 25.6.2018, la nullità del tasso di interesse corrispettivo da applicarsi successivamente al pagamento della quarta rata, in quanto parametrato a un indice Euribor falsato e decretato come illegittimo dalla decisione della Commissione Europea AT39914, in materia di condotte anticoncorrenziali tenute da alcuni istituti bancari della c.d.

Eurozona. Conseguenza di tale riferimento sarebbe, secondo la tesi della ricorrente, la nullità della clausola contrattuale in cui è stato pattuito il tasso variabile degli interessi corrispettivi e, quindi, la gratuità del mutuo in parte qua. In via pregiudiziale, va presa in considerazione l'eccezione di tardività di tale rilievo, sollevata da parte resistente. Tale eccezione non merita condivisione, poiché la nullità rilevata dalla \* è oggetto di un'eccezione in senso lato, come tale sempre proponibile nel corso del giudizio e non soggetta alle preclusioni processuali disciplinate dal codice di procedura (S.U. n. 24262/2014), peraltro laddove applicabili per analogia al rito sommario di cognizione ex art. 702 bis istaurato nella presente sede. Nel merito, la domanda attorea va rigettata, in quanto sfornita di prova. Come già sottolineato nell'ordinanza 23/7/2018, spettava alla ricorrente allegare e dimostrare la concreta incidenza sul singolo contratto dell'applicazione del tasso Euribor richiamato, nonché l'adesione di \* all'intesa anticoncorrenziale vietata dalla normativa europea, e in particolare dall'art. 101 TUE, recepita nel diritto nazionale dalla L. n. 287/1990 (c.d. cartello interbancario). Tale prova non è stata offerta. In particolare, non è stato specificato se effettivamente nell'indicato periodo 2005-2008 il tasso variabile pattuito abbia superato il tasso-soglia, né è stato precisato in quali periodi e in quale misura sarebbe avvenuto tale superamento. Nemmeno sono state indicate le ragioni per cui l'eventuale superamento sarebbe disceso proprio dalla correlazione del tasso variabile in concreto applicato con il parametro Euribor contestato, piuttosto che, al contrario, dallo spread dell'1,75% dedotto nel contratto.

Si rammenta che "Euribor" è il tasso di interesse medio applicato tra istituti di credito europei c.d. primari per operazioni interbancarie di prestito a breve termine (in Euro). Tale tasso viene rilevato giornalmente dalla European Banking Federation (EBF) in base alle segnalazioni quotidianamente effettuate all'agenzia Reuters da oltre cinquanta banche individuate tra quelle che presentano il maggiore volume di affari in Euro (per l'Italia contribuisce anche \*). Dal momento che tale tasso afferisce a prestiti privi di rischio o risk free (in quanto le principali banche europee, che ricevono il prestito, si presumono solvibili), il tasso di interesse parametrato all'Euribor, pattuito in contratti quali - come nella specie - mutui a tasso variabile, definisce la rischiosità e il costo dell'operazione a seconda di quanto è ampia la differenza (lo spread) rispetto all'Euribor stesso. Dunque, poiché i tassi di interesse si compongono tanto del suddetto indice, quanto del citato spread, e posto che è appunto quest'ultimo a definire il costo dell'erogazione del mutuo, non può dirsi, in mancanza di altri elementi, che proprio il riferimento a un Euribor falsato avrebbe determinato l'asserita e non provata usura. Tanto più che la ricorrente non ha nemmeno provato che l'Euribor assunto come parametro era effettivamente quello censurato dalla Commissione Europea: se anche è vero che \* faceva parte del panel deputato alla rilevazione di tale indice, non è però automaticamente vero che detto ente di credito abbia falsato i valori riferiti all'agenzia Reuters, in quanto partecipe dell'intesa illecita, né che si sia avvalsa degli indebiti benefici ritraibili dall'Euribor falsato. Anche sotto quest'ultimo profilo, le pretese attoree vanno dunque disattese. Lo stesso dicasi per la domanda svolta dalla ricorrente in via subordinata. La tesi dell'indeterminatezza delle clausole di pattuizione degli interessi del mutuo è, infatti, del tutto priva di fondamento, se solo si considera che la stessa \* ha agito nel presente giudizio espo-

nendo con precisione le condizioni contrattuali, ivi inclusi i tassi degli interessi applicabili.

Le spese di lite, la cui liquidazione rimane affidata al dispositivo in base allo scaglione di riferimento per il valore della causa (indeterminabile di bassa complessità, con riduzione ai minimi tariffari per quanto riguarda la fase istruttoria e decisoria, stante la scelta del rito e le attività processuali conseguentemente svolte ed applicazione dei medi tariffari per le altre fasi), seguono la soccombenza e vanno pertanto poste a carico di \*, in uno con le spese di C.T.U. già liquidate in corso di causa. La mancata partecipazione di \* alla procedura di mediazione obbligatoria (doc. 5 attoreo) può ritenersi giustificata dalla ritenuta e asserita impossibilità di addivenire ad un accordo con la controparte, stante le elevate pretese economiche e il tenore non equivoco del contratto di mutuo per cui è lite.

Pertanto, non va applicata la sanzione di cui all'art. 8, comma 4 bis, D.Lgs. 28/2010.

#### P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando in persona del Giudice Dott.ssa Patrizia Cazzato, così provvede: 1. rigetta tutte le domande esperite da \*; 2. dichiara tenuta e condanna \* a rifondere in favore di \*. le spese di lite, liquidate in € 5.355,00 per compenso, oltre 15% sull'onorario per spese generali, IVA e CPA, come per legge; 3. pone le spese di C.T.U., definitivamente e per intero, già liquidate in corso di causa, a carico di \*.

#### I

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 27 novembre 2018 - Pres. Atzeni - Rel. Veglia - S. (Avv. Andraccio) c. Agenzia delle Entrate - Ufficio Provinciale di Imperia.

#### **PROPRIETÀ - immobile - abbandono mero - estinzione del diritto - ammissibilità.**

(Art. 827 c.c.)

(Conformi: Cass., sez. un., 19 gennaio 2015, n. 735. Diformi: Tribunale di Genova, ord. 1 marzo 2018; T.A.R. Piemonte Torino, 28 marzo 2018, n. 368; Tribunale di Imperia 23 agosto 2018, n. 2600; Tribunale di Genova, ord. 5 febbraio 2019)

*Benché non vi sia nessuna norma espressa di carattere generale che contempli tale rinuncia, alla luce della tradizionale ripartizione tra diritti disponibili e diritti indisponibili, purché non venga arrecato danno a terzi, il proprietario può ben dismettere e financo distruggere i beni oggetto del proprio diritto. Confermano la rinunciabilità dei diritti reali immobiliari, le ipotesi espressamente previste dall'art. 882 c.c. (riparazioni del muro comune) e dall'art. 1104 c.c. (spese della comunione) nonché il fatto che, laddove il Legislatore abbia inteso stabilire il divieto di rinuncia al diritto di proprietà, lo ha fatto espressamente come, a titolo esemplificativo, nel testo riformato dell'art. 1118 c.c., ove è espressamente stabilito il divieto del condomino di rinunciare al suo diritto sulle parti comuni.*

*Il fatto che spettino al patrimonio dello Stato i beni che non sono di proprietà di alcuno, ai sensi dell'art. 827 c.c., non necessariamente comporta un pregiudizio per la collettività e comunque, in detta deteriore ipotesi, il Demanio può intervenire efficacemente laddove si crei una situazione di pericolo.*

*La trascrizione va effettuata solo contro il rinunciante e non anche a favore dello Stato, atteso che la funzione di detta pubbli-*

*cità è solo quella di rendere opponibile a terzi la dismissione del diritto da parte del rinunciante.*

M.S.

## II

Tribunale di Genova, ord. 1 marzo 2018 - Pres. Gandolfo - Rel. Gabriel - Agenzia del Demanio c. Z. (Avv. Sambuceti), A. (Avv. De Martini), S. (Avv. ti Nannei); S. (Avv. Bottaro).

### **PROPRIETÀ - immobile - abbandono mero - estinzione del diritto - illiceità della causa - nullità - sussiste nel caso di specie.**

(Artt. 827, 1322, 1324, 1325, 1343, 1418)

(Difformi: Cass., sez. un., 19 gennaio 2015, n. 735. Conformi: T.A.R. Piemonte Torino, 28 marzo 2018, n. 368; Tribunale di Imperia, 23 agosto 2018, n. 2600; Tribunale di Genova, ord. 5 febbraio 2019)

*Il diritto di proprietà sui beni immobili si estingue per effetto dell'abbandono mero da parte del proprietario.*

*L'abbandono mero dell'immobile perfezionato al fine di sottrarsi a una denuncia di danno temuto è nullo per illiceità della causa.*

M.S.

## III

Tribunale di Genova, ord. 5 febbraio 2019 - Giudice Unico Del Nevo - Ministero dell'Economia e delle Finanze e Agenzia del Demanio c. Bagni Y (Avv. ti Cocchi e Taccogna).

### **PROPRIETÀ - immobile - abbandono mero - estinzione del diritto - esclusione.**

(Artt. 827, 1322 c.c.)

(Conformi: Tribunale di Genova, ord. 1 marzo 2018; T.A.R. Piemonte Torino, 28 marzo 2018, n. 368; Tribunale di Imperia, 23 agosto 2018, n. 2600. Difformi: Corte d'Appello di Genova, 27 novembre 2018, n. 675; Cass., sez. un., 19 gennaio 2015, n. 735)

*Qualora sia diretto a sottrarre il proprietario alla responsabilità legata alla proprietà di un terreno franoso che sia prospiciente sulla via pubblica, si deve dichiarare invalido l'atto di rinuncia abdicativa al diritto di proprietà, che, in assenza di una previsione legislativa di riferimento, deve considerarsi atipico e non diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, in base al secondo comma dell'art. 1322 c.c., (applicabile anche agli atti unilaterali ai sensi dell'art. 1324 c.c.).*

*L'interesse ad agire degli Enti Pubblici, ex art. 100 c.p.c., è determinato dal fatto che lo Stato, per effetto dell'atto abdicativo, è divenuto proprietario.*

*La trascrizione degli atti di rinuncia ai sensi dell'art. 2643 n.5 c.c. è riferibile agli atti di rinuncia traslativi o comunque ad atti di rinuncia dai quali conseguano immediati effetti ampliativi del patrimonio altrui, che pertanto giustificano anche una contestuale trascrizione a favore di un soggetto determinato.*

*La rinuncia abdicativa ai diritti reali immobiliari è ammissibile solo nei limitati e previsti casi in cui essa risulta essere funzionale alla corretta gestione ed alla valorizzazione del bene immobile, coerentemente con la funzione sociale che l'art. 42 Cost. assegna alla proprietà privata. In detta prospettiva l'ammissione generalizzata della possibilità di abdicare alla proprietà esclusiva non*

*incoraggerebbe i proprietari ad interessarsi e ad occuparsi in maniera diligente ed attiva dei beni, sul presupposto che di essi sarebbe sempre possibile disfarsi mediante rinuncia abdicativa. Per tale ragione non si può desumere dal fatto che la rinuncia ai diritti reali sia espressamente ammessa dal codice civile con riferimento a taluni diritti reali ed alla quota di comproprietà indivisa, l'esistenza nel nostro ordinamento di un istituto, di portata generale, che la legittimi.*

*L'art. 827 c.c. non introduce nel nostro ordinamento il recepimento generalizzato della rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare ma è mera disposizione 'di chiusura': assolve la funzione di evitare che possano esistere immobili acefali e come tali acquisibili per occupazione e non già alla funzione di far acquisire al patrimonio dello Stato la proprietà di una gran moltitudine di beni oggetto di rinuncia dei rispettivi proprietari.*

M.S.

## I

(... Omissis...)

Il reclamo è stato presentato dai sigg.ri Squarciafichi e Nante avverso il decreto del Tribunale di Imperia n. 2600/18 del 23 agosto 2018 che ha rigettato il ricorso presentato dagli stessi ex art. 2674 bis c.c., avverso l'accettazione con riserva effettuata dall'Agenzia delle entrate direzione provinciale di Imperia -ufficio del territorio- delle due note di trascrizione portanti il n. 18 (per la parte relativa alla rinuncia avente ad oggetto i terreni di Camporosso da parte del sig. Squarciafichi) e n. 19 (per 14 parte relativa alla rinuncia avente ad oggetto i terreni di Ventimiglia da parte dei coniugi Squarciafichi, ciascuno per quanto di propria spettanza ed entrambi per l'intero) portanti i nn. 243 reg. gen. e 204 reg. part. e 244 reg. gen. e 205 reg. part. è stata portata all'attenzione della corte la dibattuta questione relativa alla trascrivibilità della rinuncia abdicativa del diritto di proprietà. La pronuncia del Tar Piemonte, sez. I, 28 marzo 2018, n. 368 (Foro it., 2018, III, 365), citata dal tribunale, che, esaminando un caso di espropriazione per pubblica utilità, ha statuito, in relazione ad un'ipotesi di «espropriazione semplificata» a seguito di occupazione originariamente illegittima di un bene immobile privato da parte della pubblica amministrazione, che l'art. 42 bis d.p.r. 327/01 avrebbe definitivamente stabilito sia che l'occupazione non produce trasferimento della proprietà in capo alla pubblica amministrazione sia che il privato non può abdicare al proprio diritto, con ciò privando di validità la rinuncia abdicativa si pone in contrasto con la sentenza della Suprema corte a sezioni unite 19 gennaio 2015, n. 735, (id., 2015, I, 436), la quale ha affermato che la richiesta di risarcimento dei danni per equivalente costituisce implicita rinuncia abdicativa alla proprietà. La giurisprudenza di legittimità richiamata dai reclamanti non è pertinente in quanto attiene alla diversa questione della necessità della forma scritta ex art. 1350, n. 5, c.c. per gli atti di rinuncia a diritti reali, assoluti o limitati, su beni immobili così come la pronuncia del Tribunale di Genova 1° marzo 2018 (id., 2019, I, 308, che segue) allegata alla nota difensiva dell'agenzia delle entrate, aveva ad oggetto il reclamo - che è stato accolto - presentato dal demanio, nell'ambito di un procedimento cautelare, per ottenere la condanna di due comproprietari, rinuncianti al loro diritto dominicale, sulla Scorta dell'espletata c.t.u., ad eseguire le opere necessarie a mettere in sicurezza il muro di sostegno di uno dei terreni oggetto di rinuncia. Il quesito posto alla corte tuttavia non attiene al piano del merito, ma a quello, diverso, della mera delibazione relativa alla trascrivibilità dell'atto di rinuncia abdicativo. Non vi è nes-

suna norma espressa che contempra tale rinuncia ma se si considera la tradizionale ripartizione tra diritti disponibili e diritti indisponibili, e quindi irrinunciabili per superiori considerazioni di ordine pubblico, non si comprende come possa giustificarsi il fatto che il proprietario non possa dismettere e financo distruggere i beni che costituiscono l'oggetto del proprio diritto purché non venga arrecato danno a terzi, come il provvedimento del Tribunale di Genova cit. sembra suggerire, consentendo al demanio di intervenire efficacemente laddove si crei una situazione di pericolo, smentendo così la tesi contraria secondo cui lo Stato diverrebbe un soggetto passivo inerme rispetto all'altrui manifestazione di volontà abdicativa, in applicazione di quanto previsto dall'art. 827 c.c. Proprio quest'ultima norma sembra Militare a favore del fatto che spettano al patrimonio dello Stato i beni che non sono di proprietà di alcuno, dovendosi escludere che necessariamente ciò comporti un pregiudizio per la collettività. Militano, inoltre, a favore della tesi della rinunciabilità, le ipotesi espressamente previste dall'art. 882 c.c. (riparazioni del muro comune) e dall'art. 1104 c.c. (spese della comunione), pur vertendosi in tema di rinuncia c.d. «liberatoria», mentre per converso a contrario si può osservare che, laddove il legislatore ha sentito la necessità di stabilire il divieto di rinuncia al diritto di proprietà, lo ha fatto espressamente, come, per esempio, nel testo riformato dell'art. 1118, 20 comma, c.c. ove è espressamente stabilito il divieto per il condomino di rinunciare al suo diritto sulle parti comuni. Conclusivamente, pertanto, si ritiene che secondo quanto previsto dall'art. 2643, n. 5, c.c. in correlazione a quanto previsto dall'art. 1350, n. 5, c.c., siano trascrivibili gli atti di rinuncia in questione, non sembrando di ostacolo il fatto che le norme facciano riferimento ad atti bilaterali. Peraltro, trattandosi di rinuncia abdicativa e quindi di atto unilaterale non recettizio, avvenendo l'acquisto da parte dello Stato a titolo originario come conseguenza dell'atto di dismissione del proprietario, la trascrizione sarà effettuata solo contro il rinunciante, ma non a favore dello Stato in quanto vi presiedono le sole ragioni di opponibilità ai terzi della dismissione del diritto da parte del rinunciante.

(...*Omissis*...)

## II

(...*Omissis*...)

### Svolgimento del processo.

1. Il reclamo dell'agenzia del demanio di cui al r.g. n. 11512/17.1. L'agenzia del demanio ha proposto reclamo avverso l'ordinanza del Tribunale di Genova in composizione monocratica del 21 settembre 2017 con cui è stato accolto il ricorso ex art. 1172 c.c. presentato da Fabrizio Zolezzi - comproprietario del fabbricato sito in Riva Trigoso, posto al piano terreno facente parte del condominio di via Benedetto Brin n. 186 - e Ricci Massimo - nudo proprietario dell'immobile posto al piano terra del medesimo condominio avente accesso dal civico 188 - nei confronti di Stagnaro Paolo - comproprietario del mappale 309 - e poi esteso agli altri comproprietari, nonché, in virtù della rinuncia di tutti al diritto dominicale, allo Stato con l'ordinanza del 21 luglio 2016, lamentando che dal muro di sostegno posto sul terreno di cui al mappale n. 309, il quale rischia di cedere, e dal materiale terroso presente sul terreno incolto e scosceso, il quale rischia di franare, derivi un pericolo alla proprietà degli immobili dei ricorrenti e alle parti comuni del condominio, oltre che alla salute dei condomini.

I motivi di reclamo sono quelli che di seguito si sintetizzano.

A) Gli atti di rinuncia alla proprietà sono nulli, l'art. 827 c.c. è stato falsamente applicato e i resistenti hanno tenuto una condotta di abuso del diritto: l'affermazione del giudice della prima fase secondo cui gli atti di rinuncia alla proprietà dei resistenti sono validi e che essi hanno comportato l'acquisto da parte dello Stato della proprietà ex art. 827 c.c. oblitera la funzione della proprietà ex art. 42 Cost., nonché determina un onere ingiustificato a carico delle risorse pubbliche e un danno alla collettività.

Infatti:

- non v'è nessuna norma del codice civile che preveda la possibilità di rinunciare al diritto di proprietà immobiliare.
  - Non valgono le norme di cui agli art. 882, 888, 1070, 1104 c.c., poiché sono ipotesi particolari che consentono la rinuncia liberatoria a fronte di un rapporto pregresso tra le parti (vicinanza, comproprietà). La rinuncia abdicativa ricondotta dal giudice all'art. 827 c.c. non è invece prevista dalla legge, non ha un destinatario e non produce altri effetti diversi ed immediati in favore di un altro soggetto. Non valgono neppure le norme di cui agli art. 1350 e 2643, n. 5, c.c., poiché l'obbligo di forma e di trascrizione ivi prescritto concerne proprio i casi di rinuncia liberatoria espressamente previsti dalla legge.
  - Nemmeno vale l'art. 1118 c.c., invocato dal giudice come argomento a contrario, in quanto tale previsione serve per derogare all'art. 1104 c.c., che si applicherebbe anche al condominio in difetto di autonoma disciplina.
  - Infine, neanche può invocarsi l'art. 827 c.c., il quale ha la finalità di chiusura del sistema, al fine di evitare che esistano immobili privi di proprietario, ma che non determina l'acquisizione automatica in capo allo Stato degli immobili dismessi a seguito di rinuncia abdicativa (in tal senso, cfr. Tar Puglia 2131/08 e 2081/09);
  - le pronunce della Cassazione non riguardano la rinuncia abdicativa della proprietà, bensì ipotesi del tutto diverse (quali la rinuncia ai diritti di servitù, la rinuncia - implicita - in occasione di accessione invertita, la rinuncia del comproprietario);
  - la pronuncia del Tribunale di Genova del 1991 n. 946, passata in giudicato afferma il principio secondo cui i modi di acquisto della proprietà, così come quelli estintivi, sono solo quelli previsti dalla legge, cosicché l'atto di rinuncia alla proprietà va dichiarato nullo;
  - è priva di valore la tesi per cui in assenza della libera rinunciabilità della proprietà, il proprietario si troverebbe «prigioniero» del suo diritto, in quanto il privato, acquistando la proprietà *inter vivos* o *mortis causa*, ha espresso la sua volontà. Anche i fautori della tesi della libera rinunciabilità, del resto, configurano l'accrescimento che deriva dalla proprietà come «conseguenza del sistema» dell'esser titolari di una quota in comunione. Tali argomentazioni possono quindi essere invocate anche per sconfessare la rinunciabilità alla proprietà esclusiva in virtù del principio di autoresponsabilità;
  - la rinuncia abdicativa come predicata dal primo giudice comporterebbe un pregiudizio per la collettività, integerebbe una donazione indiretta senza gli oneri di forma a tal fine prescritti e, poiché gli atti di rinuncia sono successivi alla proposizione del ricorso, un abuso del diritto.
- (...*Omissis*...)

2. Tutte le altre parti si sono costituite in giudizio, contestando il reclamo presentato dall'agenzia del demanio;

2.1. i ricorrenti in primo grado hanno eccepito che il motivo

di reclamo afferente alla nullità fosse inammissibile poiché l'agenzia del demanio nella prima fase aveva riconosciuto l'ammissibilità della rinuncia abdicativa e, in subordine, hanno chiesto che venissero condannati i resistenti nella prima fase all'esecuzione delle opere individuate dal c.t.u.; hanno inoltre contestato che il motivo B fosse infondato essendosi il giudice pronunciato sulla manleva ove ha fatto riferimento al diritto dello Stato al regresso;

2.2. Costantino, Alberto, Anton Francesco Albertoni hanno eccepito che la loro rinuncia alla proprietà, avvenuta con atto del 23 dicembre 2015 (anteriormente alla proposizione del ricorso), andava ricondotta all'istituto di cui all'art. 1104 c.c., con conseguente accrescimento in capo agli altri comproprietari, ma non allo Stato, il quale non risulta quindi avente causa degli Albertoni. Conseguentemente, l'agenzia del demanio non ha la legittimazione ad agire attiva o l'interesse ad agire nei confronti di questi. Inoltre, hanno chiesto la vittoria delle spese di lite anche della prima fase, ove v'è stata un'erronea compensazione;

2.3. Paolo Stagnaro ha contestato l'ammissibilità del reclamo, essendo il richiesto accertamento della nullità degli atti di rinuncia incompatibile con la strumentalità e la sommarietà tipiche del procedimento cautelare, nonché la sua fondatezza nel merito, e ha chiesto la revoca del provvedimento laddove prevede il diritto di regresso dello Stato verso i precedenti proprietari del mappale n. 309 e la condanna anche di Paolo Stagnaro al pagamento delle spese di lite, richieste entrambe basate anche sulla considerazione per cui il procedimento, in applicazione dell'art. 110 c.p.c. - anziché dell'art. 111 c.p.c. erroneamente invocato dal giudice, non sarebbe dovuto proseguire nei suoi confronti;

2.4. Gabriella Stagnaro, Silvia Stagnaro, Anna Stagnaro, Gabriele Stagnaro, Daniele Biasca Caroni, Andrea Biasca Caroni, Giorgio Stagnaro, Antonio Stagnaro hanno eccepito l'invalidità dell'ordinanza per mancanza dell'integrità del contraddittorio nei confronti dei proprietari dei fondi soprastanti verso i quali lo Stato potrà, secondo l'ordinanza del giudice della prima fase, agire in regresso, nonché verso tutti i condomini al fine di stabilire il confine esatto tra il mappale n. 309 e quelli mi. 47 e 317 (eccepito nella prima fase da Stagnaro); in via subordinata, l'inammissibilità del reclamo per la sussistenza del caso fortuito/forza maggiore/fatto del danneggiato e perché l'accertamento della nullità degli atti di rinuncia è incompatibile con la strumentalità e la sommarietà tipiche del procedimento cautelare; in via ulteriormente gradata, hanno sostenuto la validità degli atti di rinuncia, l'insussistenza del diritto di regresso trattandosi di spese future; hanno infine chiesto la riforma dell'ordinanza in punto spese di lite, poiché gli attuali reclamati, in virtù degli atti di rinuncia, dovevano essere estromessi dal giudizio ex art. 110 c.p.c.;

2.5. Vittorio Stagnaro ha proposto le stesse eccezioni e domande dei reclamati da ultimo indicati;

3. il tribunale in composizione collegiale all'udienza del 25 ottobre 2016, stante la morte di Costantino Albertoni, ha interrotto il processo.

4. L'agenzia del demanio con atto del 28 ottobre 2017 ha proposto ricorso per la riassunzione del procedimento di reclamo.

5. Le altre parti si sono costituite in giudizio (gli Albertoni nelle persone di Alberto, Anton Francesco, Nicola), riproponendo le stesse difese, eccezioni e domande formulate nelle costituzioni antecedenti all'interruzione. Paolo Sta-

gnaro ha eccepito inoltre che Antonio Stagnaro, al quale sarebbero succeduti i resistenti della prima fase, non acquistò mai, in realtà, l'immobile oggetto di causa; Zolezzi e Ricci hanno depositato in data 12 dicembre 2017 (quindi successivamente alla costituzione a seguito della riassunzione) atto di citazione del 24 marzo 2013 e memoria del 28 novembre 2013 di Paolo Stagnaro relativi alla rivendica di una porzione del mappale n. 309. (...*Omissis*...)

#### Motivi della decisione.

(...*Omissis*...)

1. Limitazione del vaglio di validità degli atti di rinuncia al solo atto di rinuncia di Antonio e Paolo Stagnaro.

1.1. Per delineare lo spettro di indagine del collegio, occorre dapprima premettere la sequenza di rinunce alla comproprietà del mappale n. 309, come realizzata via via dai vari comproprietari e come correttamente ricostruita dal giudice della prima fase nell'ordinanza del 21 luglio 2016 integrativa del contraddittorio nei confronti dello Stato, quale acquirente a titolo originario ex art. 827 c.c. del bene rimasto vacante a seguito della rinuncia di tutti i comproprietari del mappale:

- Costantino, Alberto, Anton Francesco Albertoni hanno rinunciato alla proprietà con atto del 23 dicembre 2015, trascritto in data 29 dicembre 2015 (doc. allegato a comparsa nella prima fase del 29 marzo 2016), quindi in un momento antecedente al deposito del ricorso (avvenuto in data 18 gennaio 2016);
- Silvia, Anna, Vittorio, Gabriele, Gabriella, Giorgio Stagnaro, nonché Daniele e Andrea Biasca Caroni hanno rinunciato alla proprietà con atto del 17 maggio 2016, trascritto in data 25 maggio 2016 (doc. prodotto all'udienza del 5 luglio 2016);
- Antonio e Paolo Stagnaro hanno rinunciato alla proprietà con atto del 4 luglio 2016.

1.2. L'agenzia del demanio all'udienza del 17 gennaio 2018 ha specificato che il reclamo era limitato a Paolo e Antonio Stagnaro, ultimi soggetti rimasti comproprietari del mappale n. 309 a seguito della rinuncia ex art. 1104 c.c. compiuta con diversi atti dagli altri comproprietari: «l'avv. Ghia precisa che la domanda di accertamento della domanda di nullità non è rivolta nei confronti dei sig. Albertoni Costantino, Albertoni Alberto e Albertoni Anton Francesco, e a quei soggetti la cui rinuncia non avrebbe determinato l'acquisizione del bene al demanio dello Stato».

1.3. Paolo e Antonio Stagnaro non hanno presentato reclamo incidentale volto alla pronuncia di invalidità delle rinunce ex art. 1104 c.c. nel caso di accoglimento del reclamo avverso l'ordinanza resa nella prima fase ove afferma la validità (anche) della rinuncia abdicativa da essi conclusa.

1.4. Ciò limita il campo di indagine alla validità della rinuncia della proprietà dei soli Antonio e Paolo Stagnaro. L'analisi delle precedenti rinunce, infatti, stanti il chiarimento dell'agenzia del demanio all'udienza dell'8 gennaio 2018 (punto 2.2) e l'assenza di un reclamo incidentale di Vittorio e Paolo Stagnaro (punto 2.3), risulta al collegio precluso, in virtù dei limiti dell'effetto devolutivo del reclamo ex art. 669 terdecies c.p.c. ai motivi di reclamo, come sopra delineato al punto 1.2. Deve pertanto circoscriversi la disamina alla validità dell'ultimo atto di rinuncia, pena la violazione dei confini entro cui l'effetto devolutivo può manifestarsi.

2. Il reclamo dell'agenzia del demanio di cui al r.g. n. 11512/17 e i reclami incidentali.

Il motivo sub A): la rinuncia di Antonio e Paolo Stagnaro.

2.1. L'istituto della rinuncia alla proprietà.

2.1.1. Sua ammissibilità.

La rinuncia alla proprietà non è normativamente prevista né disciplinata, né nel codice civile, né in altra fonte. Tale dato ha fatto lungamente e diffusamente interrogare la dottrina sull'ammissibilità della rinuncia alla proprietà ed ha portato ad invocare le poche disposizioni esistenti in materia al fine di rinvenire argomenti a favore o, di contro, a sfavore della sua configurabilità.

Trattasi innanzitutto degli art. 882, 1104, 1350, n. 5, e 2643, n. 5, c.c.: le prime due nonne concernono le riparazioni del muro comune e le spese della comunione, sancendo il medesimo principio per cui i comproprietari non possono sottrarsi all'obbligo di contribuire alle spese, rispettivamente «di riparazione e ricostruzione», o a quelle «necessarie per la conservazione e per il godimento della cosa comune e nelle spese deliberate dalla maggioranza», se non rinunciando al proprio diritto; le altre due riguardano la prescrizione della forma scritta ad substantiam e della trascrizione per «gli atti di rinuncia ai diritti indicati dai numeri precedenti», tra cui, al n. 1, «i contratti che trasferiscono la proprietà». In realtà, ad avviso del collegio, da nessuna di queste nonne può trarsi un argomento decisivo al fine di ammettere - operazione ermeneutica compiuta da quella dottrina che ne inferisce l'esistenza dell'istituto in generale - o, al contrario, escludere - interpretazione fornita da chi ritiene che solo per le previsioni espresse la rinuncia può operare - l'atto dismissivo del diritto di proprietà: le prime due disposizioni, infatti, hanno la funzione non di fondare l'istituto, bensì quella, ulteriore, di liberare il comproprietario dall'obbligo di contribuzione alle spese anche per il passato (si parla in proposito di rinuncia liberatoria); le altre due disciplinano semplicemente la forma e la trascrizione della rinuncia allorché e affinché essa sia validamente posta in essere. In conclusione, quindi, si è in presenza di argomenti «neutri», che non aiutano la ricostruzione dell'istituto in esame.

Viene poi in considerazione l'art. 827 c.c., secondo cui «i beni immobili che non sono di proprietà di alcuno spettano al patrimonio dello Stato», il quale conduce però ad identiche conclusioni, poiché esso vale a regolamentare, al più, la sorte del bene alla cui proprietà si è rinunciato, ma non disciplina, bensì postula la rinuncia.

Infine, neanche l'art. 42, 2° comma, Cost., il quale afferma che «la proprietà è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti», invocato dall'agenzia del demanio, nonché dalla sentenza del Tribunale di Genova 946/91, offre soluzioni o argomenti decisivi: la norma costituzionale, infatti, prevede una riserva di legge relativa per la disciplina dei modi di acquisto, di godimento e i limiti della proprietà, ma non pone un principio di riserva di legge assoluta né, tantomeno, di tassatività legale, cosicché l'argomento fatto proprio da questo tribunale con la pronuncia sopra indicata, secondo cui solo i modi estintivi previsti dalla legge sono ammissibili, non persuade; inoltre, secondo la tesi maggioritaria e ritenuta preferibile dal collegio, il principio costituzionale è sprovvisto di portata immediatamente precettiva e, quindi, non assurge a parametro di valutazione del rispetto della funzione sociale nella singola fattispecie, richiedendo tale vaglio l'intermediazione legislativa.

Esclusa quindi la sussistenza di appigli normativi, occorre spostare il sindacato su un altro piano, afferente alla natura stessa del diritto.

Orbene, il diritto, come tale, è connotato da più facoltà e, tra queste, la rinuncia; la rinuncia, cioè, è espressione dell'esercizio del diritto e più precisamente, come efficacemente definita in dottrina, un modo «estremo» di esercizio del diritto. Tale facoltà è quindi insita nel diritto, ne costituisce un predicato.

Il suo fondamento e, specularmente, il suo limite si ravvisano nella disponibilità del diritto, nel senso che, allorché si è in presenza di un diritto disponibile, il suo titolare può esercitarlo, tra l'altro, rinunciandovi. Ogni diritto disponibile è quindi passibile di rinuncia; saranno invece irrinunciabili le posizioni attinenti a situazioni giuridiche qualificate, quali gli status, o i diritti indisponibili, tra cui, ad esempio, i diritti della personalità. La facoltà di rinuncia assume ancor più estensione, come sottolineato in dottrina, nell'ambito dei diritti assoluti - quale quello di proprietà -, poiché essi consistono in situazioni soggettive attive efficaci erga omnes, cui corrisponde un generico dovere di astensione da parte della generalità dei consociati e senza che sia identificabile un soggetto passivo del rapporto, il che consente la più rigorosa configurazione di un effetto abdicativo.

Nell'ambito del diritto di proprietà, in particolare, analizzando la norma relativa al contenuto del diritto, ossia l'art. 832 c.c., secondo cui «il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico», la rinuncia integra un modo di «disporre» del diritto, precisa mente un modo di disporre in via abdicativa. Quale manifestazione della facoltà di disporre del diritto di proprietà, la rinuncia è quindi - astrattamente - pienamente ammissibile.

2.1.2. I suoi caratteri. Senza addentrarsi nella disamina di ogni profilo di problematicità cui ha dato luogo l'identificazione dei caratteri della rinuncia alla proprietà, poiché tema esulante dalla fattispecie in esame, si dà semplicemente atto degli approdi ermeneutici cui gli interpreti, oggi piuttosto concordemente, sono giunti:

- si tratta di una rinuncia meramente abdicativa, ossia che spoglia il rinunciante dal diritto e lo libera dalle obbligazioni dal momento in cui essa è posta in essere. Essa si distingue dalla rinuncia liberatoria, a cui vanno ricondotte, tra le altre, le ipotesi sopra analizzate di cui agli art. 882 e 1104 c.c., in cui il rinunciante si libera anche dalle obbligazioni pregresse;
- stante il suo carattere meramente abdicativo, dismissivo e non traslativo del diritto, la rinuncia non abbisogna di alcun consenso e consiste quindi in un atto unilaterale, di natura negoziale;
- tale negozio unilaterale, per il medesimo carattere meramente abdicativo, non è recettizio. Per le stesse ragioni, la rinuncia liberatoria riveste invece il carattere della recettività;
- circa la causa, gli autori si mostrano più dibattuti. A fronte di chi fa riferimento ad un atto astratto, incompatibile con la nozione di causa, v'è chi predica la sussistenza della causa, da ravvisarsi nella pura perdita del diritto, assumendo l'irrelevanza degli effetti conseguenti alla rinuncia, meramente riflessi, e chi, ancora, sostiene che la causa vada scandagliata in concreto secondo il vaglio della meritevolezza degli interessi ex art. 1322 1324 c.c. concretamente giustifica il particolare contratto in esame, alla luce delle specificità che lo connotano (ad esempio, rimanendo nel campo della compravendita, lo scambio fra quella cosa e quel prezzo, nel particolare contesto di circostanze e finalità ed interessi in cui quelle parti lo hanno programmato).

Anche la giurisprudenza ha nel tempo accolto la tesi della causa concreta. Giova in tale sede ricordare la sentenza del 2006 n. 10490 (Foro it., Rep. 2006, voce Contratto in genere, n. 438), ove si afferma in motivazione che «la definizione del codice è, in definitiva, quella di funzione economico sociale del negozio riconosciuta rilevante dall'ordinamento ai fini di giustificare la tutela dell'autonomia privata (così, testualmente, la relazione del ministro guardasigilli): ma è noto che, da parte della più attenta dottrina, e di un'assai sporadica e minoritaria giurisprudenza (Cass. 7 maggio 1998, n. 4612, id., 1998, I, 2889, in tema di Sale & lease back; 6 agosto 1997, n. 7266, id., 1997, I, 3179, in tema di patto di non concorrenza; 15 maggio 1996, n. 4503, id., Rep. 1996, voce Rendita vitalizia, n. 4, in tema di rendita vitalizia), si discorre da tempo di una fattispecie causale «concreta», e si elabora una ermeneutica del concetto di causa che, sul presupposto dell'obsolescenza della matrice ideologica che configura la causa del contratto come strumento di controllo della sua utilità sociale, affonda le proprie radici in una serrata critica della teoria della predeterminazione causale del negozio (che, a tacer d'altro, non spiega come un contratto tipico possa avere causa illecita), ricostruendo tale elemento in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato). Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti. Causa, dunque, ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga infine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale».

La medesima nozione è stata ribadita nella pronuncia 23941/09 (id., Rep. 2010, voce Assicurazione (contratto), n. 114), nella quale si fa riferimento allo «scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè degli interessi che lo stesso, è concretamente diretto a realizzare, quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato» e nel 2015 è stata adottata dalle sezioni unite della Suprema corte, chiamate a decidere circa la validità del preliminare di preliminare, le quali hanno affermato, per quel che ivi interessa, al punto 5.1, che «Le sezioni unite della corte intendono cogliere gli aspetti costruttivi di quel moderno orientamento che vuole riconoscere la libertà delle parti di determinarsi e di fissare un nucleo di interessi da trasfondere nei vari passaggi contrattuali. Viene in primo luogo in risalto, come evidenziato dal più recente dibattito dottrinale, la tematica della causa concreta. Una definizione di questa corte (Cass. 10490/06, cit.) la qualifica come «scopo pratico del negozio ... sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato». Sono molti i casi in cui la corte, dichiaratamente o meno, ha lasciato da parte la teorica della funzione economico sociale del contratto e si è impegnata nell'analisi dell'interesse concretamente perseguito dalle parti nel caso di specie, cioè della ragione pratica dell'affare. L'indagine relativa alla causa concreta - stato evidenziato - giova sia come criterio d'interpretazione del contratto, sia come criterio di qualificazione dello stesso: «La rispondenza

del contratto ad un determinato tipo legale o sociale richiede infatti di accertare quale sia l'interesse che il contratto è volto a realizzare» e, aderendo a tale nozione, sono giunti a considerarlo «valido ed efficace, e dunque non è nullo per difetto di causa, ove sia configurabile un interesse delle parti, meritevole di tutela, ad una formazione progressiva del contratto, fondata su una differenziazione dei contenuti negoziali, e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare. La violazione di tale accordo, in quanto contraria a buona fede, è idonea a fondare, per la mancata conclusione del contratto stipulando, una responsabilità contrattuale da inadempimento di una obbligazione specifica sorta nella fase precontrattuale».

Così sinteticamente ricostruita la nozione concreta della causa, oggi adottata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, occorrerà identificare nelle singole fattispecie quali siano gli interessi effettivamente perseguiti dalle parti con l'operazione negoziale conclusa e valutarne la meritevolezza alla luce dell'art. 1322, 2° comma, c.c., ove si sancisce che «le parti possono concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico».

Tale clausola assume particolare rilievo al fine di sindacare la liceità del contratto: l'adozione della tesi concreta della causa consente di ricondurre nell'alveo della liceità tutti i contratti che nello specifico tutelino interessi non socialmente dannosi per l'ordinamento, quindi anche quelli c.d. neutri - ossia che il sistema non approva né disapprova -, anziché solo Tieni corrispondenti ad un tipo, legale o sociale, come avverrebbe accedendo alla teoria astratta della causa (quale funzione economica sociale).

2.2.2. La nozione di causa in concreto dell'atto unilaterale. Anche il negozio unilaterale è un negozio causale, in virtù del richiamo compiuto dall'art. 1324 c.c., alle disposizioni contrattuali: «Norme applicabili agli atti unilaterali. Salvo diverse disposizioni di legge, le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale». Risultano quindi applicabili le disposizioni di cui all'art. 1325 sui requisiti del contratto, quella di cui all'art. 1322, 2° comma, c.c. pocanzi esaminata, nonché le norme in tema di nullità del contratto, tra le quali gli art. 1418, 2° comma, c.c. («producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati nell'art. 1325 c.c., l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345 c.c. e la mancanza nell'oggetto di uno dei requisiti stabiliti dall'art. 1346 c.c.») e 1343 c.c. («la causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico, o al buon costume»), le quali ultime assumeranno rilievo dirimente, come si vedrà nel prossimo paragrafo, nella fattispecie.

Conferma di tali asserzioni si rinviene nella pronuncia della Suprema corte 22505/10 (id., Rep. 2011, voce Matrimonio, n. 110), concernente proprio una rinuncia, precisamente una rinuncia di un coniuge alla richiesta alla competente autorità giudiziaria della revisione delle statuizioni economico patrimoniali disposte dalla sentenza di cessazione degli effetti civili del matrimonio, dichiarata nulla per illiceità della causa, in quanto «interferente su un diritto indisponibile all'assegno di divorzio, di carattere assistenziale, ed inerente a materia nella quale le decisioni del giudice, collegate ad interessi di ordine generale, sono svincolate dal potere dispositivo dei contendenti».

Ne consegue che anche dell'atto unilaterale, tra cui quello di rinuncia abdicativa alla proprietà, va esaminato l'aspetto causale, così accogliendo la tesi, tra le varie cui si è fatto cenno alla fine del par. 1.1.2, secondo cui la causa va scandagliata in concreto secondo il vaglio della meritevolezza degli interessi ex art. 1322 1324 c.c.

2.2.3. La causa nella fattispecie: nullità per illiceità della causa per contrarietà all'ordine pubblico. Come sopra ricordato, il negozio è nullo, tra l'altro, allorché la causa è illecita per contrarietà all'ordine pubblico ex art. 1418, 2° comma, e 1343 c.c.

L'ordine pubblico, in generale, va inteso, secondo la definizione di autorevole dottrina, come la serie dei principi politici, sociali, economici, che sono alla base dell'ordinamento giuridico in un determinato momento storico. Per l'individuazione del principio di ordine pubblico sussistente nella fattispecie, occorre considerare le norme di cui agli art. 2043, 2051, 1229 c.c.

L'art. 2043 c.c., norma fondante la responsabilità extra contrattuale, sancisce che: «Risarcimento per fatto illecito.

Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno».

L'art. 2051 c.c., disposizione che inserisce, all'interno della responsabilità aquiliana, un'ipotesi di responsabilità oggettiva per il danno da cose in custodia, statuisce che «ciascuno è responsabile del danno cagionato dalle cose in custodia, salvo che provi il caso fortuito».

L'art. 1229 c.c., norma sulle clausole di esonero da responsabilità inserita nel titolo I del libro IV dedicato alle obbligazioni in generale, prevede che «è nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave. È nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico».

La maggioranza degli autori sostiene che le clausole che limitano la responsabilità extra contrattuale sono tutte nulle in base al 2° comma, ossia poiché lesive di un principio di ordine pubblico e, precisamente, al principio generale del *neminem laedere*.

Un'altra parte della dottrina, con tesi più restrittiva della nozione di Ordine pubblico in relazione alle norme sulla responsabilità extra contrattuale, afferma l'invalidità delle pattuizioni di esonero da responsabilità che riguardano fatti illeciti dai quali derivi un danno alla persona e, di contro, la legittimità di quelle concernenti fatti da cui promani un danno esclusivamente patrimoniale, purché per colpa lieve. A questa tesi sembra aderire l'unica pronuncia della Corte di cassazione sul punto, molto risalente, la quale afferma che «il principio contenuto nell'art. 1229 c.c., relativo alle clausole di esonero della responsabilità, è valido anche nel campo della responsabilità extracontrattuale» (Cass. 2240/68, id., 1968, I,2466). Essa, riguardando un caso di danno arrecato ad un veicolo nell'ambito di un incidente stradale - e non quindi alla persona - non si pone in contrasto, bensì in armonia con la tesi da ultimo esposta.

Dall'esame congiunto delle norme che ivi interessano, ossia gli art. 2043, 2051 e 1229 c.c., si ricava il principio di ordine pubblico (pur ipotizzando di accedere alla tesi più restrittiva) secondo cui il rispetto del *neminem laedere*, riferito alla persona, non può mai essere derogato dalla volontà delle parti (pena la violazione dell'art. 1229, 2° comma, c.c.) e,

qualora riguardi danni solo economici, non può esonerare da responsabilità se non per colpa lieve (ex art. 1229, 1° comma, c.c.).

Orbene, la rinuncia in esame è avvenuta in corso di causa, all'interno di un procedimento, precisamente di danno temuto ex art. 1172 c.c., in cui si vuole prevenire la verifica di un danno alla cosa che ha i connotati della prossimità e gravità e che rinviene il suo fondamento nella responsabilità per la cosa in custodia ex art. 2051 c.c.

Lo scopo pratico del negozio, la sua funzione individuale (secondo la nozione di causa in concreto come sopra ricostruita) si sostanzia dunque in una sottrazione da responsabilità da cosa in custodia, allorché è denunciato il pericolo di danno alla proprietà dei ricorrenti, nonché alla loro persona (il pericolo anche per l'incolumità dei condomini è stato peraltro nella fattispecie accertato dal c.t.u., cfr. pag. 8 relazione ing. M. Gavagnin del 10 agosto 2017).

Come tale, comporta una totale esclusione di responsabilità per la custodia della res, per danni sia alla persona, sia alle cose anche per colpa lieve ed è posta in essere in modo, al con tempo, aprioristico e totale - poiché comportante una completa esimente da responsabilità per danni sia alle persone che alle cose ed anche imputabili a colpa lieve -, nonché opportunistico - in quanto compiuta nel corso del procedimento volto ad evitare il danno. Alla luce di tali caratteri, la sua causa, lungi dal consistere in una mera dismissione del diritto, neutra, volta alla sola spoliazione del medesimo, si concreta in una totale abdicazione alla responsabilità che dalla res discende, realizzata nel momento in cui della custodia della cosa si è chiamati a rispondere (seppur in via preventiva); i concreti interessi perseguiti con il negozio, quindi, utilizzando il filtro della meritevolezza degli stessi come descritta nei paragrafi di cui ai punti 1.2.1 (in fondo) e 1.2.2, risultano dannosi. Essa, pertanto, è illecita perché lesiva del principio di ordine pubblico come sopra delineato e la rinuncia risulta nulla ex art. 1418, 2° comma, e 1343 c.c. 1.3. Le conseguenze nella fattispecie. Considerato che la rinuncia di Antonio e Vittorio Stagnaro, per i motivi di cui al punto II (in particolare II 1.2), è nulla, che la rinuncia degli altri comproprietari del mappale n. 309, avvenuta ex art. 1104c.c., per i motivi sopra esposti al punto 1.2, è da ritenersi valida, che i ricorrenti della prima fase hanno proposto reclamo incidentale - per il caso in cui il reclamo dell'agenzia del demanio fosse ammesso - volto ad ottenere la condanna dei resistenti nella prima fase all'esecuzione delle opere individuate dal c.t.u., ne discende che i soggetti proprietari del mappale n. 309, e quindi destinatari dell'eventuale provvedimento ex art. 1172 c.c., vanno identificati in Antonio e Paolo Stagnaro. (...*Omissis*...)

### III

(...*Omissis*...)

A scioglimento della riserva che precede, ha pronunciato la seguente ordinanza ex art. 702 bis c.p.c. in relazione al procedimento promosso dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e Agenzia del Demanio contro Bagni Y.

Ritenuto che la società convenuta ha effettuato il (...*omissis*...) con atto (...*omissis*...) del Notaio X di Genova, intitolato "rinuncia al diritto di proprietà", una rinuncia abdicativa (a titolo puramente abdicativo) del suo diritto di proprietà sul terreno individuato con il mappale X foglio X di cui al Catasto Terreni del Comune di X divenuto di proprietà pubblica ex art. 827 c.c. proprio in virtù dell'atto di rinuncia abdicativa oggi impugnato.

Gli enti attori intendono addossare alla società convenuta le spese per mettere in sicurezza l'immobile per cui è causa, oggetto nell'arco di poco più di un anno di due fenomeni dannosi (uno alluvionale e uno franoso).

A tale scopo hanno chiesto nel merito di dichiarare l'invalidità a vario titolo dell'atto di rinuncia abdicativa menzionato.

Occorre premettere che nelle comparse di risposta sia della fase di sequestro conservativo che di merito la società Bagni Y ha chiaramente sostenuto che lo Stato sia divenuto proprietario dell'immobile, come si legge tra l'altro nella quintultima riga di pagina 23 della comparsa delta fase cautelare (*"lo Stato che per effetto dell'atto abdicativo è divenuto proprietario"*), determinando così l'insorgenza dell'interesse ex art. 100 c.p.c. degli enti pubblici all'accertamento negativo della proprietà per cui i causa.

Questo Giudice ritiene che il primo motivo di impugnazione proposto nella citazione, ed intitolato "inammissibilità nel nostro ordinamento giuridico della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà esclusiva su bene immobile" debba trovare accoglimento a prescindere dall'analisi delle ulteriori doglianze attrici.

A tale scopo chi scrive ritiene di estendere alla giurisdizione civile l'orientamento già manifestato nella sentenza n. 368/18 del Tribunale Amministrativo del Piemonte riportata per stralci nella citazione oggi in esame e che si trascrive anche in questa sede, perché pienamente condivisa:

"22.4.3. (...*Omissis*...) verosimilmente il legislatore, quando ha prefigurato la trascrizione degli atti di rinuncia ai sensi dell'art. 2643 n. 5 c.c. pensava piuttosto ad atti di rinuncia traslativa o comunque ad atti di rinuncia dai quali conseguano immediati effetti ampliati del patrimonio altrui, che dunque giustificano una contestuale trascrizione "a favore" di un soggetto determinato e che possano ingenerare conflitti che possano trovare definizione in applicazione del principio "prior in tempore potior in jure".

(...*Omissis*...)

22.7. Il Collegio considera, a questo punto, che tutti i casi in cui il codice civile ha espressamente ammesso la rinuncia ad un diritto reale risultano accomunati dal fatto che a fronte della rinuncia la proprietà immobiliare non rimane "acefala", perché in tali casi la rinuncia provoca l'estinzione del diritto reale minore e la correlativa riespansione della piena proprietà; ovvero, trattandosi di diritti reali minori in comunione, provoca l'accrescimento delle quote altrui sul diritto reale minore. In nessun caso, comunque, si viene ad avere un bene immobile privo di proprietario. Tutte queste fattispecie inoltre, in ultima analisi sono accomunate anche dal fatto che consentono una migliore gestione del bene immobile in tutti i casi in cui il titolare del diritto oggetto di rinuncia sia, per qualsiasi ragione, riottoso al pagamento delle spese necessarie per mantenere il bene immobile nelle condizioni ottimali.

(...*Omissis*...)

22.7.1. Perciò, in definitiva, il fatto che la rinuncia ai diritti reali sia espressamente ammessa dal codice civile solo con riferimento a taluni diritti reali ed alla quota di comproprietà indivisa, non consente di presumere che la rinuncia abdicativa ai diritti reali costituisca un istituto generale, disciplinato in talune situazioni solo per esplicitarne gli effetti, essendo molto più logica la contraria opzione, secondo la quale il legislatore avrebbe ammesso la rinuncia a diritti reali solo nei casi in cui essa risulta funzionale alla corretta gestione ed alla valorizzazione del bene immobile.

22.8. Le dianzi esposte considerazioni appaiono del resto

coerenti con la funzione sociale che l'art. 42 della Costituzione assegna alla proprietà privata, la quale è riconosciuta a garantita a tutti i cittadini non solo per soddisfare bisogni egoistici ma anche per la soddisfazione di interessi generali: il mantenimento in buono stato di un bene immobile, dunque, costituisce non solo esplicitazione delle facoltà inerenti alla proprietà, ma anche un dovere, la cui violazione, quando non ingeneri situazioni di per sé foriere di responsabilità, viene scoraggiata dal legislatore in vari modi: ad esempio con la possibilità di espropriare le relative aree per assicurarne la riconversione a nuovi utilizzi; oppure, più semplicemente, consentendo che altri acquisiscano la proprietà del bene per usucapione.

22.9. La ammissione generalizzata della possibilità di abdicare alla proprietà esclusiva, anche solo di tipo superficiale, di un bene immobile, va invece in segno diametralmente opposto, poiché non incoraggia i proprietari ad interessarsi e ad occuparsi in maniera diligente ed attiva dei beni, sul presupposto che di essi sarebbe sempre possibile disfarsi mediante una rinuncia abdicativa.

22.10. Ad avviso del Collegio neppure l'art. 827 c.c. offre validi e risolutivi argomenti a sostegno del recepimento generalizzato, nel nostro ordinamento, della rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare. Tale norma infatti, nella sua laconicità, sembra essere stata introdotta nel codice civile semplicemente quale disposizione di "chiusura", ad evitare che possano esistere beni immobili acefali e come tali acquisibili per "occupazione" da parte di chiunque: del resto l'occupazione della res nullius è un modo di acquisto della proprietà valevole solo per i beni mobili (art. 923 c.c.) e tutta la disciplina codicistica riguardante i modi di acquisto della proprietà in realtà dimostra che il legislatore ha cercato di evitare le situazioni in cui beni immobili possano venire a trovarsi privi di un proprietario. In quest'ottica la previsione di cui all'art. 827 c.c. dovrebbe servire non già a far acquisire al patrimonio dello Stato la proprietà di una gran moltitudine di beni oggetto di rinuncia da parte dei rispettivi proprietari, bensì, unicamente a dare una proprietà a quei beni immobili rispetto ai quali non sia possibile risalire ai proprietari dai registri immobiliari e catastali ovvero a dare "copertura" a fattispecie imprevedibili ed estreme, non riconducibili ad alcuna delle ipotesi di acquisto della proprietà già previste dal codice: ad esempio il caso di emersione di una nuova isola in acque territoriali, che non è contemplata dagli articoli 922 e seguenti c.c., la cui proprietà è acquisita automaticamente al patrimonio dello Stato proprio in forza di quanto previsto dall'art. 827 c.c.

22.11. Ma soprattutto, contro l'argomento secondo il quale lo Stato recupererebbe automaticamente la proprietà dei beni immobili la cui proprietà sia stata abdicata dal proprietario, milita la considerazione che un tale sistema mal si concilia con la nozione moderna della proprietà privata, come diritto che ab origine è attribuito a cittadini privati, ad enti o allo Stato, risultando piuttosto coerente con quella concezione del diritto di proprietà - ancor oggi vivente nei paesi di common law e che negli Stati Europei caratterizzava invece il diritto feudale della proprietà - secondo cui esso fa capo unicamente allo Stato o al suo rappresentante, potendo soggetti diversi goderne, sia pure per periodi lunghissimi e con amplissime facoltà, solo in forza di una sorta di concessione.

(...*Omissis*...)

23.23. Il Collegio considera pertanto che dalle dianzi esaminate disposizioni non si trova alcun argomento "forte"

che confermi, al di fuori delle ipotesi tipiche disciplinate dal codice civile, la possibilità di rinunciare al diritto di proprietà su di un bene immobile senza che contestualmente tale diritto non si trasferisca o non si consolidi in capo a terzi quale effetto voluto dal rinunziante (e non dalla legge). Al contrario si constata che né tali norme, né altre che disciplinano la forma e la pubblicità degli atti e negozi giuridici, prevedono espressamente la rinuncia unilaterale al diritto di proprietà su un bene immobile.

24. Il Collegio si chiede, allora, per quale ragione, ove la rinuncia abdicativa alla proprietà di un bene immobile, intesa come negozio unilaterale non recettizio, costituisca un istituto generalmente ammesso nel nostro ordinamento, il legislatore non ha ritenuto di ammetterla esplicitamente e di disciplinarla espressamente, tenuto conto del fatto che se ammissibile essa sarebbe, per lo Stato, causa di acquisto della proprietà di beni immobili di incidenza infinitamente maggiore rispetto ai casi disciplinati agli articoli 922 e seguenti, e considerato altresì il fatto che la proprietà di beni immobili, ed in special modo di fabbricati, comporta una responsabilità per custodia che il Collegio dubita fortemente il legislatore abbia inteso addossare allo Stato mediante la previsione di cui all'art. 827 c.c., senza ulteriori e più specifiche norme e senza che l'Amministrazione statale abbia la possibilità di esprimere il proprio consenso né di venirne a conoscenza: si pensi alla responsabilità legata alla proprietà di un terreno franoso che sia prospiciente una via pubblica o un centro abitato; o la responsabilità connessa alla proprietà di un edificio in stato fatiscente, che possa crollare sulla via pubblica o all'interno del quale chiunque possa penetrare; responsabilità che l'Amministrazione statale farebbe fatica a prevenire, avuto riguardo al fatto che - come già precisato - la trascrizione della rinuncia abdicativa sarebbe verosimilmente eseguita solo "contro" il rinunziante ma non anche "a favore" dello Stato, che pertanto non sarebbe neppure in grado di venire a conoscenza di eventuali nuovi "acquisti" verificando periodicamente le trascrizioni "a favore". Salvo sostenere che, proprio per tale ragione, lo Stato è impossibilitato ad esercitarne la custodia in maniera diligente, con il risultato paradossale che tutto questo patrimonio immobiliare continuerebbe, lecitamente, a rimanere incustodito, improduttivo ed inutilizzato, fatiscente e fonte di pericolo per la incolumità pubblica.

25. Si consideri ancora che la rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare comporterebbe il venir meno, in capo al privato, dell'obbligo di pagare le varie imposte (fondiarie, imu, tari, etc. etc.) collegate alla proprietà del bene oggetto di rinuncia, evenienza, questa, che ugualmente si può dubitare fortemente costituisca una conseguenza preveduta ed accettata dal legislatore quale effetto dell'enunciato contenuto nell'art. 827.

(... *Omissis*...)

27.1. Che si tratti di un problema molto sentito nella prassi e, quindi, possibilmente foriero di conseguenze incalcolabili, o quasi, è testimoniato dal fatto sono sempre più numerosi i casi in cui privati proprietari manifestano l'intenzione di voler abdicare, con atto notarile, al proprio diritto di proprietà su un immobile, esattamente allo scopo di sottrarsi agli obblighi fiscali nonché agli obblighi di custodia e manutenzione che la proprietà di un bene immobile comporta, al punto che la questione è stata fatta oggetto dello studio civilistico n. 216-2014/C dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, il quale nella premessa spiega che "Il presente studio nasce a seguito di molteplici quesiti pervenuti all'Ufficio

studi aventi ad oggetto la possibilità da parte del Notaio di ricevere atti di rinuncia ai diritti reali, nonché la disciplina e gli effetti dei medesimi. Il tema in esame risulta essere particolarmente interessante, sia da un punto di vista prettamente teorico e dogmatico, sia da un punto di vista pratico, tanto più in un contesto socio-economico, quale quello attuale, in cui atti del genere possono risultare frequenti, stante la crisi economica e la forte pressione fiscale. Spesso infatti le fattispecie in cui può emergere la volontà rinunziativa della parte hanno ad oggetto beni e diritti dei quali non si vuole più sostenere l'onere tributario, ovvero che non sono più di interesse, in quanto di scarso valore e praticamente ingestibili (si pensi ad un piccolo fabbricato fatiscente inservibile ovvero alla quota di comproprietà su un piccolo terreno infruttuoso sito in una località molto distante da quella di residenza). Le fattispecie più rilevanti, tra quelle esaminate, sembrano essere quella della rinuncia al diritto di proprietà nonché alla quota indivisa di comproprietà, forse anche perché ritenute le più inconsuete, tanto da dubitarsi - almeno nel sentire comune - persino della loro ammissibilità. La dottrina che se ne è occupata in passato, del resto, le ha quasi sempre considerate come ipotesi di scuola, oggetto di un interesse prettamente teorico, ma che oggi possono divenire concretamente praticabili". L'indicato studio conclude nel senso della ammissibilità della rinuncia abdicativa alla proprietà esclusiva di un bene immobile, e quindi è prevedibile che nella prassi tali rinunzie cominceranno ad aumentare e a diventare numerose.

28. Tali considerazioni convincono definitivamente il Collegio che occorre grande prudenza prima di affermare che nel nostro ordinamento la rinuncia abdicativa ai diritti reali, ed in particolare alla proprietà esclusiva su un bene immobile, sia un istituto generalmente ammesso dal legislatore: la considerazione delle gravi conseguenze, per la finanza pubblica, derivanti dall'ammettere senza limiti la rinuncia abdicativa ai diritti reali immobiliari, anche fuori dai casi contemplati dal codice, avrebbe dovuto spingere il legislatore ad esprimersi con norme chiare e specifiche, ciò che non è.

29. Per le ragioni esposte nei paragrafi che precedono il Collegio non crede che il corredo normativo esistente, di cui sopra si è dato conto, giustifichi la affermazione secondo cui la rinuncia abdicativa è ammessa in via generale dal nostro ordinamento e che, conseguentemente, può essere esercitata anche fuori dalle ipotesi disciplinate dal codice civile, segnatamente con riferimento al diritto di proprietà su beni immobili. Essa rinuncia non può essere desunta in via interpretativa da norme che disciplinano casi specifici di rinuncia abdicativa, dalle quali semmai si dovrebbe ricavare che il legislatore ha voluto ammettere solo casi tipici. Né essa rinuncia si può evincere, in maniera chiara, senza ricorso a forzature interpretative e senza pretendere di "riempire" vuoti normativi, dalle ulteriori norme codicistiche che sopra sono state esaminate: gli articoli 1350 n. 5 e 2643 n. 5, in particolare, facendo riferimento alla rinuncia ai diritti immobiliari possono e debbono interpretarsi, prima di tutto, nel senso che si riferiscono ai casi di rinuncia a diritti reali espressamente disciplinati dal codice (ad esempio: la rinuncia a diritti reali minori; la rinuncia alla quota di proprietà pro indiviso) ovvero, comunque, a casi di rinuncia traslativa, e non abdicativa; d'altro canto l'art. 827 c.c. non contiene alcun riferimento alla rinuncia abdicativa a diritti immobiliari e segnatamente alla rinuncia al diritto di proprietà, né, peraltro, tale norma contiene riferimento alcuno agli atti e fatti giuridici che possono aver dato luogo alla esistenza di beni immobili privi di proprietario. Valga infine la conside-

razione che tutti i casi di rinuncia a diritti reali contemplati dal codice civile, che la dottrina per lo più qualifica come ipotesi di rinuncia non ricettizia, facendone discendere la natura abdicativa, non rendono mai il bene oggetto del diritto rinunciato privo di proprietario, a differenza di quanto accadrebbe ammettendo che il proprietario singolo di un bene possa unilateralmente abdicare alla proprietà di esso: è quindi lecito presumere che il legislatore abbia ammesso (solo) quelle fattispecie di rinuncia abdicativa a diritti immobiliari che non determinano una “vacatio” nella titolarità del bene, il che conferma, semmai ve ne fosse ancora bisogno, che la rinuncia abdicativa a diritti reali non può considerarsi ammessa in via generale, con conseguente nullità degli atti che ne costituiscono espressione.

(...*Omissis*...)

L'applicabilità alla fattispecie oggi in esame di tale interpretazione giurisprudenziale si ricava dal fatto che tale decisione ha preso in considerazione tra le varie ipotesi possibili di rinuncia abdicativa una situazione identica a quella sottoposta a questo Tribunale.

Il riferimento corre alla frase contenuta nella sentenza amministrativa per cui “si pensi alla responsabilità legata alla proprietà di un terreno franoso che sia prospiciente una via pubblica” che esattamente è la fattispecie per cui oggi è causa. All'udienza odierna l'Avvocatura dello Stato ha depositato un decreto emesso ex art. 745 c.p.c. e 113-bis disp. att. c.c. dal Presidente del Tribunale di Imperia il 18/8/18. Con esso è stato respinto il reclamo di un Notaio contro il rifiuto opposto dal Conservatore dei Registri Immobiliari di trascrivere una rinuncia abdicativa. In tale decisione viene fatto espresso e totale richiamo alla sentenza del Tar citata anche da chi scrive.

Per le considerazioni di cui sopra complessivamente esaminate si deve dichiarare invalido l'atto impugnato perché redatto in assenza di una previsione legislativa di riferimento. In particolare lo stesso, non rientrando per le ragioni espresse in una fattispecie tipica, deve considerarsi atipico, e non diretto a realizzare “interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico” in base al secondo comma dell'articolo 1132, 2° comma, c.c.

(...*Omissis*...)

**P.Q.M.**

Dichiara l'invalidità dell'atto di rinuncia abdicativa indicato nella motivazione.

(...*Omissis*...)

Tribunale di Genova, sez. II civ., 29 gennaio 2019, n. 272 - Giudice Unico La Mantia - A., B. e C. (Avv. Frisani) c. Ministero della Difesa (Avvocatura dello Stato).

**RESPONSABILITÀ civile - danno iure proprio dei prossimi congiunti - perdita del rapporto parentale e danno esistenziale - contraddittorio con INAIL - esclusione.**

**RESPONSABILITÀ civile - danno da perdita del rapporto parentale - natura - risarcibilità.**

**RESPONSABILITÀ civile - danno da perdita del rapporto parentale - sistema liquidatorio - tabelle del Tribunale di Milano.**

**RESPONSABILITÀ civile - accertamento della causalità omissiva - probabilità logica e giudizio controfattuale.**

**RESPONSABILITÀ civile - accertamento della causalità omissiva - concorrenza di fattori non professionali - ir-rilevanza - principio di equivalenza delle condizioni - applicabilità.**

**RESPONSABILITÀ civile - parametri della colpa - ignoranza di conoscenze tecnico scientifiche - imperizia.**

(Artt. 2059 c.c. e 41 c.p.)

*In una vertenza avente ad oggetto esclusivamente i danni non patrimoniali subiti iure proprio dai prossimi congiunti di una vittima da esposizione ad amianto in ambito lavorativo non può essere ordinata l'integrazione del contraddittorio con l'INAIL riguardando la vertenza pregiudizi che, per loro natura, esulano dagli obblighi indennitari di detto istituto.*

*Il danno per la definitiva perdita del rapporto parentale concerne un bene giuridico diverso da quello della salute, di rilievo costituzionale, non avente natura economica, attinente l'intangibile sfera degli affetti, della reciproca solidarietà e della piena realizzazione della persona umana all'interno della famiglia, la cui lesione apre la via ad un risarcimento ai sensi dell'art. 2059 c.c.*

(Conf: Cass., 3 febbraio 2011, n. 2557; Cass. SS.UU., 11 novembre 2008, n. 26972)

*Per la liquidazione delle somme dovute ai congiunti iure proprio appare adeguato il sistema adottato, per i superstiti, dal Tribunale di Milano, ancorato a distinte e specifiche “forcelle” monetarie rapportate al grado di parentela e alla relazione di convivenza e consistente in una voce risarcitoria unica che tiene conto del danno non patrimoniale, esistenziale e morale, complessivamente valutato.*

*L'accertamento del nesso causale tra la condotta omissiva del soggetto tenuto a garantire la sicurezza sul luogo di lavoro e la malattia contratta dal lavoratore è regolato dagli artt. 40 e 41 c.p. che stabiliscono un principio valido anche per l'illecito civile. A prescindere dal grado di probabilità, cd. logica, in base al quale stabilire se la condotta omessa avrebbe evitato il danno, secondo il giudizio cd. controfattuale a contrariis, la condotta non è conditio sine qua non dell'evento laddove, eliminata materialmente, l'evento si sarebbe comunque realizzato.*

*La concorrenza di fattori causali professionali e non professionali implica l'applicazione del principio dell'equivalenza delle condizioni recepito dall'art. 41 c.p. per cui va attribuita efficienza causale ad ogni antecedente che abbia contribuito, anche in maniera indiretta e remota, alla produzione dell'evento, senza che possa operarsi una distinzione a seconda della prevalenza quantitativa di una causa o dell'altra.*

(Conf: Cass., 27 dicembre 1999, n. 14565; Cass. Pen., 28 maggio 2007, n. 21021)

*L'imperizia, nella quale rientra l'ignoranza delle necessarie conoscenze tecnico scientifiche, è uno dei parametri integrativi al quale commisurare la colpa e non può risolversi in esimente da responsabilità del datore di lavoro.*

A.BEE.

(...*Omissis*...) **Fatto e diritto**

A seguito di sentenza X del Tribunale di La Spezia versata in atti (il cui contenuto deve intendersi qui richiamato), X, moglie del sig. X deceduto X, ed i figli signori X convenivano in giudizio il X, esponendo tra l'altro:

- che il proprio congiunto aveva prestato attività lavorativa da X, data del suo collocamento a riposo, alle dipendenze del X, con la qualifica di carpentiere navale e di addetto ai bacini di carenaggio;

- che il sig. X, nell'espletamento delle sue mansioni (consistenti nello "smantellamento e riparazione e/o sostituzione di tubazioni e parti strutturali dell'unità navale"), era stato costretto a manipolare e ad avere contatto diretto con l'amianto, senza alcun tipo di protezione;
- che l'intensa e duratura inalazione di fibre di amianto aveva causato al loro congiunto gravi problemi di salute, come confermato dall'esame istologico del 6/7/2012, con cui era stata diagnosticata la "diffusa infiltrazione da mesotelioma maligno sarcomatoide";
- che lo stesso sig. X, nonostante si fosse sottoposto a vari cicli di chemioterapia presso il Dipartimento di Oncologia dell'Ospedale di X, era deceduto in data X;
- che la causa della morte era risultata sia dal registro di igiene e sanità pubblica dell'Azienda USL, sia dall'INAIL, cui il proprio familiare, prima del decesso, si era rivolto presentando domanda di riconoscimento dell'esposizione all'amianto.

Concludevano, pertanto, chiedendo la condanna del convenuto al risarcimento dei danni non patrimoniali da essi attori patiti iure proprio per la perdita del rapporto parentale, nonché per danno esistenziale. Con comparsa di risposta depositata il 4/6/2015 si costituiva il X, chiedendo, in via preliminare, l'integrazione del contraddittorio nei confronti dell'INAIL, qualificato come litisconsorte necessario, e contestando, nel merito, tutti gli assunti avversari. Instava, quindi, per la reiezione delle domande attoree. Nel corso del giudizio si procedeva all'assunzione delle prove orali sulle circostanze ammesse con ordinanza del 21/12/2015, dopo di che era disposta CTU, con conferimento del relativo incarico al prof. X. Infine, all'udienza del 26/10/2018 le parti precisavano le rispettive conclusioni, come in epigrafe riportate, e la causa era trattenuta in decisione, con assegnazione dei termini di legge per il deposito di comparse conclusionali e di memorie di replica. Va, anzitutto, respinta la domanda del convenuto intesa all'integrazione del contraddittorio nei confronti di INAIL, atteso che, come già evidenziato, la presente vertenza ha ad oggetto esclusivamente i danni non patrimoniali subiti iure proprio dagli odierni attori a causa del decesso del proprio congiunto, ossia pregiudizi che, per loro natura, esulano dagli obblighi indennitari del menzionato istituto.

Ed invero, quanto liquidato dall'INAIL deve essere tenuto in considerazione in relazione alla quota di risarcimento spettante in sede civile per il danno biologico in senso stretto (nel caso di specie non richiesto dagli attori), non essendo rimpresse nelle somme dell'ente né la personalizzazione, né la quota di danno non patrimoniale ulteriore, compreso nel punto unico, diverso da quello biologico, né il danno non patrimoniale da inabilità temporanea, attesa la diversità ontologica di quanto corrisposto sotto tale voce, né, a maggior ragione, il danno da perdita del rapporto parentale. Tanto premesso, passando alla disamina del merito della vertenza, l'attività istruttoria espletata consente di ritenere - con la dovuta certezza - il X responsabile dell'insorgenza della patologia che ha poi determinato il decesso del sig. X. Per quanto attiene, infatti, al rapporto causale che deve necessariamente sussistere tra la condotta del soggetto tenuto a garantire la sicurezza sul luogo di lavoro e la malattia contratta dal lavoratore ai fini dell'imputabilità dell'evento lesivo, occorre sottolineare che l'accertamento del nesso tra un comportamento omissivo (quale quello addebitato al convenuto) e l'evento di danno è regolato dagli artt. 40 e 41 c.p., che stabiliscono un principio valido anche per l'illecito civile: nel-

l'interpretazione fornita dalle SSUU penali con la sentenza 10 luglio 2002, n. 30328, "nel reato colposo omissivo improprio il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva".

In sostanza, a prescindere dal grado di probabilità in base al quale stabilire se la condotta omessa avrebbe evitato il danno, probabilità che la Suprema Corte definisce "logica" (tra le altre, Cass. pen. sez. IV, 7 marzo 2008, n. 15282), resta il fatto che, secondo il giudizio c.d. controfattuale, la condotta è condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente, l'evento non si sarebbe verificato (a contrariis, la condotta non è *conditio sine qua non* dell'evento laddove, eliminata mentalmente, l'evento si sarebbe comunque realizzato). Orbene, nella fattispecie in esame il CTI, a seguito di approfonditi accertamenti e con argomentazioni congruamente motivate, come tali, perciò, condivisibili, dopo avere esaminato "l'anamnesi lavorativa" del sig. X (v., in particolare, pagine 38 e 39 della relazione, cui si fa rinvio) ed avere stabilito che "il decesso è stato certamente causato da mesotelioma pleurico" ha precisato quanto segue:

- "l'attività lavorativa svolta dal sig. X presso X in qualità di scaldachiodi/carpentiere navale negli anni 1957-1979 (o forse 1957-1975) ha certamente comportato una esposizione ad amianto, di entità non calcolabile ma certamente e nettamente superiore ai livelli di esposizione della popolazione generale" (pag. 80 dell'elaborato);
- "detta esposizione ad amianto è stata pressoché causa, o concausa, del mesotelioma pleurico a causa del quale egli è deceduto, in assenza di altri evidenziabili fattori causali". D'altra parte, il prolungato contatto avuto dal sig. X con l'amianto ha trovato puntuale conferma anche nelle deposizioni rese dal teste X (da considerarsi pienamente attendibile, sia per la sua conoscenza dei fatti per cui è causa, sia per la sua posizione d'indifferenza rispetto all'esito del presente giudizio), il quale ha appunto riferito all'udienza del 15/06/2016: "... io e il sig. X venivamo in contatto con materiali composti da amianto a bordo delle unità navali, dato che spesso dovevamo provvedere a tagliare le lamiere di ferro composte nella parte sottostante da amianto o da lana di vetro. Ciò avveniva per alcuni periodi per mesi interi ... io e il sig. X eravamo presenti sulle navi anche quando lo smontaggio dei tubi di scarico dei motori rifasciati di amianto era effettuato da altri operai ... quando tali operai tagliavano la coibentazione di amianto le polveri si disperdevano nell'aria ... i sistemi di aspirazione non funzionavano durante le nostre lavorazioni ... le lavorazioni si svolgevano in grandi ambienti nelle navi privi di separazione, ambienti in cui lavoravamo tutti". Né possono a valere ad escludere la configurabilità del menzionato rapporto causale gli assunti del convenuto basati sul fatto che il sig. X avrebbe lavorato per lunghi periodi alle dipendenze di datori di lavoro privati, nonché sul fatto che per circa un quinto dei casi di mesotelioma non è possibile identificare una causa (pag. 4 della comparsa conclusionale), dovendosi al riguardo sottolineare, da un lato, che il prof.

X, dopo avere illustrato il periodo di attività svolta dal lavoratore alle dipendenze di ditte in appalto ed il periodo di attività prestata alle dipendenze dell'X, ha comunque precisato che "ciascuno dei due periodi indicati ... è stato anche da solo di entità sufficiente a causare la malattia in misura più probabile che non" (pag. 48), e, dall'altro, che la S.C. ha stabilito che "la concorrenza di fattori causali professionali e non professionali, d'altra parte, implica l'applicazione del principio dell'equivalenza delle condizioni recepito dall'art. 41 c.p., per cui va attribuita efficienza causale ad ogni antecedente che abbia contribuito - anche in maniera indiretta e remota - alla produzione dell'evento" (Cass. 27/12/1999 n. 14565), "senza che possa operarsi una distinzione a seconda della prevalenza quantitativa di una causa o dell'altra (Cass. n. 21021/2007 in parte motiva).

Allo stesso modo, deve ritenersi ampiamente dimostrato come il X non abbia predisposto - nonostante l'obbligo di prevenzione sancito dall'art. 2087 ce. - alcuna misura volta ad evitare l'esposizione del sig. X all'amianto, o, comunque ad attutirne gli effetti nocivi. Sotto tale profilo, risulta particolarmente significativo quanto dichiarato dal suddetto teste X; "io e il sig. X maneggiavamo l'amianto a mani nude per rifasciare i cavi elettrici che correvano per tutta la nave ... non avevamo alcuna protezione (guanti, mascherine, tute) quando trattavamo l'amianto o quando comunque eravamo presenti al taglio sopra indicato ... non c'era stata data alcuna informazione circa la pericolosità dell'amianto, né erano stati fatti i corsi di formazione in tal senso". Occorre, inoltre, osservare che anche il CTU ha dato atto che "i mezzi e presidi approntati all'epoca dal X ... sono stati praticamente nulli, e pertanto di nessuna valenza ed utilità" (cfr. pag. 81 della relazione). In sostanza, nella fattispecie in esame non solo parte convenuta non ha dimostrato di avere adottato le cautele necessarie ad impedire l'insorgenza della patologia risultata poi letale, ma, al contrario, è emersa chiaramente la colposa omissione delle misure e dei dispositivi di protezione, che - secondo quanto accertato dal prof. X - "avrebbero probabilmente ridotto -seppure non annullato - la probabilità di indurre il mesotelioma" (pag. 75). Nessun dubbio può poi sussistere in ordine alla circostanza per cui i rischi connessi alla lavorazione dell'amianto fossero già noti al momento dello svolgimento del rapporto di lavoro che qui interessa. Sul punto, assume particolare rilievo la ricostruzione effettuata dalla Corte di Cassazione nella seguente parte motiva della sentenza n. 4721/1998 (relativa ad un caso di decesso per mesotelioma): "Non è revocabile in dubbio che, contrariamente a quanto sembra ritenere la impugnata sentenza, da tempo era nota la pericolosità della lavorazione dell'amianto, e, in ogni caso, da epoca ben anteriore al 1970. A tal fine basti ricordare come già il R.D. 14 giugno 1909 n. 442 (epoca nella quale le nozioni scientifiche, ed anche le esperienze in campo industriale, erano certo assai inferiori a quelle che si avevano nel 1970), che approvava il regolamento per il T.U. della legge per il lavoro delle donne e dei fanciulli, all'art. 29 tabella B n. 12, includeva la filatura e tessitura dell'amianto tra i lavori insalubri o pericolosi nei quali l'applicazione delle donne minorenni e dei fanciulli era vietata o sottoposta a speciali cautele, con una specifica previsione dei locali ove non sia assicurato il pronto allontanamento del pulviscolo; norma sostanzialmente identica seguiva nel regolamento per l'esecuzione della legge sul lavoro delle donne e dei fanciulli, emanato con decreto luogotenenziale 6 agosto 1916 n. 1136, art. 36, tabella B, n. 13. Ancora il R.d. 7 agosto 1936 n. 1720 che approvava le tabelle indicanti i lavori per i quali era vietata l'oc-

cupazione dei fanciulli e delle donne minorenni, prevedeva alla tabella B i lavori pericolosi, faticosi ed insalubri in cui è consentita l'occupazione delle donne minorenni e dei fanciulli, subordinatamente all'osservanza di speciali cautele e condizioni e, tra questi, al n. 5, la lavorazione dell'amianto, limitatamente alle operazioni di mescola, filatura e tessitura. Lo stesso R.D. 14 aprile 1927 n. 530, tra gli altri agli artt. 10, 16, e 17, conteneva diffuse disposizioni relative alla aerazione dei luoghi di lavoro, soprattutto in presenza di lavorazioni tossiche (ridurle per quanto possibile). In epoca più recente, oltre alla legge delega 12 febbraio 1955 n. 52, che, all'art. 1, lettera F, prevedeva di ampliare il campo della tutela, al D.P.R. 19 marzo 1956 n. 303 - di seguito esaminato - ed alle visite particolarmente accurate previste dal D.P.R. 20 marzo 1956 n. 648, si deve ricordare il regolamento 21 luglio 1960 n. 1169 che all'art. 1 prevede, specificamente, che la presenza dell'amianto nei materiali di lavorazione possa dar luogo, avuto riguardo alle condizioni delle lavorazioni, ad inalazione di polvere di silice libera o di amianto tale da determinare il rischio.

Si può infine ricordare che il premio supplementare stabilito dall'art. 153 del T.U. n. 1124 del 1965, per le lavorazioni di cui all'allegato n. 8, presupponeva un grado di concentrazione di agenti patogeni superiore a determinati valori minimi (Cass. 20 agosto 1991 n. 8970).

Tutto ciò, senza considerare che la imperizia, nella quale rientra la ignoranza delle necessarie conoscenze tecnico scientifiche, è uno dei parametri integrativi al quale commisurare la colpa, e non potrebbe risolversi in esimente da responsabilità per il datore di lavoro. Da quanto esposto discende che normativamente, all'epoca di svolgimento del rapporto di lavoro del dante causa dei ricorrenti, era ben nota la intrinseca pericolosità delle fibre dell'amianto impiegato nelle lavorazioni, tanto che le stesse erano circondate legislativamente di particolari cautele, anche indipendentemente dalla concentrazione di fibre per centimetro cubo. È appunto rispetto a tale rischio intrinseco a tale tipo di lavorazione che si imponeva il concreto accertamento della adozione di misure idonee a ridurre il rischio, in ottemperanza alla norma di chiusura di cui all'art. 2087 cod. civ., e tra queste, proprio quelle delle quali i ricorrenti lamentavano la insufficienza; segnatamente quella di cui all'art. 21 del D.P.R. 19 marzo 1956 n. 303, il quale, come la stessa impugnata sentenza ricorda, stabilisce che nei lavori che danno normalmente luogo alla formazione di polveri di qualunque specie, il datore di lavoro è tenuto ad adottare provvedimenti atti ad impedire o ridurre, per quanto è possibile, lo sviluppo e la diffusione nell'ambiente di lavoro" soggiungendo che "le misure da adottare a tal fine devono tenere conto della natura delle polveri e della loro concentrazione", cioè devono avere caratteristiche adeguate alla pericolosità delle polveri. Né si tratta di una prescrizione isolata, sol che si consideri che nello stesso D.P.R. n. 303 vi sono numerose norme che richiamano il dovere del datore di lavoro di evitare il contatto dei lavoratori con polveri nocive: l'art. 9, che prevede il ricambio d'aria, l'art. 15, che prevede, persino fuori dell'orario di lavoro, si debba ridurre al minimo il sollevamento della polvere nell'ambiente, e, proprio al tal fine, l'impiego di aspiratori; l'art. 18, che proibisce l'accumulo delle sostanze nocive; l'art. 19, che impone di adibire locali separati per le lavorazioni insalubri; l'art. 20, che difende l'aria dagli inquinamenti con prodotti nocivi specificamente mediante l'uso di aspiratori; l'art. 25, che prescrive, quando possa esservi dubbio sulla pericolosità dell'atmosfera, che i lavoratori siano forniti di apparecchi di protezione". Va aggiunto che lo stesso CTU ha rilevato che nell'ambiente scientifico il rapporto causale tra amianto e

mesotelioma era conosciuto dal 1965 circa (v. pag. 80 della relazione) e che anche nel documento della Regione Lombardia di cui alle pagine 55 e 56 dell'elaborato del X era stato affermato che "a livello internazionale l'esistenza di un potere cancerogeno dell'amianto sul polmone ... e sulla pleura (mesotelioma) è stato definitivamente ed ufficialmente stabilito nel rapporto del Gruppo di Lavoro ... presentato nel 1964 ... e pubblicato nel 1965". Senza contare che le dimensioni e l'organizzazione del X erano tali da rendere esigibile la massima diligenza ed attenzione nell'adeguamento alle conoscenze scientifiche concernenti il proprio settore di operatività. Ne consegue che, stante la posizione di garanzia assunta dal convenuto, quest'ultimo deve ritenersi responsabile della patologia contratta dal sig. X nel periodo in cui il medesimo aveva prestato la propria attività lavorativa presso X. Passando poi ad esaminare il profilo della quantificazione dei danni non patrimoniali subiti dai signori X iure proprio, occorre anzitutto premettere che il soggetto che chiede il risarcimento a seguito della morte di un congiunto per la definitiva perdita del rapporto parentale lamenta un pregiudizio concernente un bene giuridico diverso da quello della salute di cui è titolare (e la cui ratio trova tutela nell'art. 32 Cost.), in quanto l'interesse fatto valere attiene all'intangibile sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia, nonché all'inviolabile libertà di piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana all'interno della famiglia. Trattasi di interesse protetto, di rilievo costituzionale, non avente natura economica, la cui lesione apre la via ad un risarcimento ai sensi dell'art. 2059 ce. (v. Cass. 2557/2011 e Cass. 26972/2008). Più nello specifico, il danno da perdita del rapporto parentale va al di là del mero dolore che la morte in sé di una persona cara provoca nei prossimi congiunti che le sopravvivono, concretandosi esso (a) nel vuoto costituito dal non potere più godere della presenza e del rapporto con chi è venuto meno e perciò nell'irrimediabile distruzione di un sistema di vita basato sull'affettività, sulla condivisione, sulla rassicurante quotidianità, nonché (b) nel non potere fare più ciò che per anni si è fatto e (c) nell'alterazione che una scomparsa del genere inevitabilmente produce anche nelle relazioni tra i superstiti. Con riferimento alle somme dovute ai prossimi congiunti iure proprio, deve sottolinearsi che il sistema liquidatorio per i superstiti adottato dal Tribunale di Milano e seguito anche da questo Tribunale, ovvero quello ancorato a distinte e specifiche "forcelle" monetarie rapportate al grado di parentela e alla relazione di convivenza, appare tuttora adeguato anche dopo la sentenza della S.C. n. 26972/2008. Tale voce risarcitoria unica, che tiene conto del danno non patrimoniale complessivamente valutato (esistenziale e morale), non è altro che l'insieme dei pregiudizi verificatisi nella sfera degli affetti e delle relazioni interpersonali, più in generale, delle attività realizzatrici della persona umana, eventi che immancabilmente si ricollegano alla scomparsa, in circostanze drammatiche, di una persona precedentemente inserita nel contesto familiare. Il mondo affettivo preesistente dei singoli superstiti subisce un inevitabile peggioramento ed il loro equilibrio psichico un'inevitabile alterazione.

Per quanto concerne la concreta quantificazione, va osservato che i criteri orientativi di cui alle tabelle di Milano prevedono per la morte del coniuge a favore dell'altro non separato e del padre a favore di ogni figlio una somma compresa tra un minimo di € 165.960,00 ed un massimo di € 331.920,00. Con riguardo anzitutto alla posizione dei figli, in assenza di allegazioni e deduzioni specifiche sul vincolo affettivo (non potendo al riguardo rilevare, sotto il profilo strettamente probatorio, la prod. n. 16, trattandosi di atto predisposto direttamente dalla

sig.ra X, privo di data certa ma comunque successivo all'evento), va rilevato che in considerazione, da un lato, dell'età dagli stessi già raggiunta al momento del decesso del padre (X), e, dall'altro, del fatto che risulta del tutto verosimile - in base alle regole di comune esperienza - che i citati attori avessero all'epoca una vita autonoma dal punto di vista abitativo, sentimentale e lavorativo, appare congruo liquidare, a favore di ogni figlio, l'importo di € 200.000,00. Per quanto attiene invece alla sig.ra X, deve liquidarsi la somma di € 270.000,00, dato che tale attrice è stata privata del sostegno affettivo del marito a soli X anni; né può tralasciarsi la particolare sofferenza inevitabilmente provocata dal venire meno della convivenza quotidiana e dal conseguente senso di vuoto derivante dal fatto di abitare nella stessa casa in cui sono state condivise con il coniuge le varie fasi e situazioni della vita. Senza contare, in ogni caso, che a seguito del decesso del sig. X alla menzionata attrice sono stati definitivamente preclusi i normali progetti che due coniugi della loro età avrebbero ancora potuto fare, in considerazione della durata media della vita e del tempo libero a disposizione. I predetti importi riconosciuti ai singoli attori a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale iure proprio devono essere previamente devalutati fino alla data dell'evento (X) e sugli stessi, progressivamente rivalutati anno per anno, vanno calcolati gli interessi al tasso legale fino all'odierna liquidazione; devono, altresì, riconoscersi gli interessi legali corrispettivi dalla data odierna fino all'effettivo pagamento. Contrariamente a quanto richiesto in via subordinata dall'odierno convenuto, dalla somma complessiva di € 670.000,00 (€ 270.000,00 + € 200.000,00 + € 200.000,00) non va detratto quanto corrisposto dall'INAIL, per le ragioni già in precedenza illustrate a proposito della natura delle erogazioni in esame e dell'oggetto delle pretese attoree. Non può poi trovare accoglimento l'ulteriore domanda dei signori X in ordine al risarcimento del danno "non patrimoniale oggettivo iure proprio o danno esistenziale" (v. pagine 15 e 16 della citazione), trattandosi, come già detto, di pregiudizio ricompreso in quello da perdita del rapporto parentale sopra descritto; peraltro, la voce di danno in esame non ha trovato adeguato riscontro probatorio nelle risultanze dell'attività istruttoria espletata, né nella documentazione versata in atti.

In virtù del criterio della soccombenza, il X deve condannarsi al pagamento delle spese di giudizio (valore compreso tra € 520.000,01 ed € 1.000.000,00), con l'aumento del 10% sui parametri previsti per le cause comprese nello scaglione tra € 260.000,01 ed € 520.000,00, ai sensi dell'art. 6 D.M. 55/2014, tenuto conto del numero e della natura delle questioni trattate; non può invece accogliersi la domanda attorea (avanzata in memoria di replica) di rimborso delle spese di CTP, non essendo stato adeguatamente provato che i signori X abbiano in concreto sostenuto detto esborso. Infine, le spese della svolta CTU vanno poste a carico del citato convenuto, stante l'esito di tale accertamento.

#### P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, disattesa ogni contraria istanza, dichiara il convenuto X responsabile della patologia contratta dal sig. X e risultata causa della sua morte in data X.

Condanna il X, in persona del X pro tempore, al pagamento delle seguenti somme:

- € 270.000,00 (duecentosettantamila/00) a favore dell'attrice sig.ra X;
- € 200.000,00 (duecentomila/00) a favore della sig.ra X;
- € 200.000,00 (duecentomila/00) a favore del sig. X oltre a

rivalutazione monetaria ed interessi legali come indicato in parte motiva, a titolo di risarcimento dei danni non patrimoniali iure proprio subiti dai medesimi attori a seguito del decesso del sig. X.

Respinge le altre domande attoree, nonché la domanda formulata in via subordinata dal convenuto.

(... *Omissis*...)

Tribunale di Genova, sez. II civ., 22 gennaio 2019, n. 195 - Giudice Unico Braccialini - G.I. Spa e A.G.C. & S. Se (Avv.ti Ghelardi, Paterna e Facco) c. V.G.T.F. Srl (Avv.ti Lopez De Gonzalo, Mordiglia e Pellerano).

**TRASPORTO marittimo di cose - perdita del carico - responsabilità del vettore - contrattuale - concorso con responsabilità aquiliana - inammissibilità.**

**TRASPORTO marittimo di cose - perdita del carico - responsabilità dell'armatore non vettore - contrattuale.**

**TRASPORTO marittimo di cose - clausole di esonero da responsabilità del vettore - Himalaya Clause - ammissibilità.**

**TRASPORTO marittimo di cose - compenso di salvataggio - azione di recupero - Regole dell'Aja-Visby - applicabilità.**

(Artt. 2049 c.c.; artt. 274, 383 e 422 ss. cod. nav.)

*Nel trasporto marittimo di cose la responsabilità del vettore, anche se armatore, per la perdita della merce trasportata, ha natura contrattuale ed è regolata dagli artt. 422 e 423 cod. nav., mentre deve escludersi ogni possibilità di concorso dell'azione contrattuale con l'azione risarcitoria aquiliana, ai sensi degli artt. 274 cod. nav. e 2049 cod. civ., esperibile solo dai terzi estranei al rapporto di trasporto e non dal creditore della prestazione contrattuale.*

*Nel trasporto marittimo di cose anche l'armatore non vettore è sottratto alla responsabilità extracontrattuale in quanto i suoi preposti (comandante ed equipaggio) e lo stesso armatore assumono, nei rapporti esterni col creditore, posizione e ruolo di ausiliari dell'impresa vettrice nell'adempimento dell'obbligazione di trasportare, secondo il modello dell'art. 1228 cod. civ., mentre i rapporti interni fra armatore e vettore rimangono disciplinati dall'art. 383 cod. nav.*

(Conf. Cass., 26 luglio 1983, n. 5121)

*Il vettore può prevedere l'inserimento, nelle polizze di carico, di clausole di esonero da responsabilità per i propri ausiliari così recuperando, per via contrattuale, il regime di responsabilità proprio delle fonti convenzionali.*

(Conf. Trib. Genova, 20 novembre 2000; App. Genova 18 gennaio 2003; Trib. Genova, 30 settembre 2015)

*Nell'ampia formulazione degli artt. IV e IV bis delle Regole dell'Aja-Visby possono ritenersi comprese perdite economiche non consistenti unicamente nella materiale derelizione o nell'ammaloramento dei carichi trasportati, bensì anche nei maggiori costi sostenuti da caricatori o ricevitori per il recupero o il salvataggio delle loro proprietà.*

A.BEE.

(... *Omissis*...) **Svolgimento del processo.**

Con atto di citazione notificato il 10.06.2016, Generali Italia s.p.a. e Allianz Global Corporate & Specialty S.E. (di seguito "le Compagnie" o "gli Assicuratori") convenivano in giudizio presso questo Tribunale la società Visentini Giovanni Trasporti Fluviomarittimi S.r.l. (di seguito "l'Armatore") chiedendone la condanna ex artt. 2051 e/o 2043 c.c. e 274 cod. nav. al rimborso

di quanto corrisposto dalle compagnie esponenti alla società olandese di salvataggio Smit Salvage B.V. a seguito degli eventi verificatisi durante il trasporto di un carico militare appartenente al Ministero della Difesa (e, in parte, alle Forze Armate danesi) imbarcato a bordo della m/n "Altinia" di proprietà dell'Armatore.

Riferivano le Società attrici che in data 31.07.2003 era stata stipulata la polizza n. 054/87/262215 con la contraente S.p.A. Saima Avandero finalizzata a coassicurare ex art. 1911 c.c. «tutti i materiali affidati alla Saima e spediti in ambito nazionale ed internazionale, senza limitazioni di peso e ingombro, per via mare mediante le m/n "Major" e "Romea»»; in data 10.02.2010 con appendice n. 56/784709 la copertura assicurativa era stata estesa anche ai trasporti da effettuare tramite la m/n "Altinia", di 8.797 t.s.l. e nazionalità italiana, di proprietà della Visentini e dalla stessa armata ed equipaggiata.

Dopo la stipulazione tra Saima Avandero e Visentini di un contratto di noleggio con decorrenza dall'1.01.2014, avente ad oggetto proprio "Altinia", in data 29.04.2014 Saima Avandero aveva imbarcato sulla stessa nel porto di Jebel Ali a Dubai 75 veicoli, 79 contenitori da 20" di materiali e tre tende da campo di proprietà in parte dell'Esercito italiano e in parte di quello danese in esecuzione del contratto di trasporto stipulato con il Ministero della Difesa italiano.

Durante la navigazione al largo di Aden, il 06.05.2014 si era verificato un incendio nella sala macchine provocato dalla fuoriuscita di combustibile e successivamente propagatosi, originato dal contatto del combustibile con un punto caldo sulle flange dei vicini collettori di scarico e con la plafoniera di illuminazione sprovvista del proprio coperchio.

Stante il mancato funzionamento dell'impianto di spegnimento di incendi, dovuto all'omesso posizionamento del cavo di comando sulle pulegge, le fiamme avevano reso ingovernabile la nave la quale, abbandonata dall'equipaggio, era andata alla deriva. "Altinia" era stata soccorsa su richiesta della Visentini dall'olandese B.V. Smit Salvage la quale, previa accettazione delle condizioni contrattuali del "Lloyd's Open Form" del 2001, aveva provveduto a rimorchiarla fino al porto di Jebel Ali. A fronte dell'assistenza prestata, Smit Salvage aveva richiesto agli Eserciti italiani e danese il compenso a favore del soccorritore previsto dalla Convenzione di Londra del 28 aprile 1989, subordinando ex art. 561 comma 1 n. 3 cod. nav. la riconsegna del carico salvato al conseguimento di una fideiussione a garanzia del proprio credito.

Gli esponenti coassicuratori, per il tramite di Generali, avevano rilasciato la fideiussione sino alla concorrenza della somma pari a € 8.000.000,00, in tal modo tenendo indenni gli Eserciti dalla pretesa della Smit e corrispondendo direttamente a quest'ultima quanto richiesto; in un momento successivo erano stati transattivamente concordati € 4.800.000,00 a carico di Generali Italia S.p.A. ed € 1.200.000,00 a carico di Allianz, con surroga delle dette Compagnie nei diritti delle due Forze Armate verso il responsabile dell'evento.

Tanto premesso in fatto, in diritto le parti attrici assumevano che dell'incendio e dei conseguenti danni indennizzati dovesse rispondere Visentini ai sensi e per gli effetti degli artt. 7 comma 1 e 274 comma 1 cod. nav., nella sua qualità di Armatore e custode di "Altinia" o, in via subordinata, ex art. 2043 c.c., norma ritenuta applicabile per l'effetto del combinato disposto degli artt. 4 cod. nav. e 62 Legge n. 218/1995.

Ulteriormente, i coassicuratori assumevano la non applicabilità dell'esimente prevista dall'art. 4 §.2 lett. b) della Convenzione di Bruxelles del 25 agosto 1924, stante l'insussistenza di un contratto di trasporto sia fra il caricatore Ministero della Difesa e l'Ar-

matore, sia fra quest'ultimo e il *noleggiateore vettore* Saima Avandero: secondo la prospettazione delle attrici, anche qualora la predetta normativa fosse risultata applicabile, l'Armatore noleggiante non avrebbe potuto beneficiare degli esoneri e dei limiti previsti dall'art. 4bis della Convenzione, in quanto privo della qualità di vettore ovvero di parte stipulante di un contratto di trasporto.

Si costituiva in giudizio la S.r.l. Visentini Giovanni Trasporti Fluvio-marittimi eccependo in via preliminare il parziale difetto di legittimazione, dato che la copertura assicurativa riguardava unicamente i carichi italiani affidati dal Ministero della Difesa: l'Armatore eccepiva che nella richiesta di rimborso inviata a Visentini le Compagnie coassicuratrici avessero invece dichiarato che il compenso pagato dalle stesse era relativo al carico di proprietà del Ministero della Difesa italiano. Sulla base di ciò, la convenuta faceva constare l'invalidità della surroga con riferimento alla domanda di rimborso relativa al salvataggio anche delle merci di proprietà dell'esercito danese.

Ulteriormente, Visentini domandava la declaratoria di inammissibilità della domanda, in base a quanto previsto dalla clausola 5.2 (c.d. *Himalaya Clause*) delle Polizze di Carico nn. 06/14 e 07/14, secondo la quale il Ministero non avrebbe promosso alcuna azione risarcitoria nei confronti di soggetti diversi dal vettore Saima (tra cui, secondo Visentini, anche l'Armatore della nave) e, per altro verso, tali ulteriori soggetti avrebbero beneficiato delle disposizioni di legge e di contratto applicabili al vettore contrattuale.

La convenuta contestava l'asserita inapplicabilità della Convenzione di Bruxelles del 25 agosto 1924 e dei successivi Protocolli del 1969 e 1979 (c.d. *Hague Visby Rules*), richiamando conforme giurisprudenza della Cassazione (sentenza n. 5121/1983) secondo cui la normativa internazionale trova applicazione sia per il vettore contrattuale sia per il vettore di fatto, stante il duplice riferimento della normativa ora al vettore, ora alla nave. In forza di tale ricostruzione del quadro normativo di riferimento, Visentini eccepiva l'intervenuta decadenza per l'esercizio dell'azione risarcitoria in base all'art. III.6 della predetta Convenzione, il quale pone un termine di decadenza annuale per il promovimento del giudizio: nella specie, inutilmente decorso.

Nel merito e in via subordinata, l'Armatore sosteneva l'applicabilità della causa di esclusione di responsabilità prevista dall'art. IV.2 della Convenzione medesima, essendo stato accertato durante le indagini che l'incendio era dipeso dalla negligenza dell'equipaggio, che non aveva riposizionato le coperture del vano pompe combustibili: tale negligenza veniva qualificata come "colpa nautica", con conseguente esonerazione di responsabilità per l'Armatore per i cd. "pericoli eccettuati".

In estremo subordine, la convenuta chiedeva di limitare l'eventuale risarcimento all'importo calcolato secondo i criteri di cui all'art. IV.5a e 5d delle *Hague Visby Rules* per un massimo di DSP (Diritti Speciale di Prelievo) pari a 1.223.188 ed equivalente a € 1.543.347,00.

Concessi i termini per il deposito delle memorie autorizzate ex art. 183 comma VI c.p.c. e senza espletamento di attività istruttoria - vertendo la controversia, secondo il precedente istruttore, esclusivamente sull'interpretazione della disciplina e legale con riferimento all'assetto contrattuale documentato in atti, con particolare riferimento all'operatività della c.d. "clausola *Himalaya*" - parti e causa venivano rinviata all'udienza del 13.03.2018 per la precisazione delle conclusioni, quali ivi riferite a verbale, con assegnazione dei termini ordinari per la redazione delle difese conclusive; dopo ulteriore parentesi discussiva esaurita all'udienza del 10.12 u.s.

### Motivi della decisione.

Prendendo le mosse dalle questioni preliminari, è stata eccepita la carenza di legittimazione attiva in capo alle parti attrici, con particolare riguardo alla titolarità del carico inerente veicoli militari appartenenti all'Esercito danese.

Si tratta di interrogativo prioritario perché, prima di stabilire l'esistenza di un diritto di credito di natura risarcitoria e l'eventuale sua sopravvivenza a cause estintive di varia natura, occorre verificare se chi agisce in giudizio - affermando di esserne titolare - sia realmente tale.

L'eccezione non è fondata. Le evidenze documentali sottoposte dalle Compagnie attrici dimostrano che le stesse si sono surrogate nella spesa di 6 milioni di Euro da esse anticipata in favore dei soggetti aventi diritto alla restituzione del carico (le Forze Armate proprietarie dei mezzi militari imbarcati) per consentire la liberazione di tali veicoli ed apparati al primo porto di approdo dopo il salvataggio in mare. Da notare che la polizza assicurativa risulta stipulata dallo spedizioniere/vettore Saima Avandero per conto delle dette Forze armate e le polizze di carico emesse in occasione dello specifico trasporto indicano come caricatore, appunto, Saima, che nell'occasione spendeva la qualità di mandataria delle due Forze Armate proprietarie dei mezzi militari: per cui non può dubitarsi del corretto esercizio da parte di Generali ed Allianz dei diritti di surrogazione nascenti dagli artt. 1203 n. 3 e 1916 cod. civ.

Ciò premesso, per quanto negletta nelle difese iniziali e conclusive delle parti, la ricostruzione fattuale dell'esatta dinamica del sinistro marittimo che qui si discute ha invece precisa importanza ai fini dell'inquadramento della vicenda contenziosa e per le statuizioni finali che si andranno ad assumere: dunque per tale profilo si impone una pertinente digressione.

Dalle indagini dell'autorità marittima e dalla perizia penale assunta presso il tribunale barese si apprende che l'incendio nella sala macchine di "Altinia" è riconducibile al concorso di diversi fattori, in parte imputabili ad imprudenze dell'equipaggio, in parte a incompleto funzionamento dei presidi antincendio.

Nel paragrafo 3 del verbale n. 1 di Inchiesta Formale predisposto dalla Direzione Marittima di Bari in data 21 maggio 2015 si legge (doc. 14 pag. 4 attrici):

"...B3 informazioni sul sinistro

*Il giorno 6 maggio 2014 verso le ore 1,30 scoppiava un incendio nella sala macchine della motonave Altinia, in navigazione nel Golfo di Arden, a circa 150 miglia dalla costa, con 16 membri di equipaggio.*

*L'incendio provocava l'arresto dei motori e l'attivazione del gruppo di emergenza che però, dopo pochi secondi, si fermava. In tale situazione, di mancanza totale di alimentazione, era impossibile azionare le pompe antincendio.*

*Per quanto attiene invece le cause che avevano innescato l'incendio, le dichiarazioni acquisite da parte dell'equipaggio potrebbero far ipotizzare una rottura di un pistone che provocava uno spruzzo di olio sul collettore di scarico del motore (giusta SIT del direttore di macchina).*

*Tale ipotesi è resa plausibile dalle dichiarazioni dell'elettricista, che ha affermato che in sala macchine vi era l'abitudine di non utilizzare il "paraschizzi" a protezione del motore proprio per evitare tale tipologia di inconvenienti".*

Nella relazione del 6 ottobre 2015 del perito comandante Michele Cacace nel procedimento penale 6726/15-21 si precisa ulteriormente:

*"Durante la perizia a Civitavecchia è stata verificata la funzionalità del motore principale e degli ausiliari, il ripristino di quasi tutto il circuito elettrico, danneggiato dalle fiamme.*

*Per questo motivo durante l'incendio non si rese possibile l'erogazione dell'energia elettrica dal quadro principale e da quello di emergenza,*

questo problema non permise il funzionamento della pompa antincendio emergenza di prora, quella principale e quella servizi generali situate nel locale apparato motore, ed in così breve tempo avendo la nave in una situazione di black out e alla deriva, il comando nave decise di scaricare la CO<sub>2</sub> e abbandonare la nave, allontanandosi a distanza di sicurezza, temendo un'esplosione dovuta alla tipologia del carico presente a bordo. Il motivo secondo il quale si sviluppò l'incendio è di seguito riportato: sulla bancata di dritta del motore principale a causa della rottura di una cannetta (tubo che trasporta il combustibile dalla pompa combustibile al polverizzatore di un singolo cilindro) a causa di intervento di pulizia da parte del personale di bordo, sul motore principale non erano stati rimontati i coperti di chiusura, ed infatti durante la notte successe l'incendio, pertanto il combustibile attraverso la lesione della cannetta si riversò polverizzato sul collettore di scarico incendiandosi. L'incendio così sviluppatosi a causa della conformazione della sala macchine si è convogliato verso la salita e la ciminiera, interessando come abbiamo detto la maggior parte del circuito elettrico..."

La combinazione di tali fattori ha fatto pertanto sì che la rottura di una "cannetta" (un tubetto di adduzione del gasolio, il carburante della nave) abbia provocato una fuoriuscita del combustibile che, venuto a contatto con parti calde del motore, ha determinato l'innesco dell'incendio. A quel punto, il sistema antincendio a polvere di CO<sub>2</sub> non ha funzionato appieno per la presenza di un varco di ventilazione rimasto aperto, che non si è riusciti a richiudere per la presenza delle fiamme. L'impianto antincendio ad acqua non è mai entrato in funzione in quanto collegato a motori ausiliari che sono andati subito in avaria".

Anche più preoccupante il quadro ricostruttivo e fotografico che emerge dalle relazioni dell'11 gennaio e 27 maggio 2015 (doc. 14, 19 convenuta) del fiduciario dell'Armatore, Studio Interprogetti Genova Srl, in cui si conferma la dinamica immediata dell'innesco di incendio dopo appropriata prova di tenuta delle tubazioni di alimentazione del cilindro 1B lato destro, con sottolineatura del fatto che la perdita di gasolio derivava dal mancato serraggio dalla flangia della linea di ritorno della pompa combustibile del cilindro, dovuta all'assenza di un perno di fissaggio, che veniva infatti rinvenuto ancora all'interno del vano (di protezione) "hot box":

"Alla luce di quanto sopra si giungeva alla conclusione che l'incendio era stato determinato dalla fuoriuscita del combustibile della pompa del cil. N. 1B; perdita che non veniva trattenuta all'interno della "hot-box" e conseguentemente drenata nell'apposita cassetta di raccolta, ma andava a contatto con una superficie calda, probabilmente l'adiacente turbo soffiante e/o le flange dei soffiati di espansione stante la rimozione della portina". (...)

In conclusione l'origine dell'incendio è stata ritenuta attribuibile a negligenza del personale di macchina per: - mancato rimontaggio della portina della "hot-box" a fine intervento, ancorché sospeso in attesa del suo completamento, disattendendo quindi alle precise istruzioni dello Ship Manager; - non adeguato serraggio e/o mancato controllo del tensionamento ovvero dell'accidentale allentamento/sfilamento dal proprio alloggio del perno di fermo inferiore del sistema di raccordo tra pompa e tubazione di ritorno del combustibile.

L'evento sarebbe stato infatti evitato qualora le portine fossero state riposizionate a fine intervento; ciò infatti avrebbe consentito di contenere le perdite di combustibile all'interno della "hot-box", evitando così le conseguenze della fuoriuscita accidentale e sotto pressione del combustibile".

Nello stesso elaborato vengono messe in luce anche carenze dell'impianto antincendio a CO<sub>2</sub> nel seguente passaggio delle pagg. 7-8:

"Sebbene le valvole del sistema per la scarica della CO<sub>2</sub> nel locale Apparato Motore e nel garage venissero aperte (come risulta dalle fo-

tografie seguenti scattate nel corso delle ispezioni a bordo) l'anidride carbonica non venne rilasciata; nella foto seguente si può notare come le valvole sulle singole bombole siano in posizione di chiusura. Gli accertamenti condotti hanno permesso di individuare l'origine di tale circostanza nel sistema a cavetti che comanda l'apertura delle valvole posizionate sulla testa delle bombole; veniva infatti riscontrata la non corretta posizione degli stessi che risultavano laschi e fuori dalla gola delle pulegge di rinvio.

Si noti che per il sistema di rilascio dell'impianto a CO<sub>2</sub> la normativa non prevede controlli periodici di ordinaria manutenzione a cura dell'equipaggio, attività demandata unicamente a ditte specializzate ed autorizzate dall'Istituto di Classifica. Per contro si osserva che un prudente e corretto comportamento da parte del personale di bordo avrebbe richiesto una verifica dell'effettivo rilascio della CO<sub>2</sub>, a seguito dell'operazione seguita in remoto dalla stazione antincendio. Se ciò fosse avvenuto avrebbero riscontrato la mancata apertura delle valvole di testa delle bombole, ovviando quindi con un intervento diretto sulle stesse all'interno del locale CO<sub>2</sub> al mancato rilascio dell'anidride carbonica. (...)

Nella fattispecie si ritiene che tale erroneo comportamento possa essere ascritto alla concitazione del momento conseguente all'emergenza in atto derivante dall'incendio".

Questo il quadro, abbastanza disarmante, dell'incendio in sala macchine di "Altinia", che rimanda abbastanza da vicino nella sua dinamica ad altro ben più grave sinistro marittimo che impegnò lo scrivente in sede penale: l'incendio in sala macchine di "Snam Portovenere", caratterizzato dallo stesso innesco dell'incendio per incompleta sigillatura di una flangia della tubazione di adduzione del gasolio, ma con esiti letali per il ricorso al gas CO<sub>2</sub> nel tentativo di spegnimento delle fiamme. Ricostruzione in fatto, per "Altinia", che emerge così a chiare tinte dagli atti di indagine sopra richiamati e che non ha trovato confutazioni nell'odierno contraddittorio: per cui, concludendo in linea di fatto, l'incendio a bordo della nave di Visentini rimanda causalmente a inadeguatezze dell'equipaggio e carenze manutentive della nave.

Un secondo chiarimento si impone per quanto riguarda l'esatto titolo di responsabilità prospettata con la domanda azionata dalle Compagnie attrici, per precisare che - pur se in diversi passaggi delle difese di parte vengono lambiti temi propri del rapporto contrattuale di trasporto - non sarebbe possibile per il Tribunale operare un semplice mutamento della qualificazione giuridica delle prospettazioni degli assicuratori, secondo il noto principio dello "jura novit Curia", introducendo profili di responsabilità ascrivibili a Visentini, come noleggiante, in base all'art. 386 del codice della navigazione; oppure ricostruendo, quale conseguenza del contratto di noleggio, una sorta di responsabilità da contatto sociale, in forza della quale possa affermarsi la ragionevole attesa del caricatore (e suoi aventi causa) di ottenere una prestazione conforme alla diligenza dovuta come standard dal noleggiante in base all'impegno di quest'ultimo di fornire una nave convenientemente armata ed equipaggiata. Del pari, restano fuori dalla domanda in concreto articolata tutti i possibili profili di responsabilità contrattuale verso l'armatore inteso quale vettore effettivo o di fatto ("actual carrier"), prospettabili sulla suggestione di più evoluti rapporti convenzionali in tema di trasporto aereo (Convenzione di Montreal del 1999, art. 40) e marittimo (Regole di Amburgo, 1978, art. 10).

Sono esaminabili quindi esclusivamente le disposizioni di diritto comune che gli assicuratori in surroga contestano all'Armatore in via extracontrattuale in riferimento agli artt. 2049, 2051 cod. civ. e la disposizione speciale contenuta nell'articolo 274 del codice della navigazione.

Ora, proprio la coesistenza nella disciplina codicistica di tale ultima disposizione sulla responsabilità extracontrattuale dell'armatore, e di quella circa il regime di responsabilità proprio del contratto di trasporto di cui ai successivi articoli 422 e seguenti, sta a confermare che anche nel settore che ne occupa ha compiuta attuazione un fondamentale principio del sistema di responsabilità civile, dato dalla possibile concorrenza della responsabilità contrattuale e di quella extracontrattuale. Si può parlare al riguardo di un principio "generalmente immanente" al sistema risarcitorio, che ha trovato conferma anche in plurimi arresti della Suprema Corte anche in materia di trasporti, quale ad esempio la pronuncia della Sez. 3, 19 gennaio 1996 n. 418 (Rv. 495504 - 01) *Presidente*: Taddeucci M. *Estensore*: Giustiniani V. *Alitalia S.p.A. contro Gallone S.r.l.*, in cui si chiarisce che: "È ammissibile il concorso tra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale di fronte ad un medesimo fatto che violi contemporaneamente non soltanto diritti derivanti dal contratto, ma anche i diritti spettanti alla persona offesa indipendentemente dal contratto stesso (nella specie la S.C. ha confermato la sentenza impugnata la quale aveva affermato il concorso della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nei confronti del destinatario della merce trasportata, rispettivamente, del vettore e del custode, al quale il primo aveva consegnato la merce che poi era stata smarrita). Parzialmente diversa è la posizione di dottrina e giurisprudenza, però, nel sottosistema del trasporto marittimo di cose, in cui la presenza assai incisiva di norme di fonte convenzionale ha portato a negare la coesistenza di due regimi di responsabilità, quello contrattuale e quello extracontrattuale, fino al punto di inferire (in particolare, dall'art. IV bis delle Regole dell'Aja-Visby) un regime unico modellato proprio sulle fonti convenzionali e/o quelle di recepimento (tra le molte, e risalenti, vedi Cassaz. 27 maggio 1960 n. 1378, in *Giurisprudenza Italiana* 1961 p. 569).

Prescindendo per un attimo dall'esatto assetto teorico della questione, pare al Tribunale che la possibile coesistenza delle due discipline risarcitorie possa e debba assumere connotati peculiari in riferimento alla responsabilità dell'armatore riguardo al trasporto di cose per evitare contraddizioni applicative che porterebbero al sostanziale annullamento del regime convenzionale internazionale, che ha trovato la sua compiuta espressione nella fondamentale Convenzione di Bruxelles del 24 agosto 1924 sulla polizza di carico, la quale ha posto le basi del diritto uniforme in materia ed è stata successivamente largamente recepita nello schema interno dagli articoli 422 e seguenti del Codice della Navigazione. Convenzione, come noto, integrata con i Protocolli di Bruxelles del 23 febbraio 1968 e del 21 dicembre 1979 e universalmente conosciuta come Regole de l'Aja-Visby, oggetto di recepimento nell'ordinamento nazionale ad opera delle leggi di ratifica nn. 243 e 244 del 12.6.1984.

Rispetto al fondamentale nodo contenzioso di causa, che consiste per l'appunto nell'applicabilità o meno all'armatore (non vettore) del regime convenzionale di responsabilità relativo al contratto di trasporto di cose modellato sulle regole di fonte convenzionale (o di quelle codicistiche riprodotte del diritto uniforme), vi sono due fondamentali argomenti che consentono quella risposta positiva, che Visentini propone nelle sue difese e memorie e che questo giudice condivide.

Dal punto di vista sistematico, il principio di non contraddizione porta ad escludere il regime proprio della responsabilità extracontrattuale - per tutti i possibili titoli evocati in citazione - per i danni determinatisi durante il trasporto, se non nei limiti previsti dall'articolo 4 della Convenzione internazionale come sopra emendata, in quanto altrimenti si determinerebbe, per un verso, la sostanziale inutilità dell'assetto dei rapporti di forza tra i vettori e caricatori stabilito dalle fonti internazionali. Per altro

verso, si produrrebbe un regime sperequato di responsabilità che penalizzerebbe esclusivamente l'armatore non vettore - non soggetto a limitazioni ed esclusioni di responsabilità di sorta - rispetto all'armatore vettore: il quale invece si potrebbe giovare pienamente di esoneri e limitazioni di responsabilità previsti dal regime convenzionale.

Si determinerebbe così per l'armatore non vettore - anche se tale soggetto partecipa in una qualche misura delle utilità derivanti dalla gestione commerciale della nave in quanto, in pratica, il corrispettivo del noleggio è una parte dei noli che riscuote il vettore e che ritrasferisce al noleggiante - una palese e ingiustificata disparità di trattamento, se tale soggetto fosse chiamato a rispondere di un regime di responsabilità non esattamente modellato su quello dell'armatore vettore. Non ci si spiegherebbe in tal caso il maggiore rigore risarcitorio preteso, rispetto alla sorti delle merci trasferite via mare, a carico di un operatore comunque più lontano rispetto agli interessi economici e agli oneri organizzativi sottesi al trasporto via mare, rispetto a quello che è il regime tipo convenzionale dell'armatore/vettore: ben più direttamente coinvolto nelle sorti della navigazione e del carico prima, durante e dopo la spedizione.

Le precedenti osservazioni inducono a ritenere che ricorra una peculiare fisionomia della responsabilità nei casi di trasporto di cose assistiti dall'emissione di polizza di carico consistente in una modulazione "a geometria variabile" della responsabilità extracontrattuale, che si attegga diversamente nei rapporti con i terzi non coinvolti nella gestione economica della nave; nel trasporto di persone (vedi Cassaz. Sez. 6-1, 14.11.2014 n. 24347); nel trasporto di cose. Una responsabilità che, per il caso in cui la funzione armatoriale coincida con il servizio di trasporto di cose, di fatto o di diritto, non può sottrarsi alle regole di cui ai richiamati articoli 4 e ss. della Convenzione emendata e 422 e ss. del Codice, che impegnano pertanto negli identici termini di responsabilità tanto l'armatore vettore, che quello non vettore.

Questo stesso ordine di idee si ritrova anche nella giurisprudenza di legittimità in una decisione ampiamente richiamata o confutata, dai diversi angoli visuali, dalle odierne parti, la quale sembrerebbe ad un primo sommario esame inerire solo la problematica della responsabilità vettoriale.

La massima ufficiale di Cassazione, sez. 1, sentenza n. 5121 del 26 luglio 1983 (Rv. 42998201); Pres. Brancaccio, Est. Maltese, Soc. Traghetti contro Cerra (Il Diritto Marittimo 1984, 845), recita infatti: "In tema di trasporto marittimo di cose, nella disciplina del codice della navigazione, analogamente a quanto previsto dalla convenzione internazionale di Bruxelles del 25 agosto 1924, la responsabilità del vettore nei confronti del caricatore per la perdita delle cose medesime, ancorché i suddetti cumulino, rispettivamente, le qualità di armatore della nave e di proprietario della merce, ed il fatto sia ascrivibile ai dipendenti del vettore armatore, ha natura contrattuale ed è regolata dalle Disposizioni degli artt. 422 e 423 cod. nav., mentre deve escludersi ogni possibilità di concorso dell'Azione contrattuale con l'Azione risarcitoria aquiliana, ai sensi degli artt. 274 cod. nav. E 2049 cod. civ., la quale è esperibile solo dai terzi estranei al rapporto di trasporto e non dal creditore della prestazione contrattuale."

Scendendo all'esame più dettagliato della motivazione, si può constatare che tale decisione tratta in modo preciso la responsabilità dell'armatore-vettore, ben oltre la dimensione dell'*obiter dictum* di cui parla la difesa assicurativa, vista l'incisiva analisi del rapporto intercorrente tra fonti interne e regime convenzionale condotta nei seguenti termini:

"...Pertanto, in base alla Convenzione, non solo il vettore non armatore, ma anche l'armatore vettore è destinatario delle norme che stabiliscono i limiti della sua responsabilità e del danno risarcibile: si tratta di posizioni indifferenziate, soggette ad una regola unitaria, al

medesimo sistema uniforme di vincoli convenzionali, incompatibili, secondo la lettera e lo spirito degli accordi, con discipline extracontrattuali diverse, deducibili dei sistemi delle legislazioni interne, che ne vanificherebbero altrimenti - e in modo paradossale - gli effetti, comportando, ad esempio, per l'armatore vettore, una responsabilità per colpa nautica convenzionalmente esclusa. Onde dall'operatività di tali diverse e incompatibili discipline, il regime convenzionale - tradotto in legge negli ordinamenti interni - appare già di per sé preclusivo. Giustamente è stato osservato in proposito che, secondo la "ratio" del sistema, oggetto di esonero è la responsabilità intesa in senso unitario indivisibile.

Ma vi è di più.

Concepire l'armatore vettore soggetto - a differenza del vettore non armatore - alla responsabilità aquiliana per violazione del diritto assoluto di proprietà del carico significherebbe in pratica precludere anche al vettore non armatore lo svolgimento di una proficua attività imprenditoriale, in quanto ad una responsabilità illimitata getterebbe sempre la nave, essenziale strumento del suo servizio e della sua prestazione.

La disamina del regime di responsabilità a questo punto si incarica anche di esaminare la posizione dell'armatore non vettore, quale nell'odierna vicenda la Visentini, cui è dedicato questo significativo passaggio:

*"Questa necessaria implicazione non è sfuggita legislatore internazionale.*

*Infatti, non solo il vettore non armatore e l'armatore vettore, ma anche l'armatore non vettore è sottratto, secondo la lettera della Convenzione, ad una diversa e più intensa forma di responsabilità di quella stabilita nelle sue norme.*

*Come è stato precisato in una precedente sentenza di questa Corte (sent. 27 maggio 1980 n. 1378), ai sensi dell'articolo 4 n. 2 e, bisogna aggiungere, ai sensi dell'articolo 4 n. 4, neppure la nave ("ni le navire"), cioè neppure l'armatore non vettore (non alleggiante rispetto al "transporteur affreteur", noleggiatore) risponde dei pericoli eccettuati (ad esempio, per colpa nautica) ed oltre i limiti di valore dell'unità di carico.*

*Vale a dire, nei rapporti col terzo creditore della prestazione di trasporto la stessa posizione dell'armatore non vettore viene disciplinata dalla Convenzione di Bruxelles in funzione strumentale ed ausiliaria della prestazione del vettore. Viene, cioè, regolata - e assorbita - in una dimensione contrattuale, nel senso che i propositi dell'armatore (comandante ed equipaggio) e lo stesso armatore assumono, nei rapporti esterni col creditore, posizione e ruolo di ausiliari dell'impresa vetriche nell'adempimento dell'obbligazione di trasportare, secondo il modello dell'art. 1228 cod. civ.; mentre i rapporti interni fra armatore e vettore rimangono disciplinati dall'art. 383 cod. nav.*

*Nessuno spazio, pertanto, rimane, nell'ambito di tale complesso rapporto - definito in termini convenzionali dalle norme di diritto uniforme - per l'operatività di regole diverse sulla responsabilità dell'armatore, come quelle dell'art. 274 codice navigazione, che spiega gli effetti sui propri in un'area più ristretta, nei soli confronti dei terzi estranei al contratto di trasporto, e fa risalire in tal caso all'armatore, come titolare dell'impresa di navigazione, la responsabilità extracontrattuale per fatto illecito dei suoi preposti, in conformità al principio generale dell'articolo 2049 c.c., di cui all'articolo 274 codice navigazione rappresenta un'applicazione (la stessa norma dell'art. 274 cod. nav. comporta sempre al di fuori trasporto di cose, la responsabilità dell'armatore anche per fatti leciti dei preposti)".*

Il sistema delle fonti interne ed internazionali ricostruito nel precedente di legittimità sopra riprodotto per le parti rilevanti impedisce quindi, almeno nel trasporto marittimo di cose, per la contraddizione che nol consente, di riconoscere un campo applicativo più ampio per la responsabilità extracontrattuale dell'armatore non vettore, che operi in contrasto con le regole con-

venzionali internazionali e con la loro riproduzione in chiave nazionale.

Anche attraverso la *via negoziale* è possibile pervenire all'identica conclusione, nel momento in cui il vettore di diritto - che nella specie è lo spedizioniere vettore Saima Avandero, non convenuto in causa - abbia convenuto l'inserimento nelle polizze di carico una serie di pattuizioni dirette a recuperare per via contrattuale il regime di responsabilità proprio delle fonti convenzionali ("*Paramount clause*"), e più specificamente abbia previsto esoneri contrattuali da responsabilità per gli ausiliari del vettore secondo lo schema della distinta "*Himalaya clause*": contenuti pattizi, che nel caso in discussione si ritrovano rispettivamente esplicitati negli artt. 6.1 e 5.2 delle polizze di carico emesse dal vettore Saima (doc. 9a e 9b parti attrici).

La prospettiva di esonero contrattuale da responsabilità è vivamente contestata dalle parti attrici sotto diversi profili, ma preliminarmente va dato atto che la generale liceità delle clausole in esame è stata concordemente apprezzata dalla giurisprudenza internazionale e locale. Così, per brevità ed in riferimento alla più problematica clausola "*Himalaya*", si rinvia in sede internazionale alla decisione della House of Lords, 13 marzo 2003 nave "Starsin", Dir. Marittimo 2004, 563; mentre, per la giurisprudenza locale, si vedano le decisioni di Tribunale Genova, 20 novembre 2000 est. Canepa, Zurich International c. TCP Genova e Sech, nave "Canmar Pride" in Dir. Marittimo 2002, 989, e Corte Appello Genova, 18 gennaio 2003 ibidem 2005, 1320; più di recente, nel segno della validità della clausola, la pronuncia della Prima Sezione di questo Tribunale, 30 settembre 2015, Groupama Ass.ni c. Ag. Le Navi, nave "MSC Prague", resa dal sottoscritto.

Una prima obiezione per così dire di "impianto applicativo" è formulata dalle Compagnie convenute in termini di non pertinenza della disciplina convenzionale e codicistica rispetto alla richiesta di retrocessione dei compensi di salvataggio: esborsi non riconducibili alla nozione di perdita o danno, di cui parlano le fonti convenzionali e quelle del codice della navigazione.

Pur se è vero che nello specifico incendio in esame gli unici danni materiali riportati dai mezzi militari trasportati è stata - fortunatamente, dato la natura del carico - la fusione di due pneumatici di un trailer danese, l'obiezione non persuade lo scrivente perché l'ampia dizione delle fonti in esame (art. IV e IV bis delle Regole dell'Aja-Visby) non esclude certamente perdite economiche non consistenti nella materiale derelizione o ammaloramento dei carichi trasportati. Si parla infatti di "*loss or damage to the goods or in connection with the goods*", che possono perciò essere anche maggiori costi sostenuti da caricatori/ricevitori per il recupero o il salvataggio delle loro proprietà. Si esamini, negli stessi termini, la decisione della High Court Queen Bench 4.12.2017 Glencore Energy c. Freeport Holdings nave "Lady M" su [www.bailii.org](http://www.bailii.org): applicata la regola di esclusione dell'art. IV delle citate Regole per il compenso di salvataggio, non si ritenne l'esonero da responsabilità per l'incendio della sala macchine in base alla medesima regola convenzionale (vedi §63). D'altro canto, se questo genere di costi imprevisti fossero esclusi dall'oggetto assicurativo perché "non danni", non si comprende poi come l'assicuratore potrebbe - dopo averli indennizzati - agire in surroga del proprietario assicurato che, per il trasporto, aveva richiesto la specifica copertura assicurativa proprio contro "i danni".

Quanto alle restanti obiezioni, Generali e Allianz fanno presente, in primo luogo, che nella specie le polizze di carico emesse - nominative - avrebbero valore di mere ricevute di imbarco, improduttive degli effetti propri previsti dalla Convenzione del 1924; secondariamente, che le previsioni di polizza sarebbero de-

stinate a venir meno di fronte al contratto di trasporto intercorso tra il Ministero ed il vettore; in terzo luogo, che la disciplina convenzionale - che determina un regime di responsabilità diverso da quello ordinario - sarebbe una previsione pattizia assoggettata alle (disattese) regole formali dell'articolo 1341 c.c.

Anche tali obiezioni non risultano decisive, per la ragione che le polizze di carico emesse nel caso in esame, per quanto non destinate ad una circolazione ulteriore, presentano tutti i requisiti formali previsti dalla Convenzione vigente e la giurisprudenza internazionale, chiamata ad interessarsi della questione, non ha per nulla escluso il campo di applicazione delle Regole dell'Aja-Visby in presenza di polizze di carico nominative (vedi: House of Lords, 16 febbraio 2005, MacWilliam Inc. c. MSC, nave "Rafaela S" in Il Diritto Marittimo 2005, 245 e 328).

Per quanto riguarda il rapporto tra le polizze emesse per il singolo trasporto e il rapporto contrattuale a monte tra il Ministero, proprietario dei mezzi militari trasferiti con "Altinia", e l'appaltatore Saima Avandero, si noterà che si tratta di un contratto quadro di prestazioni di servizio che non pare idoneo a surrogare le specifiche disposizioni che attengono i singoli trasporti, come nella specie dovrebbe pretendersi da un "charter party" sostitutivo di una polizza di carico.

L'appalto in questione - e questa volta la rubrica contrattuale assume un certo peso interpretativo - si limita a prevedere una sorta di "prenotazione" di determinate navi di Visentini in un certo arco temporale con previsione di una remunerazione prefissata, ma non ricorre la minima specificazione - ad esempio - delle tratte marittime interessate o delle regole di responsabilità, tempistiche, avvisi e quant'altro contenuto contrattuale solitamente previsto in un vero contratto di trasporto. Si tratta più che altro un accordo economico quadro che non esclude per nulla, ed anzi logicamente presuppone, una disciplina di dettaglio per i singoli incarichi che, nella specie, si ritrova nelle specifiche previsioni delle polizze di carico emesse. Le quali - pacificamente - sono in tutto conformi alle diverse altre polizze di carico che erano state emesse per tutti gli analoghi trasporti navali di mezzi militari che avevano interessato nei mesi precedenti le medesime parti contrattuali (Ministero - Visentini - Saima) e che avevano preceduto lo sfortunato viaggio di "Altinia" qui in esame.

Da ultimo, senza dover necessariamente prendere posizione sull'annoso ma ormai risolto problema della "doppia sottoscrizione" delle polizze di carico, è sufficiente rilevare che - rispetto alle contestazioni mosse in riferimento all'art. 1341 cod.civ. - non si può definire vessatoria una disciplina, che richiami norme convenzionali integralmente recepite in disposizioni interne di ratifica.

Dalla complessiva disamina del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, condotta nei precedenti termini, si ricava conclusivamente la convinzione che - per via di interpretazione sistematica o seguendo il percorso negoziale - il regime di responsabilità dell'armatore non vettore, come nella specie è il Visentini, sia ritagliabile sulle fonti convenzionali internazionali e sulla disciplina codicistica propria del trasporto di cose: pertanto, sullo schema legale delle Regole dell'Aja-Visby e, volendo, sugli articoli 422 e seguenti del Codice della Navigazione.

Tale ultima distinzione non ha assunto in effetti un peso determinante nella dialettica processuale per la sostanziale sovrapposibilità del regime interno e convenzionale anche se, per la precisione ed in funzione di imminente disamina delle cause estintive, pare allo scrivente che la fonte normativa di riferimento per l'odierno giudizio debba essere la normativa interna del 1984 di recepimento delle Convenzioni del 1924-1968-1979, cronologicamente successiva alla Convenzione e sue emende, alla luce dei caratteri di internazionalità del rapporto in discus-

sione: esso non si esauriva infatti in un trasporto in acque nazionali ma prendeva le mosse da un lontano porto yemenita; il sinistro si è verificato in acque internazionali; una componente del carico era di proprietà di uno Stato estero.

L'impostazione del rapporto controverso entro tale schema normativo comporta come naturale corollario anche la piena operatività del regime decadenziale previsto dalle indicate disposizioni, e dunque della decadenza annuale prevista dall'articolo III.6 della convenzione di Bruxelles, la quale è stata tempestivamente eccepita dall'Armatore nelle pagine 6 e ss. della comparsa di risposta.

In effetti, il sinistro in esame risale al 6.4.2014 e la citazione introduttiva in cui l'assicuratore agisce per la retrocessione dei compensi pagati all'organizzazione salvataggio è stata notificata il 10.6.2016, con conseguente superamento del termine annuo che qui rileva.

La soluzione non sarebbe stata diversa facendo richiamo alla disciplina interna che, per vero, prevede una prescrizione breve semestrale in luogo di una decadenza annuale (v. art. 438 cod. nav.). Premesso che si sono brevemente indicate le ragioni per cui si ritiene sussumibile la fattispecie nella normativa di recepimento della Convenzione emendata, piuttosto che nel Codice della Navigazione, sta di fatto che non sono mai stati prospettati in causa atti interruttivi perfezionati prima della maturazione del termine prescrizione.

L'accoglimento della preliminare di decadenza in questione esonera dal dover più diffusamente esaminare l'effettiva applicabilità o meno dei casi di esonero da responsabilità previsti dal regime convenzionale, che avrebbe comportato una delicata indagine sulla sussistenza o meno del cd. "fatto proprio" dall'armatore per il quadro generale di sicurezza della nave impiegata per trasferire i mezzi militari.

L'accoglimento dell'eccezione in esame, pur doverosa, non toglie alla soluzione concreta nel caso quella dimensione di "impium remedium" che, per vero, le fonti classiche annettevano più precisamente alla prescrizione. Soluzione tanto più inappagante, in un contesto fattuale nel quale le inadeguatezze dell'equipaggio e degli impianti di sicurezza di bordo avrebbero comportato un'analisi non banale circa l'effettiva sussistenza dei presupposti per l'integrale esonero di responsabilità dell'armatore.

Da qui, e dal rilievo dell'infondatezza dell'eccezione di difetto di legittimazione attiva, la ricorrenza dei giusti motivi - quali apprezzati alla luce della decisione della Corte Costituzionale numero 77 del 2018 - per la compensazione di metà delle spese di lite.

Queste ultime vengono dimensionate, per l'intero, in base ai parametri medi del pertinente scaglione tariffario (compreso entro i 6 milioni di euro), con riduzione ad un terzo dei compensi di fase istruttoria, basata esclusivamente su prove documentali e senza articolazione di capitazioni testimoniali o temi di indagine tecnica. Analiticamente, per scansione di fase, euro 7000 per esame e studio; 5500 per predisposizione atti introduttivi; 8500 per trattazione istruttoria; 19000 per fase decisionale, compresa la discussione orale, per un totale di 40 mila euro prima della prevista compensazione.

#### P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, in accoglimento dell'eccezione preliminare interposta dall'Armatore, dichiara estinta per intervenuta decadenza, secondo il regime giuridico ricostruito in parte motiva, la pretesa risarcitoria fatta valere dalle due Compagnie assicuratrici.

Condanna le parti attrici a rifondere la metà delle spese di lite dell'Armatore convenuto (...*Omissis*...).

# Massime

Tribunale di Savona, 6 aprile 2018 - Giudice Unico Pelosi - P. (Avv. Durelli) c. E. S.r.l. (Avv. Delfino) e c. D.I. S.r.l. (Avv. Gaggero) e c. E. S.r.l. (Avv. Pesce) e c. A. S.p.a. (Avv. Botta) e c. U. S.p.a. (Avv. Aglietto).

**APPALTO - garanzia per vizi o difetti - gravi difetti - vizio acustico.**

**APPALTO - gravi difetti - vizio acustico - garanzia - prescrizione - decorrenza del termine.**

**APPALTO - gravi difetti - vizio acustico - garanzia - risarcimento del danno.**

*Nei rapporti tra costruttore e compratore si applicano le norme del c.c., e, specificamente, l'art. 1669 c.c. La norma in esame parla di "gravi difetti". Il difetto altro non è se non il vizio di cui all'art. 1667 c.c. e ricorre, quindi, nel caso in cui l'immobile non presenti quelle qualità che possono pretendersi da un'opera. E' pacifico che un appartamento deve garantire un'adeguata insonorizzazione. Il DPCM 5 dicembre 1997 non è stato abrogato dall'art. 11 L. 88/09, in quanto tale disposizione ha solo previsto che questa non si applica solo nei rapporti tra i privati. Ciò comporta che gli edifici devono ancora essere costruiti rispettando i limiti in esso definiti.*

*Nel determinare se l'opera presenta o meno difetti, bisogna confrontarla con quella realizzata secondo le *leges artis* del buon costruire. Queste impongono che l'abitazione sia idonea a preservare la tranquillità domestica, con un'adeguata insonorizzazione. Tra le *leges artis* viene in rilievo proprio il DPCM 5 dicembre 1997 che quelle norme ha codificato.*

(Cfr.: Trib. Padova, 6-11-2014, in Leggi d'Italia; Trib. Perugia Città di Castello, 13-5-2014, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Trib. Monza, ord. 24-11-2011, in [lex24.ilsole24ore.it](http://lex24.ilsole24ore.it))

*Si ha conoscenza dei difetti non già nel momento in cui il committente o i suoi aventi causa abbiano percepito meri segni o manifestazioni esteriori dei vizi dell'opera, bensì in quello in cui essi abbiano acquistato un apprezzabile grado di conoscenza, obiettiva e completa e non soltanto presuntiva, non solo della consistenza dei difetti e del pericolo che ne deriva, ma anche del loro collegamento causale con l'attività di esecuzione dell'opera. Tale conoscenza, se non raramente, non consegue dalla constatazione dell'aspetto delle cose (salvo che si tratti di manifestazioni indubbe, ma dalla presa di visione dell'elaborato peritale, da cui risulti dimostrata la piena comprensione dei fenomeni e la chiara individuazione ed imputazione delle loro cause.*

*La parte può chiedere, in alternativa, a titolo di risarcimento dei danni sia gli importi necessari per le riparazioni sia la differenza tra il valore del bene integro e quello del bene viziato. Tale principio è applicabile anche ex art. 1669 c.c.*

M.CH.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 15 febbraio 2018 - Giudice Unico Fioravanti - I.M.P. (Avv. Giachero) c. Condominio Via M. (Avv. Delli Ponti).

**COMUNIONE e condominio - spese della comunione e del condominio - spesa urgente - nozione.**

(Artt. 1105, 1133, 1134 c.c.)

**SPESE GIUDIZIALI CIVILI - responsabilità processuale aggravata - elementi.**

(Art. 96 c.p.c.)

*Si intende urgente ai sensi dell'art. 1134 c.c. la spesa che, secondo il criterio del *bonus pater familias*, appare indifferibile allo scopo di evitare un possibile, anche se non certo, nocumento alla cosa comune. (Cfr. Cass., 6 dicembre 1984, n. 6400 e Cass., 26 marzo 2001, n. 4364) Se la spesa non è urgente il condomino interessato che non riesca ad acquisire l'autorizzazione dell'amministratore o dell'assemblea può sempre ricorrere all'assemblea (art. 1133 c.c.) od all'Autorità giudiziaria (art. 1105 c.c.).*

*L'accoglimento della domanda di condanna al risarcimento del danno ex art. 96, comma 1, c.p.c. presuppone l'accertamento sia dell'elemento soggettivo (mala fede o colpa grave) sia dell'elemento oggettivo (entità del danno sofferto). Il primo presupposto va ravvisato nella coscienza della infondatezza della domanda e delle tesi sostenute, ovvero nel difetto della normale diligenza per l'acquisizione di detta consapevolezza con la conseguenza che deve ritenersi sussistente l'elemento soggettivo per la configurabilità della responsabilità aggravata in tutti quei casi in cui il diritto di difesa si sia svolto al di là del suo schema tipico. Il secondo presupposto consiste nella concreta ed effettiva esistenza di un danno che sia conseguenza del comportamento processuale della controparte, sicché il giudice non può liquidare il danno, neppure equitativamente, se dagli atti non risultino elementi atti ad identificarne concretamente l'esistenza, desumibili anche da nozioni di comune esperienza e dal pregiudizio che la parte resistente abbia subito per essere stata costretta a contrastare un'iniziativa del tutto ingiustificata dell'avversario*

(Cfr.: Cass., 27 novembre 2007, n. 24645; Cass., 21 luglio 2000, n. 9579; Cass., 4 novembre 2005, n. 21393)

A.NIC.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 22 marzo 2018 - Giudice Unico Vaglio Berné - G. (Avv. Parodi e Blengino) c. Condominio Via A. (Avv. Martini).

**COMUNIONE e condominio - assemblea dei condomini - convocazione - principi.**

(Art. 1136 c.c., art. 66 disp. att. c.c.)

**COMUNIONE e condominio - registro dell'anagrafe condominiale - integrazioni da parte dell'amministratore - ammissibilità.**

(Art. 1130 c.c.)

*Nelle assemblee condominiali deve essere convocato il condomino, cioè il vero proprietario, e non chi si comporta come tale senza esserlo, non potendo invocare il principio dell'apparenza il condominio che abbia trascurato di accertare la realtà sui pubblici registri.*

(Cfr.: Cass., 30 aprile 2015, n. 8824)

*A norma dell'art. 1130, comma 1, n. 6, c.c. l'amministratore può, in caso di omessa o incompleta risposta del condomino circa i dati necessari alla tenuta dell'anagrafe condominiale, acquisire le informazioni necessarie addebitandone il costo ai responsabili.*

A.NIC.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 13 giugno 2018 - Pres. Alparone - Rel. Latella - X. (Avv. Buffa) c. Y (Avv. Benoit Torsegno), P (Avv. Salvadori), U. Assicurazioni SPA (Avv. Gualeni).

**COMUNIONE e condominio - condanna alle spese processuali - manleva dell'assicurazione - sussiste.**

(Art. 91 c.p.c.)

*Allorquando solo in corso di giudizio cautelare il condominio esegua i necessari interventi al fine di eliminare i danni cagionati ad un condomino da infiltrazione di acque nere, pur potendosi nel giudizio di merito dichiarare cessata la materia del contendere, le spese processuali vanno rifeuse dal condominio al condomino danneggiato nella misura della metà, mentre le CTU vanno integralmente poste a carico del condominio, in favore del quale opera comunque la manleva dell'assicurazione che dovrà rifondere tali spese.*

E.B.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 20 febbraio 2019, n. 248 - Pres. Alparone - Est. Marroni - S. ed altri (Avv. Cuneo) c. C. (Avv. ti Paschetti e Bonacchi).

**COMUNIONE e condominio - distacco dall'impianto centralizzato di riscaldamento - delibera negativa dell'assemblea - impugnazione - sentenza di primo grado - appello - improcedibilità per mancanza di approfondimenti critici - sussiste.**

(Artt. 342 e 434 c.p.c.)

*I requisiti di contenuto della "motivazione" dell'appello richiesti dall'art. 434 c.p.c., pongono a carico dell'appellante un preciso ed articolato onere processuale, compendiabile nella necessità che l'atto di gravame, per sottrarsi alla sanzione d'improcedibilità, offra una ragionata e diversa valutazione della controversia rispetto a quella adottata dal primo giudice (nella specie, la Corte ha ritenuto che tale onere non sia stato rispettato, ed ha quindi respinto l'appello).*

A.FONT.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 26 marzo 2016, n. 1133 - Giudice Unico Silvestri - A. (Avv. ti Bonacchi e Gallo) c. E. (Avv. Nastasi) e c. P. (Avv. Paracciani).

**CONTRATTO in genere - contratto di agenzia - provvigioni - mancato pagamento - grave inadempimento - recesso della parte adempiente - ammissibilità.**

(Artt. 1750 e 1751 c.c.)

*Il mancato pagamento delle provvigioni costituisce grave inadempimento delle obbligazioni del contratto di agenzia e, dunque, legittima il recesso della parte adempiente nonché la condanna di controparte al pagamento delle provvigioni insolute, dell'indennità ex art. 1751 c.c. nella misura accertata a mezzo consulenza tecnica d'ufficio, dell'indennità suppletiva di clientela e dell'indennità di mancato preavviso.*

M.COS.

Tribunale di Genova, sez. IX civ., 22 gennaio 2018, n. 203 - Pres. Tuttobene - Rel. Lucca - V. (Avv. ti Curri, Centore e Pirrone) c. P. (Avv. Nasuti).

**CONTRATTO in genere - cessione di quote di s.r.l. -**

**previsioni di fatturato - dolo - annullamento del contratto - esclusione.**

(Artt. 1439, 1440 c.c.)

*Un contratto avente ad oggetto la compravendita di quote di società a responsabilità limitata, concluso in seguito alla presentazione, da parte del venditore, di un prospetto con previsioni di guadagni in concreto non realizzatesi, non può considerarsi viziato ai sensi dell'art. 1439 c.c. da dolo determinante, in quanto tale allegazione non integra un comportamento decettivo consistente in false indicazioni circa le qualità del business. È escluso pertanto anche un risarcimento del danno ex art. 1440 c.c. Non trattandosi di dati esposti in modo falso, ma di previsioni di budget che non si realizzano, viene meno lo stesso elemento dell'inganno, che per sua natura non può che vertere su una circostanza di fatto inesistente, che viene affermata come vera, e non consistere nell'erroneità di previsioni. (Nel caso di specie è stata rigettata una domanda di annullamento di un contratto di cessione di quote formulata dall'acquirente sul presupposto che il venditore avesse fornito rassicurazioni all'acquirente in merito a previsioni di fatturato della società della quale venivano compravendute le quote).*

E.PZ.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 16 marzo 2018, n. 795 - Giudice Unico Romano - S. di T. e G. & C. S.a.s. (Avv. Veniata) c. A.I. S.p.A. (Avv. Roffè).

**CONTRATTO in genere - contratto di fornitura di energia elettrica - inattività della società - mancata contestazione delle fatture - opposizione a decreto ingiuntivo - infondatezza.**

(Artt. 633, 634 e ss. c.p.c.)

*A dimostrazione dell'effettiva fornitura di energia elettrica ad una società che asserisce essere stata inattiva nel periodo in cui la fornitura sarebbe stata effettuata possono valere anche le fatture emesse dal trasportatore (ENEL SPA), soggetto terzo, che non ha interesse nel giudizio di opposizione (nella specie le fatture del trasportatore ENEL recavano dati coincidenti sia del punto di fornitura, sia dei consumi rilevati e comunicati dal distributore alla società opponente e da quest'ultima non contestati).*

G.D.

Tribunale di Genova, 23 marzo 2018 - Giudice Unico Tuttobene - F. (Avv. ti Romeo e Foti) c. D. S.p.a. (Avv. Salvetti).

**CONTRATTO in genere - somministrazione di energia elettrica - abbandono dei locali - efficacia del contratto - sussiste.**

(Artt. 1372 e 1373 c.c.)

**PROCEDIMENTO CIVILE - difettoso funzionamento di contatore di energia elettrica - eccezione di merito tardività nel caso di specie.**

(Artt. 167 e 183 c.p.c.)

*Il contratto di fornitura di energia elettrica rimane efficace anche successivamente all'abbandono dei locali da parte dell'utente a meno che quest'ultimo non fornisca la prova di aver dato regolare disdetta al contratto stesso.*

*L'eccezione relativa al non corretto funzionamento del contatore installato per la misurazione del consumo di energia elettrica è inammissibile ove formulata per la prima volta nella memoria ex art. 183,*

comma VI, n. 1, c.p.c., la quale è destinata a contenere esclusivamente le precisazioni e modificazioni delle eccezioni già proposte.

A.NIC.

Tribunale di Savona, 10 agosto 2018 - Giudice Unico Princiotta - Società s.r.l. (Avv. Granara) c. Consorzio (Avv. Mazzi).

**CONTRATTO in genere - preliminare - immobile gravato da mutuo fondiario non frazionato - esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto - impossibilità.**

(Art. 2932 c.c.; art 8 D.L. n. 122/2005)

L'istituto previsto dall'art. 2932 c.c., avendo la funzione sostitutiva di un atto negoziale dovuto, non può consentire di realizzare un effetto maggiore e diverso da quello che sarebbe stato possibile alle parti o un effetto che, comunque, eluda le norme di legge che governano, nella forma e nel contenuto, l'autonomia negoziale delle parti; tale istituto, inoltre, consente l'emissione della sentenza di trasferimento coattivo di diritti reali solo "qualora sia possibile". (Nel caso di specie, l'esistenza di due mutui fondiari gravanti sugli immobili oggetto di preliminare, dei quali la venditrice convenuta non sia riuscita ad ottenere il frazionamento da parte della banca, impedisce la pronuncia richiesta, in virtù del disposto di cui all'art. 8 del D.Lgs. 122/2005 (in materia di tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire), che prevede che "il notaio non può procedere alla stipula dell'atto di compravendita se, anteriormente o contestualmente alla stipula, non si sia proceduto alla suddivisione del finanziamento in quote o al perfezionamento di un titolo per la cancellazione o frazionamento dell'ipoteca a garanzia o del pignoramento gravante sull'immobile").

(Conf.: Cass., ord. n. 1505/2018; Cass., ord. n. 21286/2014)

S.NA.

Tribunale di Imperia, 8 ottobre 2018 - Pres. Bracco.

**FAMIGLIA - separazione dei coniugi - conflittualità - danno per la prole - casa familiare - alternanza dei genitori - ammissibilità.**

Qualora la conflittualità tra genitori non consenta loro di concentrarsi adeguatamente sulle necessità della prole, quest'ultima rimarrà ad abitare stabilmente nella casa familiare prevedendosi l'alternanza dei genitori in detta abitazione.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 18 ottobre 2018, n. 1589 - Pres. Alparone - Est. Marroni - E. (Avv.ti Buffa e Sbrana) c. U. (Avv.ti Forgiione e Ferrari).

**LUCI e vedute - distanza minima - inosservanza - sanzioni.**

(Art. 907 c.c.)

Quando si è acquistato il diritto di tenere vedute aperte sul fondo vicino, il proprietario di questo può fabbricare solo rispettando una distanza, da esse, di almeno tre metri (nella specie U.M. e F.P. avevano installato, nel proprio cortile, una scala metallica distante solo m. 1,50 circa dalle finestre dell'appartamento di E.G. La Corte, riformando in parte la sentenza di primo grado, li ha condannati ad arretrare detta scala alla distanza di tre metri, se possibile, ovvero a demolirla).

A.FONT.

Tribunale di Savona, 24 giugno 2017 - Giudice Unico Princiotta - D. (Avv. Galletto) c. G. Fall. (Avv. Scarfi).

**PROCEDIMENTO civile - fallimento - interruzione e riassunzione - decorrenza termine - applicazione art. 305 c.p.c. - effettiva conoscenza dell'evento interruttivo a mezzo deposito memorie ritualmente autorizzate - estinzione del processo per tardiva riassunzione.**

(Art. 43 c. 3 n. 5 L.F. e art. 305 c.p.c.)

Nulla prevedendo l'art. 43 comma terzo Legge Fallimentare, come modificato nel 2006, n. 5 in ordine alla riassunzione del processo interrotto, continua a trovare applicazione l'art. 305 c.p.c., nel testo risultante dai principi fondamentali affermati dalla Corte Costituzionale, secondo i quali il termine per la riassunzione del processo interrotto decorre dal momento in cui l'evento interruttivo sia venuto in forma legale a conoscenza della parte interessata alla riassunzione.

(Cfr. Corte Costituzionale 21/01/2017 n. 17 e Cass. n. 5650/2013)

EL.C.

Tribunale di Genova, 2 marzo 2017 - Pres. Gandolfo - Est. Grasso - C. (Avv. Picasso) c. A. (Avv.ti Morando e Poggi).

**TESTAMENTO - falso grafico - nozione - prova - querela di falso - ammissibilità**

(Artt. 191 e segg., 602 c.c.; artt. 221 e segg. c.p.c.)

Costituisce prova del "falso grafico" effettuato per trasferimento, ossia mediante lucido o decalco, la totale corrispondenza morfologica e geometrica tra due testamenti, dimostrata dalla sovrapposizione "per trasparenza" di due diverse schede testamentarie. Nessuno infatti, scrivendo, può ripetere i movimenti che generano la stesura della propria scrittura e della propria firma in modo assolutamente identico, in modo tale cioè che sovrapponendo la grafia delle disposizioni testamentarie i singoli grafemi corrispondano perfettamente nella loro stessa formazione letterale, come pure corrispondano perfettamente le varie altezze, dimensioni e inclinazioni dei simboli alfabetici stessi, nonché la medesima lunghezza. (Nella specie, il Tribunale di Genova ha accolto la querela di falso proposta dall'erede, dichiarando, a seguito dello svolgimento di apposita consulenza tecnica d'ufficio, non autografo il testamento).

G.U.R.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 14 marzo 2018 - Giudice Unico Dragotto - G.F. (Avv.ti Misurale e Tamagno) c. C.S. S.r.l. (Avv. Laverone) e T.D.B. S.r.l. (Avv.ti Mori e Muzio).

**USUCAPIONE - presupposti - sussistenza nel caso di specie.**

(Art. 1158 c.c.)

Sussiste l'animus possidendi uti dominus in capo al soggetto che, in assenza di alcuna contestazione da parte del proprietario, apponga al fondo posseduto un cancello chiuso a chiave, sostenga le relative spese di manutenzione ordinaria e straordinaria e disponga del fondo come deposito.

A.NIC.

# Documenti

## La “proprietà” dei dati personali

**Guido Alpa**

Ordinario di Diritto civile  
nell'Università di Roma “La Sapienza”

**Sommario:** 1. I dati personali in un ampio contesto normativo. - 2. I dati normativi di riferimento. (i) Dati personali e diritto generale della personalità. - 3. Il mercato digitale e la circolazione dei dati con il consenso dell'interessato. - 4. I contratti a contenuto digitale. - 5. La c.d. proprietà dei dati personali. - 6. Segue. Il modello nordamericano. - 7. A mo' di conclusione.

### 1. I dati personali in un ampio contesto normativo.

Sono almeno tre le linee di sviluppo della normativa concernente i dati personali avviate dagli organi dell'Unione europea in fasi progressive: (i) una concerne la protezione dei dati come espressione ed immagine della persona, e quindi come specificazione del *diritto generale della personalità*, che si è venuto costruendo nel nostro modello alla fine dell'Ottocento sulla base di influenze della cultura francese e tedesca; (ii) un'altra riguarda la costruzione del mercato dei dati che sono componente essenziale del mercato digitale, la loro circolazione e quindi l'autorizzazione, o il consenso da parte dell'interessato, alla loro acquisizione, al trattamento e alla utilizzazione; (iii) un'altra ancora attiene ai contratti che hanno contenuto digitale, tra i quali possono essere rinvenuti dati di natura personale. Vi sono, ovviamente, altre linee di sviluppo, intrecciate con il mondo dell'informatica, della cibernetica e dell'intelligenza artificiale, ma per il momento la letteratura, la giurisprudenza, gli atti delle Autorità indipendenti, i deliberati degli organismi economico-sociali europei e internazionali, i codici di condotta sono concentrati soprattutto sui dati personali e sul loro rapporto con il mercato.

Non è facile ricostruire il quadro normativo, che si compone di fonti europee e di fonti interne, e neppure il substrato dottrinale dal quale esso trae la terminologia, i concetti e le tecniche, anche rimediali, per poter dominare un fenomeno che coinvolge ed investe ogni individuo, ogni impresa, ogni istituzione. E si affida anche a contrapposti orientamenti, che, volendo semplificare le cose, si potrebbero definire l'uno liberista, l'altro garantista: il primo volto a consentire la liberalizzazione della circolazione dei dati e quindi la loro configurazione come “bene” dotato di un valore - e quindi di un prezzario - oggetto di scambio per ottenere altri beni o servizi, l'altro preoccupato invece di tutelare la persona anche contro la sua stessa volontà, a preservare gli aspetti intimi dell'individuo connessi con la sua identità, a controllare l'acquisizione e il trattamento dei dati e a limitare quindi il loro “mercato”.

I tre indirizzi normativi sopra ricordati fanno riferimento a regole già in vigore o in preparazione, che però tra loro non sono accuratamente coordinate: è noto che l'ordinamento comunitario non procede come un ordinamento nazionale, e che gli interventi degli organi legislativi non sono settoriali, sì che il bilanciamento degli interessi in gioco sono di volta in volta

riferiti ai singoli oggetti della normazione; spetta all'interprete ricostruire il sistema, con l'avvertenza che, non essendosi consolidato un diritto privato europeo (e tanto meno un diritto pubblico europeo) la terminologia impiegata nei testi deve essere decodificata, depurandola delle suggestioni dettate da allitterazioni e similitudini lessicali, così come da facili - e ingannevoli - sovrapposizioni di modelli stranieri, provenienti da esperienze fondate su valori e fini assai diversi da quelli che fanno capo al modello europeo (continentale).

### 2. I dati normativi di riferimento. (i) Dati personali e diritto generale della personalità.

Richiamare il principio di *dignità* (art.1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) quando si tratta di tutelare la persona nei suoi aspetti vitali è d'obbligo, anche se la Carta è equiparata ai Trattati, e quindi deve essere coordinata con i principi tutelati dai Trattati sulla circolazione di persone, merci, servizi e capitali: nel nostro caso, il bilanciamento, anche se può apparire un po' rozzo, deve essere fatto con la circolazione di merci (beni) se il dato personale inteso come informazione possa essere considerato come un *bene* e con la circolazione dei *servizi*, posto che i dati sono utilizzati prevalentemente dagli Internet providers, i quali per l'appunto se ne avvalgono per effettuare servizi, sia all'interessato, sia al titolare dei dati, sia a terzi.

Richiamare la dignità non è però operazione scontata o retorica: al di là del suo valore intrinseco, essa costituisce un connotato essenziale del modello europeo, che non si riscontra in altri modelli, ad es. nel modello americano; e pur essendo espressiva di un principio che deve essere coordinato con la libertà d'impresa, anch'essa tutelata dalla Carta (all'art.16) e dai Trattati, nonché con il diritto di proprietà (art.17), è proprio su questo principio-valore che la dottrina recente ha edificato il concetto di *homo dignus* e di *identità digitale*.

Sempre la Carta ha distinto la tutela della privacy (art.7) dalla tutela dei dati personali (art.8): anche se si volesse inferire dal testo che si è dato corpo ad un aspetto peculiare della privacy, che gli studiosi americani denominano *informational privacy*, il legame tra *persona, dati e consenso* implica una fattispecie diversa da quella originaria come da quella anche più evoluta di *riservatezza*, perché l'orizzonte dei dati personali è più ampio di quello della vita privata, essendo connesso con l'*identità* della persona ed essendo inclusivo di tutti quegli aspetti della persona che possono costituire altrettante cause di discriminazione (art. 21 della Carta), così come è inclusivo degli aspetti relativi alla integrità fisica e alla salute, alla cultura, alla propensione al consumo e al risparmio, ai gusti e così via. Come ha sottolineato Stefano Rodotà, «la distinzione non è solo di facciata. Nel diritto al rispetto della vita privata e familiare si manifesta soprattutto il momento individualistico, il potere si esaurisce sostanzialmente nell'escludere interferenze altrui: la tutela è statica, negativa. La protezione dei dati, invece, fissa, regole ineludibili sulle modalità del loro trattamento, si concretizza in poteri di intervento: la tutela è dinamica, segue i dati nella loro circolazione» (1).

Per la verità anche il TUE, all'art.2, richiama i valori del rispetto della dignità umana e il rispetto dei diritti umani e il

TFUE all'art.16 dispone che «ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano», sì che in questo settore il coordinamento di Carta e Trattati è più agevole.

Il Regolamento n. 679 del 2016 (2) si colloca in questo quadro di valori e di principi, e già dai suoi «considerando» si può derivare il bilanciamento degli interessi in gioco e delineare l'area della protezione. Il diritto fondamentale che il Regolamento assicura è il diritto alla protezione dei dati, che deve essere «al servizio dell'uomo» ma, in applicazione del principio di proporzionalità, *non è assoluto* in quanto «. va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità. (...) Rispetta tutti i diritti fondamentali e osserva le libertà e i principi riconosciuti dalla Carta, sanciti dai trattati, in particolare il rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e delle comunicazioni, la protezione dei dati personali, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, la libertà di espressione e d'informazione, la libertà d'impresa, il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, nonché la diversità culturale, religiosa e linguistica». Si deve tener conto della libera circolazione dei dati e in particolare il Regolamento «garantisce(e) certezza del diritto e trasparenza agli operatori economici, comprese le micro, piccole e medie imprese, offr(e) alle persone fisiche in tutti gli Stati membri il medesimo livello di diritti azionabili e di obblighi e responsabilità dei titolari del trattamento e dei responsabili del trattamento e assicur(a) un controllo coerente del trattamento dei dati personali, sanzioni equivalenti in tutti gli Stati membri e una cooperazione efficace tra le autorità di controllo dei diversi Stati membri». In più, il testo sottolinea che «per il buon funzionamento del mercato interno è necessario che la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione non sia limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali. Per tener conto della specifica situazione delle *micro, piccole e medie imprese*, il (...) regolamento prevede una deroga per le organizzazioni che hanno meno di 250 dipendenti per quanto riguarda la conservazione delle registrazioni. Inoltre, le istituzioni e gli organi dell'Unione e gli Stati membri e le loro autorità di controllo sono invitati a considerare le esigenze specifiche delle micro, piccole e medie imprese nell'applicare il (...) regolamento».

Se si volesse sottolineare in modo formale, dal tenore delle parole, la portata di questa disciplina, dovremmo allora osservare che i diritti che scaturiscono dal Regolamento - immediatamente applicabili in capo agli individui (considerati come persone fisiche, e non aggregati in associazioni o tutelati dal velo delle persone giuridiche) riguardano innanzitutto la protezione delle persone fisiche non i dati in sé e per sé considerati; in altri termini, non è tutelato il dato in sé e per sé, ma in via mediata il dato come rappresentazione della persona; ancora, si è in presenza di un diritto fondamentale, ma non di un diritto assoluto; e di un diritto tutelato in modo graduale, perché l'intensità della tutela varia a seconda delle dimensioni dell'impresa che tratta i dati. Sono però tutelate le banche di dati, mediante la disciplina del diritto d'autore, dalla direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 marzo 1996, se meritevoli di essere protette nella loro creatività (art.3) e senza estensione della tutela ai contenuti dei dati. Siamo quindi in presenza di una specificazione del diritto generale della personalità, che, come il diritto alla vita privata, e alla vita, alla integrità, alla libertà e alla sicurezza, e alle al-

tre libertà, è classificabile come un diritto fondamentale, che qui tuttavia è condizionato e bilanciato: diverso, quindi, dai diritti costituzionalmente garantiti dagli artt. 2 e 3 della nostra Costituzione, e diverso dai diritti della personalità così come costruiti nel corso di più di un secolo, come diritti assoluti, inalienabili, indisponibili.

Se si va più a fondo sul significato dei termini e dei concetti ci si avvede che l'espressione «dati personali» è puramente convenzionale, ed è utile che sia così perché nei diversi modelli dei Paesi Membri i principi costituzionali che proteggono la persona, come frammentata nelle specificazioni del diritto della personalità non sono del tutto coincidenti.

Innanzitutto, la categoria concettuale dei *diritti della personalità* non è univoca, come dimostrano le analisi comparative svolte soprattutto con riguardo al diritto francese, al diritto tedesco e al common law inglese. Come è noto, la stessa categoria nella nostra esperienza, è stata oggetto di ampie discussioni riguardanti la sua ammissibilità, la sua inerente alla persona, la sua dissociazione dal soggetto al tempo stesso titolare e «oggetto» del diritto. Nonostante che nella nostra esperienza siano tuttora diverse le concezioni dei diritti (o del diritto) della personalità, è ormai prevalente la tesi, enunciata con chiarezza da Franco Galgano, che essi coincidono con i diritti dell'uomo in quanto tale e perciò più che creati sono «riconosciuti» dall'ordinamento (3).

La definizione data dall'art.4 del Regolamento - « qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale» allude ad altri diritti fondamentali o costituzionalmente garantiti, la cui protezione si associa a quella della protezione della persona riguardo al trattamento dei dati: si pensi al diritto al nome (art.22 Cost.), allo pseudonimo (ex art.22 Cost.), all'immagine (ex art.2 Cost.) e agli altri aspetti della *identità*.

E si possono ricavare dalla definizione e dalla protezione della persona anche altri corollari. Ad es., che l'*informazione* è sì considerata un bene inerente alla persona, perché ha ad oggetto un aspetto della persona idoneo ad identificarla; ma non è dunque tutelata in sé e per sé, ma soltanto in ordine al suo contenuto.

E che il dato personale, proprio perché legato alla persona, ne compone l'*identità digitale*, quasi fosse una proiezione della persona stessa, «una sua parte».

In più, possiamo aggiungere, si tratta di un diritto-bene che può essere cangiante nel tempo: anche il nome si può cambiare (sulla base di procedure particolari, presso di noi, con un semplice mutamento anagrafico in altri ordinamenti), come può cambiare l'immagine, la psiche, l'orientamento politico, religioso e culturale, ed ora anche il sesso fisico o il gender. La scienza biologica è riuscita persino a cambiare il colore della pelle, sì che anche questo dato può considerarsi mutevole. Così come cambia lo stato di salute: forse gli unici dati immutabili sono il dato genetico, l'iride, le impronte digitali, e il dato etnico - non voglio usare l'espressione «razziale» perché frutto di pura invenzione ed utilizzato solo per fini storici e politici. Ma anche il dato etnico può apparire solo come dato originario, ponendo la persona assimilarsi perfettamente in un contesto diverso da quello da cui è estratta e perdere dunque i connotati con cui era originariamente classificata.

### 3. Il mercato digitale e la circolazione dei dati con il consenso dell'interessato.

La costruzione di un mercato digitale costituisce una delle preoccupazioni degli organi dell'Unione europea non solo per accompagnare e promuovere lo sviluppo economico, ma anche per rimanere al passo con gli altri Paesi tecnologicamente avanzati, per esportare tecnologie, per concludere trattati commerciali. La disciplina dei dati e la loro circolazione è così importante che proprio i contrasti in materia hanno costituito una delle cause dell'interruzione dei negoziati del Trattato transatlantico sul commercio e gli investimenti tra l'Unione europea e gli U.S.A. (TTIP).

Sul piano normativo è da segnalare la Comunicazione della Commissione [COM (2017) 9 final ] del 10 gennaio del 2017 volta a "Costruire un'economia dei dati europei", che si deve coordinare con la Comunicazione (n.7) approvata lo stesso giorno sullo scambio e la protezione dei dati in un mondo globalizzato.

In quest'ultima si legge testualmente (al § 3) che «Il rispetto della privacy è una condizione necessaria per flussi commerciali stabili, sicuri e competitivi a livello mondiale. *La privacy non è una merce di scambio* (...). Internet e la digitalizzazione dei beni e dei servizi ha trasformato l'economia globale: il trasferimento transfrontaliero di dati, compresi i dati personali, è parte dell'operatività quotidiana delle imprese europee di tutte le dimensioni e in tutti i settori. Poiché gli scambi commerciali utilizzano sempre più i flussi di dati personali, la riservatezza e la sicurezza di tali dati è diventata un fattore essenziale della fiducia dei consumatori. Ad esempio, due terzi degli europei si dichiarano preoccupati del fatto che non hanno alcun controllo sulle informazioni che forniscono online, mentre la metà degli intervistati teme di essere vittima di frode (...). Al tempo stesso, le imprese europee che operano in alcuni paesi terzi si trovano sempre più spesso a dover far fronte a restrizioni protezionistiche che non possono essere giustificate con argomentazioni legittime di tutela della sfera privata».

E si richiama « a titolo di esempio, la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sul "Commercio per tutti - Verso una politica commerciale e di investimento più responsabile", COM(2015) 497 final del 14.10.2015, pag. 8».

La Comunicazione n. 9 inoltre sancisce il principio della libera circolazione dei dati e aggiunge che «i fabbricanti o i fornitori di servizi possono divenire di fatto "proprietari" dei dati generati dalle loro macchine o processi anche quando i dispositivi stessi sono di proprietà dell'utilizzatore» (§ 3.4). Il Rapporto predisposto dall'OECD (Key Issues for Digital Transformation in the G20) del 12 gennaio 2017 insiste sulla protezione dei dati dei consumatori ma anche sulla necessità di sostenere la concorrenza in un mondo globalizzato.

E la Comunicazione sullo spazio europeo dei dati [COM (2018) 125 final del 25 aprile 2018] pur muovendo dalla premessa che con l'introduzione del Regolamento «l'UE ha creato una solida struttura per la fiducia digitale, un presupposto essenziale per lo sviluppo sostenibile dell'economia dei dati» e che «il regolamento generale sulla protezione dei dati garantisce un elevato livello di protezione» precisa che «gli orientamenti si fondano sui principi per la condivisione dei dati tra imprese e tra imprese e settore pubblico, stabiliti in questa comunicazione. Le misure previste interessano diverse tipologie di dati e hanno pertanto *diversi livelli di intensità*. Allo stesso tempo, tutte concorrono al più ampio

obiettivo di riunire i dati, come fonte essenziale di innovazione e crescita, provenienti da settori, paesi e discipline diversi in uno spazio comune».

Occorre dunque, per il legislatore europeo, *sfruttare i vantaggi socioeconomici dell'innovazione guidata dai dati*:

«I dati - prosegue la Comunicazione- sono la materia prima del mercato unico digitale. Possono rivoluzionare le nostre vite e creare nuove opportunità per la crescita, anche per le imprese di piccole e medie dimensioni. La disponibilità di enormi quantità di dati, molti dei quali generati da macchine e sensori, ha effetti su tutti noi. In realtà, sono pochi gli ambiti della nostra vita non ancora interessati dalla rivoluzione dei dati in corso. L'uso ottimale dei dati può aiutarci a vivere più a lungo e in modo più sano, conducendo inoltre una vita meno stressante e più rispettosa dell'ambiente. Può inoltre aiutare gli scienziati a sviluppare modelli migliori per prevedere i cambiamenti climatici e le calamità naturali. L'uso intelligente dei dati ha un effetto trasformativo su tutti i settori dell'economia e sul settore pubblico».

È chiaro che l'intelligenza artificiale e l'Internet delle cose sono due motori straordinari per lo sviluppo economico che si fonda sui dati: non è possibile né invertire il percorso né appesantirlo con ostacoli o limitazioni. Ma è altrettanto chiaro che questo percorso deve avvenire senza pregiudicare i diritti degli interessati.

L'Unione europea sta dunque inoltrandosi in questo mercato digitale tra Scilla e Cariddi: da un lato rassicurando i cittadini - in particolare i consumatori - sulla protezione dei dati personali, dall'altro costruendo un mercato digitale concorrenziale mediante la promozione della circolazione e della utilizzazione dei dati.

Come raggiungere allora un corretto bilanciamento di interessi?

Uno dei criteri è incentrato sul *consenso* dell'interessato.

Ma come qualificare giuridicamente il consenso, visto che il Regolamento è ambiguo al riguardo, e che in ogni ordinamento il consenso è configurato in modo non univoco?

Il Regolamento dedica molti considerando e diverse disposizioni al consenso, che deve essere lecito, scritto, consapevole, informato, e può essere revocato. Si astiene però dal darle una configurazione giuridica. Il considerando n. 32, che all'uopo potrebbe essere utilizzato per assumere una posizione avvalorata dall'Unione, non deve essere equivocado. Testualmente recita: «Il consenso dovrebbe essere prestato mediante un atto positivo inequivocabile con il quale l'interessato manifesta *l'intenzione* libera, specifica, informata e inequivocabile di accettare il trattamento dei dati personali che lo riguardano, ad esempio mediante dichiarazione scritta, anche attraverso mezzi elettronici, o orale».

All'apparenza sembrerebbe che si parli di una manifestazione di volontà, e quindi che il consenso sia parte di un accordo concluso tra l'interessato e il titolare dei dati, o l'Internet provider, insomma di chi li raccoglie per poi trasformarli. Ma si potrebbe trattare di semplice autorizzazione, cioè del *consenso dell'avente diritto*, del quale, come è noto, si discute se si debba qualificare come atto unilaterale di volontà oppure di un atto non negoziale. In una concezione liberale del mercato (che si sposa con la concezione proprietaria del dato personale) si privilegia la negozialità, meglio, con la contrattualizzazione della manifestazione di volontà; in una concezione garantista della persona, si privilegia l'autorizzazione, che a sua volta può essere atto negoziale oppure non negoziale.

È evidente che se si considera l'identità digitale come componente della persona, e il dato personale come una parte di

essa, il consenso deve essere inteso come dell'avente diritto, e, seppur rozza, si affianca al consenso che riguarda i trattamenti del corpo: se si accede all'idea che accanto al corpo fisico ha preso ormai forma il corpo digitale, e che i dati personali sono una proiezione della persona il consenso di cui si parla non può che essere il consenso dell'avente diritto (4).

Due considerando del Regolamento ci possono aiutare in questo senso: «(43) Per assicurare la libertà di prestare il consenso, è opportuno che il consenso non costituisca un valido fondamento giuridico per il trattamento dei dati personali in un caso specifico, qualora esista un evidente squilibrio tra l'interessato e il titolare del trattamento, specie quando il titolare del trattamento è un'autorità pubblica e ciò rende pertanto improbabile che il consenso sia stato prestato liberamente in tutte le circostanze di tale situazione specifica. Si presume che il consenso non sia stato liberamente prestato se non è possibile prestare un consenso separato a distinti trattamenti di dati personali, nonostante sia appropriato nel singolo caso, o se l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, è subordinata al consenso sebbene esso non sia necessario per tale esecuzione. (44) Il trattamento dovrebbe essere considerato lecito se è necessario nell'ambito di un contratto o ai fini della conclusione di un contratto».

“Ai fini della conclusione del contratto” non significa che il consenso sia equiparabile all'accettazione, né che il dato sia una moneta o un bene (commodity) che si scambia per ottenere altri beni o servizi: il consenso (dell'avente diritto) potrebbe costituire la premessa, la condizione per poter concludere il contratto.

Alla natura del consenso si è dedicata una letteratura sconfinata, in Italia e all'estero: sciogliere questo dubbio è importante, per via della validità dei contratti conclusi con i titolari dei dati, con le imprese e così via. E soprattutto è importante capire se il consenso sia revocabile ad nutum.

Solo se si considera il consenso come consenso dell'avente diritto si può considerare tutelato adeguatamente il dato e quindi la persona.

Una recente sentenza della Suprema Corte (Cass. 2 luglio 2018, n. 17278) a proposito del divieto pronunciato dal Garante per la protezione dei dati personali nei confronti di una società che aveva raggiunto gli interessati con messaggi pubblicitari senza averne prima richiesto il consenso, ha espresso il seguente principio:

«In tema di consenso al trattamento dei dati personali, la previsione dell'articolo 23 del Codice della privacy, nello stabilire che il consenso è validamente prestato solo se espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato, consente al gestore di un sito Internet, il quale somministri un servizio fungibile, cui l'utente possa rinunciare senza gravoso sacrificio (nella specie servizio di newsletter su tematiche legate alla finanza, al fisco, al diritto e al lavoro), di condizionare la fornitura del servizio al trattamento dei dati per finalità pubblicitarie, sempre che il consenso sia singolarmente ed inequivocabilmente prestato in riferimento a tale effetto, il che comporta altresì la necessità, almeno, dell'indicazione dei settori merceologici o dei servizi cui i messaggi pubblicitari saranno riferiti».

Il consenso sembra dunque un requisito per poter acquisire i dati licitamente, ma non il corrispettivo del servizio, che è reso gratuitamente perché - come avviene nel caso di specie - il messaggio pubblicitario serve soltanto a catturare l'interesse del destinatario e a promuovere un prodotto o un ser-

vizio ma non è né una promessa né una offerta al pubblico e non esprime una volontà del mittente.

Senza cadere in un “*ùsteron pròteron*” si può argomentare questa tesi anche considerando i rimedi apprestati per tutelare il soggetto cui si riconosce il diritto di autodeterminazione.

I rimedi messi a disposizione dell'interessato nel caso in cui il titolare o gli altri soggetti che trattano i dati non rispettino le norme del Regolamento non sono rimedi di diritto contrattuale. Il Regolamento prevede infatti rimedi di responsabilità extracontrattuale per la violazione delle regole sui dati personali: sembra quindi che anche il Regolamento avvalorasse questa tesi (v. i considerando 75 e 146).

Dispone infatti l'art. 82:

«Diritto al risarcimento e responsabilità (C142, C146, C147)  
1. Chiunque subisca un danno materiale o immateriale causato da una violazione del presente regolamento ha il diritto di ottenere il risarcimento del danno dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento. 2. Un titolare del trattamento coinvolto nel trattamento risponde per il danno cagionato dal suo trattamento che violi il presente regolamento. Un responsabile del trattamento risponde per il danno causato dal trattamento solo se non ha adempiuto gli obblighi del presente regolamento specificatamente diretti ai responsabili del trattamento o ha agito in modo difforme o contrario rispetto alle legittime istruzioni del titolare del trattamento. 3. Il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento è esonerato dalla responsabilità, a norma del paragrafo 2 se dimostra che l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile (...).

#### 4. I contratti a contenuto digitale.

Si è parlato dei dati e della loro connessione al diritto generale della personalità (i), del mercato digitale e della protezione dei diritti dell'interessato (ii), ed ora veniamo alla terza linea di sviluppo normativo che riguarda la disciplina dei contratti a contenuto digitale (iii). Si tratta, come è noto, di una proposta di direttiva [COM 2015 634 final] del 9 dicembre 2015, coniugata con analogo provvedimento sulle vendite on line e a distanza di beni, che tutela i consumatori destinatari di forniture a contenuto digitale.

Pur avendo un diverso oggetto rispetto ai provvedimenti che si occupano della tutela dei dati personali non sfugge al legislatore comunitario la connessione con questa tematica, sì che tra i considerando (al n. 22) si legge che «la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali è disciplinata dalla direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (...) e dalla direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che sono pienamente applicabili nell'ambito dei contratti di fornitura di contenuto digitale (...). Tali direttive istituiscono già un quadro giuridico nel settore dei dati personali nell'Unione. L'attuazione e l'applicazione della presente direttiva devono avvenire nel pieno rispetto di tale quadro giuridico». La proposta è anteriore al Regolamento e quindi fa ancora riferimento alla precedente disciplina oggetto non di regolamento ma di direttiva.

I considerando della proposta sono rilevanti ai nostri fini, perché prendono in considerazione lo scambio tra dati personali e servizi offerti. Data la loro pregnanza, val la pena di riportarli per esteso, dal momento che lo scambio implica da un lato la consapevolezza del consumatore e la liceità del consenso, e dall'altro la determinazione di un valore (costituito dai dati trasferiti) per l'acquisizione di una fornitura; la causa dello scambio potrebbe anche essere gratuita a fronte della cessione dei dati.

Si legge nei considerando nn. 13,14,15:

(13) Nell'economia digitale, gli operatori del mercato tendono spesso e sempre più a considerare le informazioni sulle persone fisiche *beni di valore comparabile al denaro*. I contenuti digitali sono spesso forniti non a fronte di un corrispettivo in denaro ma di una controprestazione non pecuniaria, vale a dire consentendo l'accesso a dati personali o altri dati. Tali specifici modelli commerciali si applicano in diverse forme in una parte considerevole del mercato. Introdurre una differenziazione a seconda della natura della controprestazione significherebbe discriminare alcuni modelli commerciali e incoraggerebbe in modo ingiustificato le imprese ad orientarsi verso l'offerta di contenuti digitali contro la messa a disposizione di dati. Vanno garantite condizioni di parità eque. Inoltre, è possibile che una cattiva prestazione del contenuto digitale fornito in cambio di una controprestazione non pecuniaria abbia ripercussioni sugli interessi economici dei consumatori. L'applicabilità delle disposizioni della presente direttiva non dovrebbe pertanto dipendere dal pagamento o meno di un prezzo per il contenuto digitale in questione.

(14) Per quanto riguarda la fornitura di contenuto digitale non in cambio del pagamento di un prezzo ma di una controprestazione non pecuniaria, la presente direttiva dovrebbe applicarsi solo ai contratti in cui il fornitore richiede dati, quali il nome e l'indirizzo email o foto e il consumatore glieli fornisce attivamente, in modo diretto o indiretto, ad esempio attraverso una procedura di registrazione individuale o sulla base di un contratto che consente l'accesso alle fotografie dei consumatori. La presente direttiva non dovrebbe applicarsi alle situazioni in cui il fornitore raccoglie i dati necessari affinché il contenuto digitale funzioni in conformità al contratto, ad esempio la localizzazione geografica se tale dato è necessario per il corretto funzionamento di un'applicazione mobile, o al solo scopo di soddisfare obblighi di legge, ad esempio nei casi in cui la registrazione del consumatore è obbligatoria ai fini di sicurezza e di identificazione. La presente direttiva non dovrebbe nemmeno applicarsi a situazioni in cui il fornitore raccoglie le informazioni, compresi i dati personali, quali l'indirizzo IP, o altre informazioni generate automaticamente, ad esempio le informazioni raccolte e trasmesse mediante un cookie, senza che il consumatore le fornisca attivamente, anche se accetta il cookie. Inoltre non dovrebbe essere applicata alle situazioni in cui il consumatore è esposto a messaggi pubblicitari esclusivamente al fine di ottenere l'accesso ai contenuti digitali.

(15) Il contenuto generato dai consumatori dovrebbe essere trattato alla stessa stregua di ogni altro contenuto digitale che il consumatore fornisce o memorizza per tutta la durata del contratto, quali musica e giochi, immagini, file video o applicazioni. Il contenuto generato dai consumatori comprende un'ampia gamma di esempi: che include immagini digitali, file video e audio, blog, forum di discussione, formati di testo collaborativi, chat, post, tweet, log, podcast, contenuti creati su dispositivi mobili, contenuti creati nel contesto di ambienti virtuali online, le sitografie e le valutazioni di contenuti on line.»

Nel testo normativo il problema dello scambio è affrontato solo marginalmente, a proposito del controllo della conformità della prestazione a quanto convenuto. All'art. 6 c. 2 (a) si annovera tra i criteri di valutazione della conformità « il fatto che il contenuto digitale è fornito in cambio del pagamento di un prezzo o di altra controprestazione non pecuniaria».

Questa disposizione presuppone la cessione dei dati come controprestazione, piuttosto che non come condizione per poter conseguire il servizio.

Il tema è trattato con molta perizia e circospezione dal European Data Protection Supervisor, Giovanni Buttarelli, nel parere reso il 14 marzo 2017 (Opinion 4/2017) a proposito del progetto di direttiva in esame.

Il parere esclude che sia possibile considerare i dati personali come controprestazione dei servizi o dei beni acquisiti dalle imprese e richiama il parere precedente (Opinion 08/2016) in cui la stessa Autorità aveva sottolineato che nell'ambito dell'Unione europea l'informazione personale non può essere considerata come un bene, richiamando sia le disposizioni della Carta sia l'art. 16 del TFEU. Il parere sottolinea anche la decettività della qualificazione dei dati come "controprestazione", una cosa essendo il prezzo - ben comprensibile per il consumatore - altra cosa il complesso dei dati, la cui destinazione, pur controllata, riveste sempre un margine di incertezza potendo implicare rischi per la persona incompetente o ignara.

Di qui le perplessità sul testo predisposto dalla Commissione. Perplessità che sono state manifestate sia dalla rappresentanza dei consumatori (BEUC) sia dalla rappresentanza degli avvocati (CCBE).

Occorre anche considerare che vi sono dati non cedibili, quali quelli inerenti i diritti della personalità, che sono inalienabili, ed altri che non si trasferiscono in proprietà, ma solo in uso, come ad es., l'indirizzo, o le informazioni riguardanti la professione, le caratteristiche fisiche, gli interessi culturali e così via. In più non si riscontra il requisito della esclusività nella trasmissione dei dati. Tutte considerazioni che tendono ad escludere la possibilità di costruire un diritto di proprietà dell'interessato sui propri dati e quindi il trasferimento della loro proprietà all'impresa controparte. Diverso è il caso che i dati siano inventati, artisticamente rappresentati, rielaborati o creati dall'interessato, perché in questo caso potrebbero essere qualificati come opere d'arte o invenzioni, ed avrebbero allora una diversa tutela.

Anche il profilo della "gratuità" dello scambio è stato esaminato con dovizia di riferimenti e con acutezza, dalle elaborazioni dottrinali in materia, ma in questo contesto il tema non può essere affrontato in modo compiuto (5).

##### 5. La c.d. proprietà dei dati personali.

Siamo giunti ora al punto clou del nostro discorso: la ricostruzione normativa, anche attraverso la definizione di un quadro complessivo e possibilmente sistematico delle norme che provengono dall'Unione europea e devono essere coordinate con le norme interne possiamo trarre la conclusione che nel mercato digitale l'individuo (che sia consumatore, utente od operatore o contraente) vanta un diritto di proprietà sui propri dati personali? Oppure che questa scelta sia uno strumento di tutela che rafforza la sua posizione di fronte all'impresa che fa uso dei suoi dati?

Il tema è sollecitante sia sotto il profilo pratico, sia sotto il profilo dogmatico, ed ancora economico, storico e comparatistico. Esso è oggetto di una letteratura infinita, soprattutto diffusa nei Paesi di common law, e segnatamente negli Stati Uniti.

Anche qui occorre assumere alcune precauzioni, dato che la maggior parte dei contributi proviene da esperienze assai distanti dalla nostra per storia, cultura e formazione delle fonti ordinamentali. In altri termini, non si possono sovrapporre o trapiantare modelli giuridici diversi, né usare terminologie

o concetti solo apparentemente simili con operazioni meccaniche e semplicistiche.

In Italia il problema si era già aperto a proposito dell'art. 1 della l. n. 675 del 1996 con cui, tra l'altro, si dava attuazione alla direttiva del 1995 ora sostituita dal Regolamento. All'epoca si erano manifestati orientamenti differenziati: alcuni, richiamando i caratteri dei diritti della personalità, erano propensi alla esclusione della proprietà dei dati, riconoscendola solo in capo alle imprese che li raccolgono, li trattano e li manipolano trasformandoli in "beni" o "servizi"; altri invece qualificandoli come *new properties*, o veri e propri beni immateriali, erano favorevoli alla introduzione del diritto di proprietà alla stessa stregua del diritto d'autore.

L'analogia con la titolarità dei diritti d'autore e della relativa disciplina è in effetti una costante nella letteratura statunitense. Ma l'analogia cade immediatamente se si considera che i dati - "nudi e crudi" - spesso non sono creati dal titolare (come ad es. il nome, le sembianze fisiche, l'etnia, il sesso o l'orientamento sessuale, etc.), non hanno i requisiti dell'originalità, e non sono sfruttati, normalmente, a scopo di profitto.

Si deve anche considerare che in altre esperienze la proprietà e l'alienabilità dei dati è accettata, così come si considera legittima la cessione dietro compenso di parti del corpo, il sangue, o l'affitto dell'utero nella maternità surrogata; è quindi molto più semplice ed agevole, attraverso questa analogia, pervenire all'idea di proprietà dei dati personali e della loro libera commercializzazione.

Questi aspetti sono sottesi alle teorie che liberalizzano i dati, ed appartengono sia agli studiosi americani dell'analisi economica del diritto, sia agli studiosi che assegnano un valore economico ai dati personali, sia agli studiosi che in virtù della tutela della libertà contrattuale appaiono indifferenti all'oggetto del trasferimento e alle modalità del trasferimento pur di proteggere la volontà della persona.

Il dato personale come "bene" è una configurazione che ha catturato anche gli studiosi europei, come Herbert Zech, che in un ampio saggio distingue - correttamente - le categorie di dati, e tra esse quelli che si possono cedere in esclusiva, tramite contratti adeguatamente considerati dall'interessato, e quelli che non possono essere ceduti perché connaturali alla persona stessa.

La considerazione che una tutela proprietaria può essere una forma di rimedio utile per l'interessato è diffusa e accattivante, come spiega l'indiano Atul Singh.

Per questo appare opportuno esaminare le argomentazioni che sono svolte soprattutto nei centri di studio dell'altra costa dell'Atlantico, dove, come si sa, l'evoluzione delle tecnologie e la concezione economica dei rapporti sociali e dei diritti individuali sono particolarmente sviluppate.

## 6. Segue. Il modello nordamericano.

Tra i diversi indirizzi interpretativi del fenomeno che stiamo indagando nell'esperienza nordamericana si possono isolare almeno tre tendenze: quella liberista, che considera i dati come beni in sé e per sé, come se fossero *new properties* (*commodities*) che per l'appunto sono liberamente negoziabili sul mercato; quella che trasforma i dati in diritti assimilabili al copyright, e quindi li rende oggetto di scambio; quella per così dire garantista che si avvicina al modello italiano e li classifica tra i diritti della persona, con le limitazioni e le garanzie previste dall'ordinamento, pur essendo sempre più liberale dei modelli europei perché, come si diceva, i dati, come le parti del corpo, in quell'ordinamento si possono liberamente negoziare sul mercato.

La tendenza liberista è tipica dei cultori dell'analisi del diritto della Scuola di Chicago, il cui corifeo è il "primo" Posner, l'A. che rappresentava l'ala più determinata della concezione mercatista dei diritti e del diritto.

Il discorso, alla fine degli anni Settanta, riguardava la privacy, piuttosto che non i personal data. Ma le argomentazioni possono essere omologhe per i due settori.

Posner non si preoccupa della privacy di prima maniera, creata da Warren e Brandeis, intesa nelle forme della curiosità del pubblico per la vita degli altri e del conflitto tra gli individui e i media, ma della *informational privacy*, la privacy collegata all'economia della informazione, seguendo le intuizioni di Stigler. Di qui la concezione di "property rights" che insistono sulle informazioni private, quali il segreto commerciale. E il favor per la trasparenza, quando le informazioni non riguardano il mercato ma fatti privati, a meno che non si tratti di soggetti che hanno notorietà, ed allora le loro immagini o le informazioni che li concernono hanno un valore economico che non può essere trascurato (*right to publicity*). Vi sono altri casi in cui Posner ammette la tutela della privacy, come il caso di informazioni errate, di informazioni che stravolgono il diritto alla identità personale, la violazione del domicilio. In tutti questi casi non si applica la disciplina del contratto ma la disciplina dell'illecito.

I fautori della appropriabilità dei dati da parte dell'interessato e della loro commercializzazione, come Paul Schwartz, non si nascondono gli argomenti che militano in senso contrario a questa tesi, che oscillano dal fallimento del mercato alla incapacità del titolare di negoziare i dati alla libera trasparenza delle informazioni (che implica la connotazione di dati personali come "beni comuni"), ma li superano tutti proponendo una distinzione da caso a caso e da dato a dato. E ne considerano anche gli aspetti positivi: la commercializzazione dei dati riduce i costi transattivi, sostiene lo sviluppo tecnologico, consente agli individui di ottenere più servizi. La ferma convinzione dei liberisti è che la commercializzazione delle informazioni personali arreca benefici non solo alle imprese ma anche ai consumatori: alle imprese, perché esse possono, con la profilazione, soddisfare meglio le preferenze dei consumatori e sviluppare le tecnologie e l'innovazione in modo da offrire prodotti migliori; e ai consumatori, perché questi possono disporre di una scelta più variegata di prodotti e servizi e maggiormente adeguata alle loro esigenze.

Il problema, se mai, consiste nel modo in cui l'informazione è acquisita: di qui l'esigenza di imporre regole di controllo che possano prevenire l'illecito dell'impresa, posto che lo strumento del risarcimento del danno appare poco efficace perché tardivo, intervenendo quando ormai il danno si è prodotto. Nel contempo si mette in evidenza una apparente contraddizione: la persona ha una identità digitale con la quale si identifica o è identificata, ma appunto per questo non dovrebbe "possederla"; per contro, i terzi se ne possono appropriare, e possono esercitare un diritto proprietario su di essa: ed in effetti la disciplina (anche europea) delle banche di dati protegge la proprietà di chi ha raccolto dati altrui (Hemnes).

Questa apparente contraddizione non è però tranchante: i dati riferibili ad una persona sono migliaia, e selezionarli per collezionarli, sistemarli, configurarli occorre una sofisticata attività che ha un costo, e pertanto è giusto che chi ha svolto questo lavoro ne sia remunerato. Altra cosa è invece la persona "che si appropria di se stessa": questo è un dilemma sul quale la nostra letteratura dibatte e si arrovella dai tempi della

creazione del diritto generale della personalità, ma la scelta europea era stata quella di non considerare il soggetto come oggetto di proprietà di se stesso.

L'analogia con il copyright (di ascendenza inglese, ricorda Diane Zimmerman) protegge l'interessato dei dati contro la loro utilizzazione illegale: l'argomento è suggestivo, ma, come si può intendere, siamo in presenza di diritti che nel common law (questa volta inglese) non hanno avuto una loro configurazione codicistica, come è avvenuto presso di noi con il diritto all'immagine, e quindi l'analogia è del tutto inutile. Per superare l'impasse si sostiene che il copyright di cui si discute è un copyright di tipo speciale: riconoscere un diritto di proprietà agli interessati si pone in linea con la formazione di una economia del cyberspace, perché favorisce la circolazione delle informazioni da parte dei proprietari delle banche di dati ed evita la negoziazione con ciascun titolare.

Ma proprio in ciò consiste la contrapposizione tra il modello nordamericano e il modello europeo: il copyright in Europa ha anche un valore morale; i dati personali in Europa sono diritti fondamentali. Per questo Pamela Samuelson, che costituisce una eccezione tra gli autori americani orientati prevalentemente alla concezione mercatistica dei dati, suggerisce di tenere in considerazione il modello europeo e di porre limitazioni alla circolazione dei dati in considerazione dei valori della persona e dell'interesse morale che il dato riveste in sé.

Non mancano dunque anche negli Stati Uniti autor, anzi autrici, che invocano la tutela della dignità per sconsigliare la commercializzazione dei dati - o della privacy - a beneficio della tutela della persona, come Jennifer Rothman. E autori che pur adottando il modello del copyright, ne enfatizzano gli aspetti morali.

#### 7. A mo' di conclusione.

Si possono capire i dubbi e le incertezze che tormentano la dottrina italiana: il mercato digitale ha le sue esigenze, non possiamo essere troppo intransigenti; occorre trovare il giusto bilanciamento; l'homo dignus è anche l'homo oeconomicus, e la globalizzazione ha i suoi diritti. I mercati non hanno più confini, i Big Data la loro forza poco controllabile.

E tuttavia il modello europeo (continentale) non deve essere abbandonato. Si può pensare ad un complesso di iniziative tra loro coordinate, proprio sfruttando le proposte e le regole già vigenti provenienti dall'Unione: l'interpretazione estensiva dell'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali, la qualificazione estensiva del diritto alla privacy, la valorizzazione del consenso e del recesso, il rafforzamento dei controlli sul mercato digitale, senza pervenire alla qualificazione del rapporto dato-persona in termini di proprietà.

La dottrina francese è prevalentemente orientata in questo senso: la proprietà è definita una "falsa buona idea", una "illusione pericolosa", i casi clamorosi come quello di Cambridge Analytica allarmano l'opinione pubblica, e il Regolamento sembra contenere una contraddizione, da un lato rafforzando i diritti della persona, dall'altro favorendo la circolazione dei dati; si invoca anche un nuovo compromesso sociale, e gli stessi economisti esprimono dubbi sullo scambio di dati e beni o servizi.

Ed in conclusione si possono condividere le idee di chi, anziché meditare sulla proprietà dei dati, ci invita a considerare come essi vengono trattati, in altri termini come viene costruita la nostra identità, e come vengono sorvegliate, spiate e scolpite le nostre vite, come si forma, in sostanza, l'appropriazione commerciale della nostra personalità. È una prospettiva che trascende l'indagine individualistica, perché coinvolge l'intera comunità: in sintesi, meglio controllare il processo che liberalizzarlo concedendo diritti di proprietà.

#### Note:

- (1) Rodotà, *Il mondo nella rete. Quali diritti quali vincoli*, Roma-Bari, 2014, pp. 31-32
- (2) Nella versione integrata con le modifiche apportate successivamente, il cui testo è rinvenibile sul sito dell'Autorità Garante dei dati personali.
- (3) Galgano, *Diritto privato*, XIV ed., Padova, 2008, p. 89; Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, pp. 41 ss., 140 ss.
- (4) Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., pp. 79 ss., 324 ss.
- (5) Si rinvia perciò a Resta.

## L'art. 1 del codice della crisi di impresa: divagazioni sul tema\*

**Giorgio Schiano di Pepe**

*Emerito di Diritto commerciale nell'Università di Genova*

L'art. 1 del nuovo Codice della crisi di impresa ne definisce l'ambito soggettivo di applicazione individuando la platea dei soggetti destinatari delle sue previsioni e indicandone altresì i presupposti oggettivi.

Esso si discosta, anche in maniera sensibile, dalla corrispondente previsione dell'art. 1 dell'attuale Legge Fallimentare e ciò non solo per il contenuto definitorio dell'art. 2 (qui inserito sul modello di legislazioni straniere e di quella comunitaria *in primis*), ma anche e soprattutto per la sua portata normativa che si differenzia non poco da quella (oggi) vigente.

Il presupposto oggettivo per l'applicazione del Codice viene individuato dall'art. 2 nello stato di crisi o di insolvenza. Mentre col primo ci si riferisce ad uno stato di difficoltà economica-finanziaria (eventuale prodromo dell'insolvenza), con la seconda ci si riferisce alla impossibilità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, con accenti non molto diversi dall'attuale art. 5 l.f..

Nella architettura della legge sono previste conseguenze diverse a seconda che si versi nell'uno o nell'altro stato. Mentre infatti chi si trova in stato di crisi può accedere alle procedure di cui all'art. 56 e ss., chi versa in stato di insolvenza è soggetto alla procedura di liquidazione giudiziale (art. 121 ss.).

È opportuno però notare che tale giustapposizione non è una novità in senso assoluto in quanto essa è già presente (seppure in maniera non così stagliata) nella disciplina dal concordato preventivo (art. 161 l.f.) e ciò da quando il concetto di "crisi" come categoria normativa autonoma è entrato a far parte con la riforma del 2005 del nostro sistema concorsuale. L'art. 1 individua poi chi rientra nell'ambito dell'applicazione del Codice dal punto di vista soggettivo ampliando notevolmente le categorie dei possibili destinatari.

In primo luogo, ma come vedremo non si tratta di una vera e propria novità, fra i destinatari noi troviamo il professionista.

Pensiamo che l'espressione vada intesa in senso stretto e non si riferisca alla nozione più ampia di cui all'art. 3 del cod. consumo (D.Lgs. 206/2005).

In questo modo si generalizza, estendendola a tutta la categoria, la previsione contenuta nell'art. 5 L. 247/12 (*Nuova disciplina dell'ordinamento nella professione forense*) che prevedeva la delega (poi decaduta) per la costituzione delle società professionali, possibilità che si sarebbe inverata solo in seguito con la c.d. legge sulla concorrenza (l. 124/2017). Tale norma, pur escludendo espressamente la natura imprenditoriale dell'avvocato, prevedeva in caso di insolvenza della società fra avvocati il ricorso alla procedura di sovraindebitamento di cui alla legge 27 gennaio 2012, n. 3, procedura oggi prevista dall'art. 65 del Codice.

Sotto il profilo della teoria generale dell'impresa, dal punto di vista del diritto commerciale, non si può non rilevare come in questo modo si assottigli ancor di più il diaframma che separa la nozione di imprenditore da quella di professionista.

\* Si tratta, omesse le parole di circostanza, della relazione tenuta al Convegno "Il Codice della crisi d'impresa: novità e prospettive" organizzato da AIGA e tenutosi a Genova il 18 gennaio 2019.

È chiaro però che questa regola è stata pensata e scritta per la figura tradizionale del professionista. Qualche perplessità potrebbe quindi porsi circa la sua applicazione di fronte alla possibilità, oggi consentita, di esercitare la professione nella forma di società financo di Spa.

La soluzione, forse, può trovarsi nella necessità che per aversi l'applicazione della disciplina della liquidazione giudiziale sia presupposta la natura commerciale dell'attività, il che porrebbe le società professionali in un "safe harbour" stante la natura non commerciale (civile) dell'attività svolta (cfr. artt. 2308, 2323 che vedono il fallimento come causa di scioglimento della società salvo che abbia ad oggetto una attività non commerciale. Ciò però oggi non vale più per le società di capitali che non vedono più (v. art. 2484) il fallimento fra le cause di scioglimento.

Altra importante novità che è stata introdotta, e anch'essa rilevante sul piano della teoria generale dell'impresa (basti pensare a quanti padri nobili del diritto commerciale si sono affaticati su questo argomento), è il riconoscimento dello stato di impresa anche senza il perseguimento dello scopo di lucro, da cui la sottoposizione alla disciplina del Codice.

La svalutazione dello scopo di lucro non è una assoluta novità in quanto trova un precedente nella recente introduzione della disciplina della impresa sociale (D.Lgs. 112/2017) per sua natura non lucrativa (art. 3) che ne prevede già, in caso di insolvenza, la sottoposizione alla liquidazione coatta amministrativa (art. 14).

In passato questo aspetto ha dovuto essere affrontato in quei casi in cui l'attività imprenditoriale faceva capo a soggetti non qualificati (associazioni e fondazioni: si è parlato in proposito di esercizio metaindividuale dell'impresa) e allora il *focus* si spostava sull'accertamento della sussistenza o meno del requisito della professionalità, fermo sempre restando che per loro natura questi soggetti erano privi dei più elementari strumenti di controllo gestionale e vi era altresì incertezza a chi, in caso di fallimento, dovesse estendersi la procedura. In questa situazione l'applicabilità stessa dell'art. 147 l.f. era oggetto di discussione.

Il Codice si pone poi nel solco della più consolidata tradizione quando sottrae alla liquidazione giudiziale in caso di crisi o di insolvenza, l'imprenditore agricolo.

Ma la novità significativa oggi introdotta è che l'impresa agricola, in caso di crisi o insolvenza, è così sottoposta alla procedura concorsuale prevista in caso di "sovraindebitamento" (combinato disposto art. 65 e art. 2 c. 1 lett. c) diversamente da quanto accade oggi.

Stessa sorte tocca a quella che il Codice chiama "impresa minore" i cui parametri identificativi sono gli stessi previsti dall'art. 1 co. 2 l.f., salva l'opportuna eliminazione del rinvio all'ambigua nozione di ricavi lordi.

Altra significativa novità è l'estensione del Codice alla figura del consumatore che del pari è sottoposto alla procedura di sovraindebitamento.

Non si tratta però di una novità in senso assoluto (lo è invece il suo inserimento all'interno della disciplina delle procedure concorsuali) in quanto tale regime era già applicabile ai sensi della L. 3/2012, anche se opportunamente ora la procedura viene fortemente semplificata. Secondo la legge è "consumatore" chi agisce per fini estranei all'attività imprenditoriale e quindi può farvi ricorso solo chi presenti una situazione debitoria di origine non imprenditoriale.

La procedura trova applicazione anche nel caso in cui la persona fisica - consumatore sia socia di società con soci illimitatamente responsabili (art. 2 lett. c) ma la dichiarazione di in-

solvenza di società con soci illimitatamente responsabili si estenderà, come già accade oggi, anche ai singoli soci (art. 256). La legge prevede che chi si trova in condizioni di sovraindebitamento e rientri fra i soggetti di cui all'art. 2 c. 1 lett. c (e cioè l'artigiano, l'imprenditore agricolo, l'imprenditore minore, il professionista o la *start up* innovativa) ma non sia un consumatore possa anche formulare una c.d. "proposta di concordato minore" ai sensi dell'art. 74, ulteriore possibilità in aggiunta a quella prevista dall'art. 65 (composizione di crisi da sovraindebitamento).

Riassumendo.

I soggetti previsti dall'art. 2 n. 1 lett. c possono ricorrere alla procedura prevista dall'art. 65 (composizione della crisi da sovraindebitamento), dell'art. 67 (procedura di ristrutturazione dei debiti), dall'art. 268 (liquidazione controllata, anche a richiesta del creditore) e dall'art. 74 (concordato minore).

A quest'ultima procedura però non ha accesso il consumatore.

Un'ultima annotazione. La legge (art. 1) espressamente menziona tra i soggetti destinatari del Codice anche l'impresa artigiana.

Anche se il problema della fallibilità dell'artigiano nel tempo è venuto perdendo gran parte del suo antico rilievo, è interessante notare come il legislatore abbia sentito la necessità di farvi espressa menzione. L'impresa artigiana sarà sottratta alla liquidazione giudiziale solo se rientrante fra le imprese minori e non in ragione di un presunto statuto speciale, come in passato autorevole dottrina aveva ritenuto.

La qualifica di artigiano sembrerebbe così essere irrilevante ai fini del Codice avendo rilevanza solo l'aspetto dimensionale. In questo modo viene (finalmente) archiviato un dibattito che in passato aveva profondamente appassionato (ma anche diviso) la dottrina causando gravissima incertezza sia sul piano interpretativo che su quello attuativo e giurisprudenziale.

Ma la novità forse di maggiore rilievo, dal punto di vista del diritto societario, che il Codice ha introdotto è la disciplina relativa al gruppo di imprese implementando così la disciplina contenuta negli artt. 2497 ss. cod. civ. (art. 284 ss.) caratterizzata da un ambito applicativo piuttosto circoscritto essendo sostanzialmente limitato alla disciplina della responsabilità.

Innegabile è l'influenza sulla scelta operata dal legislatore esercitata dal diritto comunitario e, in particolare, dal Reg. U.E. 2015/848 del 20 maggio 2015 il cui Capo V (art. 56 ss.) è appunto dedicato alla disciplina della procedura di insolvenza delle società facenti parte di un gruppo.

Va detto però che mentre la disciplina comunitaria è (necessariamente) orientata nel senso del coordinamento fra procedure (scelta necessaria visto il carattere sovranazionale del suo ambito operativo), quella italiana ha opportunamente privilegiato la via unitaria (presentazione di un unico piano o di piani reciprocamente collegati e interferenti) vedendo il coordinamento fra procedure solo come una soluzione residuale (art. 288).

Non è però questa la prima volta che il legislatore italiano affronta il tema dell'insolvenza in relazione al gruppo di società avendolo già fatto col D.Lgs. 270/1999 agli artt. 80 ss. (scegliendo anche allora la via unitaria: art. 85), legge che aveva preceduto e quindi influenzato le scelte della legge di riforma delle società apportata dal D.Lgs. 6/2003 e che sotto diversi profili (sia pure in un contesto profondamente diverso) ha anticipato la disciplina oggi introdotta dal Codice.

La previsione dell'art. 284 del Codice è applicabile in caso di insolvenza o di crisi in presenza delle situazioni descritte

dall'art. 2497 c.c. e dall'art. 2545 *septies* c.c. e cioè del c.d. gruppo cooperativo paritetico (controllo contrattuale).

La disciplina così introdotta e tesa a regolamentare procedure concorsuali (concordato o insolvenza) di gruppo risolve un problema con cui in passato la giurisprudenza, e non solo quella di merito, si era confrontata non riuscendo però a trovare una soluzione, avendo il D. Lgs. 270 un ambito di applicazione non generale.

Così era stato nel ben noto caso Baglietto nel quale la Corte genovese (con pronuncia 23 dicembre 2011) aveva ritenuto ammissibile una proposta di concordato formulata da una società costituita *ad hoc* da una pluralità di società in crisi, percorso invece ritenuto inammissibile dalla Cassazione in quanto il concordato di gruppo non era previsto dalla legge (Cass. 20559/2015).

Nello stesso senso, ma sia pure con motivazione più sofisticata, si era pronunciata la Suprema Corte con la sentenza n. 19014/2017 non escludendo in radice la possibilità di un concordato di gruppo.

Oggi il Codice consente sia la presentazione da parte di più imprese appartenenti allo stesso gruppo di un solo ricorso per l'ammissione a un concordato preventivo di gruppo, sia la domanda di accordi di ristrutturazione, di gruppo (art. 284), sia infine la liquidazione giudiziale di gruppo (art. 287) purché si riferiscano a imprese aventi il loro centro di interesse principale in Italia, e ciò evidentemente per non creare conflitti con quanto disposto dal Reg. 848/2015, ferma restando l'autonomia delle rispettive masse attive e passive (problema che era stato l'ostacolo maggiore a praticare soluzioni unitarie). Imprese appartenenti al medesimo gruppo possono chiedere di essere ammesse al concordato preventivo presentando piani distinti ma reciprocamente collegati e interferenti. Del pari, con un unico ricorso, più imprese facenti parte dello stesso gruppo possono presentare domanda di accesso ad accordi di ristrutturazione.

Coerentemente con la necessaria presenza di una pluralità di soggetti, il piano può prevedere la liquidazione di alcune imprese e la continuazione di altre (art. 285), nonché l'esecuzione di operazioni contrattuali e riorganizzative ivi compresi trasferimenti di risorse infragruppo purché di utilità attestata da un professionista indipendente. A siffatte operazioni i soci delle società coinvolte (se pregiudicati) possono opporsi solo con l'opposizione all'omologa, ma l'opposizione sarà respinta in presenza di vantaggi compensativi che elidano il pregiudizio (art. 285 n. 4) (per un analogo ruolo dei vantaggi compensativi come fattore scriminante cfr. art. 2634 c. 3 cod. civ.).

L'importanza della proposta unitaria del concordato è dimostrata dal fatto che il concordato di gruppo omologato non può essere risolto o annullato quando i presupposti per la risoluzione o l'annullamento si verificano soltanto rispetto a una o alcune delle imprese del gruppo a meno che non risulti significativamente compromessa l'attuazione del piano nel suo complesso (art. 286 n. 7 cod. civ.).

Nel caso in cui le diverse imprese abbiano sede in circoscrizioni giudiziarie differenti, il Tribunale competente sarà quello della sede del soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento.

La lettura dell'art. 286 impone però che sia messa nella dovuta evidenza una importante scelta fatta dal legislatore che compie in tal modo un significativo progresso rispetto a quanto previsto dall'art. 2497 c.c.. Mentre infatti questa norma prevedeva le sole ipotesi di società o enti come sog-

getti esercitanti il controllo, l'art. 286 espressamente prevede anche le persone fisiche.

Il problema in giurisprudenza già si era posto in passato (pensiamo ai casi Caltagirone e Genghini per non citare che i più famosi).

Quindi adesso è riconosciuto che una persona fisica possa essere capogruppo.

È lecito in proposito domandarsi se questo soggetto sia necessariamente un imprenditore con tutte le conseguenze che ne derivano. La risposta è certamente molto ardua e potrebbe essere positiva accettando la distinzione tra controllo (statico) e direzione e coordinamento (dinamici) potendosi così vedere nella capogruppo, anche se persona fisica, l'impresa ausiliaria di cui all'art. 2195 n. 5.

L'unitarietà della procedura comporta l'unicità del giudice delegato e del commissario giudiziale (art. 286 n. 2).

Nel caso di insolvenza di una pluralità di imprese appartenenti allo stesso gruppo è possibile provocare una liquidazione giudiziale di gruppo quando ciò agevoli il migliore soddisfacimento dei creditori, ferma restando l'autonomia delle diverse masse attive e passive (art. 287).

È tuttavia possibile che nonostante l'esistenza di un vincolo di gruppo non si abbia una procedura unitaria: in questo caso la legge prevede l'obbligo di collaborazione fra i rispettivi organi, sul modello della normativa comunitaria.

La legge consente poi l'esercizio di una azione revocatoria "aggravata" per le operazioni infra gruppo poste in essere nel quinquennio anteriore al deposito dell'istanza di liquidazione giudiziale (v. anche art. 91 D. Lgs. 270/99).

Tali atti sono presunti dannosi salvo prova contraria della società beneficiaria.

L'art. 291 del Codice poi riprende e completa quanto già previsto dall'art. 2497 u.c. legittimando il curatore a intraprendere le azioni di responsabilità (v. anche art. 90 D. Lgs. 270/90).

L'art. 292 infine richiama la previsione dell'art. 2497 *quinquies* cod. civ. disponendo la postergazione del pagamento di crediti di chi esercita la direzione o il coordinamento e nel negare i rimborsi effettuati nell'anno anteriore all'apertura della procedura di liquidazione giudiziale.

## *Culture della riforma, modulazione del rito e sommarizzazione delle tutele. Sulle più recenti modifiche del nostro processo civile*

**Vincenzo Ansanelli**

*Associato di Diritto processuale civile nell'Università di Genova*

**Sommario:** 1. Collegamento necessario fra complessità della controversia, modulazione del rito e sommarizzazione. - 2. Caratteristiche degli interventi sulla struttura del processo civile in Italia. - 3. Modalità ricorrenti nelle riforme del processo civile in prospettiva comparata. - 4. Progetti recenti.

### **1. Collegamento necessario fra complessità della controversia, modulazione del rito e sommarizzazione.**

Quello della differenziazione delle forme di tutela processuale in ragione delle caratteristiche della controversia sembra ormai costituire a tutti gli effetti il principale elemento caratterizzante gli attuali *trend* di riforma del processo civile (1). Un processo che - seppure con accentuazioni estremamente diversificate - appare oggi pressoché ovunque segnato dalla predisposizione di percorsi diversificati o, in alternativa, dalla predisposizione di un rito unico ma modulabile in ragione appunto del diverso grado di complessità della controversia. È questa invero una circostanza che, in linea di estrema semplificazione e come del resto ha messo in luce una parte della nostra cultura giuridica, rappresenta il tentativo di adeguare il processo civile alla complessità del momento presente (2). Ciò principalmente attraverso l'applicazione del principio di proporzionalità nell'allocatione delle risorse processuali; un principio ormai manifesto in molte riforme straniere del processo civile e secondo il quale a ogni controversia deve essere riservata una quantità di risorse processuali *proporzionate* alla sua complessità (3).

Più in particolare, l'applicazione del principio di proporzionalità sembra tradursi - specie nella sua odierna accentuazione e rilievo - per un verso, nella proliferazione nei singoli ordinamenti di modelli procedimentali speciali, da applicarsi per la risoluzione di determinate tipologie di controversie coinvolgenti specifici diritti soggettivi; e, per altro verso, nell'accentuazione dei caratteri di flessibilità o di modulabilità del rito ordinario in ragione delle caratteristiche della singola controversia (4). Ciò nel senso che la specialità dei riti tende ormai a caratterizzarsi come diversificazione e adeguamento del modello procedimentale alle circostanze caratterizzanti la specifica controversia o categorie di controversie diversificate da variegati *standard* di complicazione; mentre il rito ordinario viene trasformato attraverso il progressivo abbandono di rigide strutture procedimentali. Una modalità di intervento, quest'ultima, notoriamente concernente ordinamenti quali quello inglese e francese, caratterizzati ormai da tempo da un rito ordinario declinato in *tracks* o *circuits*, ma comunque presente anche in altri seppur con minore impatto (5).

Un ultimo e ulteriore *caveat* si rende a tale riguardo necessario. Questi fenomeni di diversificazione delle forme di tutela giurisdizionale sono stati spesso coniugati all'applicazione di una specifica scelta di politica o di tecnica legislativa, definibile come di progressiva sommarizzazione del procedimento (6). Con ciò a intendere il progressivo abbandono di modelli fondati su rigidi e predeterminati schemi procedimentali, caratterizzati da un'ampia e diffusa applicazione

del principio del contraddittorio, in favore della previsione di spazi deformalizzati; spazi all'interno dei quali l'individuazione del percorso di trattazione della specifica controversia viene rimesso al giudice, spesso nel contesto della valorizzazione del principio di collaborazione con le parti (7).

## 2. Caratteristiche degli interventi sulla struttura del processo civile in Italia.

La combinatoria fra l'evoluzione disciplinare registratasi nel nostro ordinamento nell'ultimo cinquantennio e le più recenti proposte di riforma del processo civile sembra consentire una prima considerazione di massima. Ci si riferisce al fatto che il processo di cognizione delineato dal Libro II del c.p.c. appare segnato da un definitivo e inesorabile tramonto. Come si cercherà di evidenziare nel prosieguo, l'impressione è che il complesso modulo procedimentale rappresentato dal rito ordinario sia destinato a non rappresentare più la modalità standardizzata di definizione giurisdizionale dei conflitti. Invero, la progressiva estensione di procedimenti speciali caratterizzati da forme sommarie di trattazione e la correlativa erosione dell'ambito di operatività della cognizione piena costituiscono probabilmente i fenomeni che hanno maggiormente caratterizzato la storia del processo civile italiano nel corso del XX secolo (8).

Del resto, la ricerca di un delicato equilibrio fra forme di trattazione a cognizione piena e sommaria ha rappresentato e continua a rappresentare uno dei principali campi di ricerca di possibili soluzioni ai problemi endemici di malfunzionamento (specie in termini di eccessiva durata delle controversie) della giustizia civile italiana (9). E alla frequenza degli interventi su tale fase del processo sembra doversi da subito aggiungere che, proprio in ragione delle peculiari modalità con cui queste riforme sono state realizzate, esse costituiscono, specie nel raffronto con quanto è accaduto in altri ordinamenti, un fenomeno in sé molto singolare (10). In effetti, salvo alcune eclatanti eccezioni - quali l'introduzione del processo del lavoro, la riforma realizzata con la l. 353 del 1990 e quelle poste in essere con le leggi n. 80 del 2005 e n. 69 del 2009 - gli interventi riformatori si sono connotati per la loro neutralità; ossia, per la sostanziale assenza di una chiara manifestazione della loro *philosophy* di intervento (11). Per converso, anche alla luce delle esperienze comparatistiche dell'ultimo trentennio, sembra doversi ritenere che qualsiasi intervento aspirante a incidere e modificare drasticamente il funzionamento della giustizia civile non possa prescindere da un'opera riformatrice di ampio respiro, in grado di segnalare con immediatezza a tutti gli utenti il senso e la direzione dei mutamenti in atto (12).

Un'ulteriore circostanza concernente il modo delle riforme merita qui di essere rimarcata. In molti degli ordinamenti di maggiore rilievo le più importanti riforme organiche del processo civile hanno solitamente avuto un *iter* molto articolato, volto a provocare un ampio e serio dibattito pubblico coinvolgente tutti gli interpreti del processo, le università e la dottrina. Soltanto per limitarsi agli esempi più eclatanti, emblematico appare quanto accaduto negli Stati Uniti d'America negli anni '90 del XX secolo. Qui, come noto, gli *Amendment* delle *FRCP* sono stati preceduti dalla nomina di una *Task Force* incaricata di elaborare possibili correttivi della normativa federale in tema di *discovery*. I risultati degli studi e degli approfondimenti compiuti con il coinvolgimento del mondo accademico e della classe forense sono poi confluiti nel *Civil Justice Reform Act* emanato dal Congresso nel 1990. Un piano programmatico, questo, attraverso il

quale le Corti federali sono state incaricate di individuare - sulla base delle raccomandazioni poi fornite da appositi *Local Advisory Group* formati in maniera paritetica da giudici e avvocati - possibili modalità di *differential case management*, ossia di nuovi modelli procedimentali potenzialmente in grado di assicurare una soluzione giusta, rapida e poco costosa delle controversie (13). Solo all'esito di un ampio dibattito sui risultati dell'applicazione sperimentale di alcune delle soluzioni emerse nell'ambito degli *Advisory Group* - un dibattito, come si è detto, coinvolgente a pieno titolo accademica, giudiziario e avvocatura - si è poi pervenuti alle fondamentali riforme delle *FRCP* che, alla fine del XX secolo, hanno in larga parte ridisegnato il funzionamento della fase di *pretrial* statunitense. E ciò, in particolare, mediante l'introduzione del meccanismo del *mandatory initial disclosure* e della modifica dello *standard* di rilevanza del *discovery* (14). Del resto, parimenti noto è il percorso che ha portato all'emanazione delle *CPR* inglesi del 1999. Tale normativa è stata preceduta dagli ormai storici *Reports* di Lord Woolf, individuanti le cause del malfunzionamento della giustizia inglese (costi eccessivi, eccessiva durata e complicazione della procedura) nel sistema *party control* e nel ruolo passivo del giudice. Questi studi empirici hanno costituito la base del dibattito concernente la necessità di procedere a quel mutamento epocale della giustizia civile inglese realizzatosi, appunto, con l'emanazione del *Civil Procedure Code* del 1999. Un *corpus* normativo del tutto non casualmente imperniato sull'applicazione dei principi di *judicial case management* e - specie dopo la riforma del 2014 - di *proportionality* nell'allocazione delle risorse processuali (15).

Considerazioni analoghe possono, invero, svolgersi anche riguardo a quanto accaduto in Spagna in occasione dell'emanazione della *LEC* 2000. Qui, la promulgazione della nuova normativa processuale è andata di pari passo con la modifica della disciplina etico-legale e con l'espressa attribuzione ad avvocatura e giudiziario di nuovi *standard* di *seriedad y responsabilidad* nel perseguimento del *interés de lo justiciables* e degli obiettivi chiaramente indicati nella *Exposicion de motivos* che accompagna la riforma (16). Ed infine, per quanto più risalente, merita di essere ricordata l'esperienza francese e la metodologia seguita per l'approvazione del *NCPC* del 1975, combinante anche in questo caso la sperimentazione delle norme di riforma in alcuni tribunali-pilota con un ampio dibattito sui risultati di tali applicazioni sperimentali (17).

Queste modalità di riforma, che pure avevano da noi trovato diffusa applicazione nel passato (e specie in occasione dell'emanazione del c.p.c. del '42), sembrano essere state poi abbandonate. Si assiste, infatti, sempre più frequentemente a progetti di riforma la cui promulgazione viene annunciata senza che vi sia stato sugli stessi alcuna seria discussione e senza che siano state ascoltate le posizioni di avvocatura, accademica e giudiziario. Una circostanza che, per un verso, priva il legislatore dei possibili benefici derivanti da una seria discussione sull'articolato di riforma e, per altro verso, contribuisce a una sua più difficile applicazione in quanto le nuove regole tecniche non risultano previamente condivise dagli operatori del diritto (18).

Poste queste necessarie considerazioni preliminari e per così dire di metodo, nel merito delle riforme realizzate e in estrema approssimazione, due sembrano essere state le principali linee di intervento ricorrentemente adottate dal legislatore italiano. La prima può farsi consistere nella predisposizione di procedimenti di natura sommaria ad affiancare un procedimento a cognizione piena, generalmente conside-

rato quale paradigma di riferimento; il tutto nell'ottica di una differenziazione fra le diverse tipologie di controversie e il loro diverso grado di complessità. Questa è stata la soluzione adottata prima in tutte le codificazioni degli Stati preunitari e poi recepita - essenzialmente in ragione della notoria influenza del codice francese del 1806 - anche nel codice unitario del 1865. In effetti, in queste legislazioni accanto a un procedimento ordinario o *formale* si rinvengono modelli procedurali essenzialmente semplificati a livello strutturale e generalmente definiti *sommari*; modelli per lo più destinati alla risoluzione di controversie semplici o di scarso valore economico. Questa soluzione fondata sulla coesistenza di due modelli procedurali viene progressivamente superata, dapprima nella pratica del processo italiano della seconda metà del XIX secolo e poi definitivamente abbandonata con la l. 107 del 1901, mediante la quale si sancisce l'utilizzazione del solo procedimento sommario per tutte le controversie civili. Si tratta di una propensione all'unicità del procedimento che risulterà confermata in tutti i successivi progetti di riforma e che, come noto, costituisce una delle soluzioni caratterizzanti il c.p.c. del 1942 (19). Qui si assiste, come ampiamente noto, al tentativo di configurare un unico modello procedimentale virtualmente in grado di risolvere in maniera efficiente tutte le controversie; un modello che, anche in tale prospettiva, avrebbe dovuto essere ispirato al *principio di elasticità*, in modo da risultare adattabile a tutte le diverse tipologie di controversie (20).

La seconda metà del '900 risulta invece caratterizzata, per un verso, dall'intento di aumentare gli ambiti di sommarietà di un rito di cognizione tendenzialmente unico e, per altro verso, dalla segnalata proliferazione dei riti speciali. In entrambi i casi tuttavia - e ancora in evidente sintesi rispetto alla complicazione dei molti problemi sottesi - per ragioni evidentemente complesse i risultati applicativi non sono stati soddisfacenti, specie sotto il profilo della riduzione dei tempi medi di durata delle controversie e di complessiva efficienza del sistema (21).

### 3. Modalità ricorrenti nelle riforme del processo civile in prospettiva comparata.

Sembra appena il caso di premettere che l'analisi dei modelli e delle riforme del processo civile che saranno qui presi in considerazione risulterà del tutto arbitraria e, in particolare, assolutamente limitata e superficiale. Tuttavia, nonostante questa necessaria per quanto scontata premessa e nella piena consapevolezza «*dei numerosissimi rischi connessi all'impresa di sondare la complessa realtà del processo civile*», si ritiene che alcune esemplificative indicazioni su «*uno stato di cose in movimento*» possano essere tratte, anche nella prospettiva della riforma del processo civile italiano (22).

Altrove infatti - pur in maniera ovviamente molto diversificata da ordinamento a ordinamento, come in parte già anticipato - la risposta ai problemi posti dalle esigenze di tutela proprie della società post-industriale si è tradotta nella predisposizione di strumenti processuali flessibili e proporzionati, capaci di modularsi con diverso grado di articolazione in relazione alle diverse caratteristiche delle controversie. In questa prospettiva, è noto come in diversi ordinamenti europei sia in corso, ormai da alcuni anni, un processo di ripensamento e di ammodernamento in senso efficientistico delle normative processuali. Così è stato, in effetti, in Franca con i *décrets* del 1998 e del 2005, in Inghilterra con l'entrata in vigore delle *CPR* nel 1999, in Spagna con l'emanazione della nuova *LEC* nel 2000 e in Germania con le riforme del

2002 della *ZPO*. Un *trend* qui già segnalato ma che, fra l'altro, appare tuttora in fase di evoluzione (si pensi alle riforme del processo francese e spagnolo del 2018) e che trova singolare riscontro anche in una prospettiva più allargata. Così, solo per limitarsi ad alcuni esempi emblematici, accade negli Stati Uniti d'America con l'approvazione degli *Amendment* delle *FRCP* del 2015 e in Brasile con la promulgazione del *Novo Código do processo civil* nello stesso anno (23).

Comune premessa alle riforme registratesi negli ordinamenti presi in considerazione è, pur con diverse sfumature e intensità, la crisi della giustizia civile e la necessità di trovare soluzioni capaci di restituire efficienza allo strumento processuale (24). Proprio a tale riguardo pare possibile rilevare come un altro dato del tutto peculiare dell'anomalia italiana risieda nell'autarchia culturale della nostra dottrina (25). L'adozione più diffusa di un approccio comparatistico avrebbe infatti probabilmente consentito di rilevare come paesi appartenenti a tradizioni culturali e giuridiche anche molto diverse fra loro, abbiano affrontato il problema della durata del processo civile adottando riforme globali basate sull'adozione di opzioni ideologiche ben definite. Riforme che, seppur con le inevitabili e a tratti anche profonde differenziazioni sul piano delle soluzioni tecniche adottate, appaiono astrattamente riconducibili ad alcuni principi comuni. Uno dei possibili riferimenti a tale riguardo è alla progressiva trasformazione del ruolo del giudice, al quale viene per l'appunto ormai comunemente affidato il compito di modulare la trattazione del processo secondo schemi e tempi proporzionali alla complessità e rilevanza della lite (26).

In altri termini, in contesti culturali diversi dal nostro sembra ormai comunemente acquisita l'idea che l'introduzione dei parametri della complessità nel mondo del diritto comporta, sul versante processuale, la necessità di programmare, modulare e diversificare i percorsi processuali; ossia di strutturare variamente il meccanismo processuale per adeguarlo al grado di complessità della controversia. E uno dei principali corollari del passaggio - anche in ambito giuridico e, in particolare, processualistico - da un periodo di modernità in senso storico a un'età «post-moderna», sembra individuabile nell'aspirazione al superamento del modello unico di trattazione in favore, appunto, della possibilità di allocazione a opera del giudice della controversia in percorsi processuali differenziati in ragione del differente livello di complessità della controversia (27).

Per altro verso, a prescindere dai diversi modi con cui si è cercato di rispondere alla crisi della giustizia civile nel terzo millennio, le riforme registratesi sembrano confermare l'idea che un sostanziale incremento di funzionalità del processo civile debba passare attraverso una radicale razionalizzazione del primo grado di giudizio (28). Un risultato che in questi contesti di riforma è stato perseguito non solo trasformando, a volte in maniera decisamente radicale, precedenti normative, ma anche incidendo su valori-guida e opzioni di *policy* ad essa sottese (29).

Sul versante propriamente tecnico-strutturale, in una prospettiva macro-comparatistica appare possibile individuare una sorta di modello di riferimento cui sembrano tendere, seppur con un'intensità profondamente differenziata, pressoché tutti gli ordinamenti. Il riferimento è a un modello procedimentale a struttura essenzialmente bifasica. Nella fase preparatoria le parti indicano e precisano le loro domande, eccezioni, deduzioni istruttorie e conclusioni e, all'esito di tale fase - caratterizzata da un'attiva gestione/supervisione e programmazione del giudice - deve risultare definitivamente

circoscritta la materia del contendere (sotto il duplice profilo di *thema decidendum* e *thema probandum*). A questa deve poi seguire una fase propriamente istruttoria, fortemente concentrata, nella quale assumere le prove, svolgere le conclusioni e pronunciare la sentenza. Le due fasi possono strutturarsi in maniera più o meno articolata a seconda delle caratteristiche, delle esigenze e, in definitiva, del grado di complessità della singola controversia. Ma esse tendono comunque ad essere il più possibile concentrate, essendo la concentrazione delle varie attività processuali ovviamente indispensabile per la rapidità e la funzionalità del procedimento. Ciò ha ulteriormente contribuito a collocare nel momento della qualificazione dei fatti effettivamente controversi - ossia il momento della trattazione - il nucleo di trasformazione del processo nella direzione appena indicata. E intimamente connesso alla discussione su tali ambiti di problemi, risulta l'ampio dibattito relativo al ruolo direttivo da attribuire al giudice in questa sede nell'individuazione dello *standard* di complessità e nell'allocazione - per usare un'espressione chiaramente assonante alla riforma inglese - della controversia a un percorso processuale apposito. Il tutto secondo modulazioni variegiate nel rispetto delle particolarità del singolo caso o delle necessità procedurali riferibili comunque a intere categorie di controversie (30).

Nella prospettiva appena segnalata e al fine di coniugare l'efficiente organizzazione dell'attività giurisdizionale con il canone fondamentale della ragionevole durata del processo, si impone poi l'applicazione del principio di proporzionalità. Ciò nel senso che l'organizzazione dell'attività giurisdizionale deve tendere a garantire l'impiego di risorse e attività per l'appunto proporzionali al contenuto e al rilievo della controversia (31). Su questa specifica linea di intervento si muovono, ad esempio, gli *Amendment* delle *FRCP* del 2015-2016. Come evidenzia in particolare la nuova versione della *Rule 26 (b) (1)*, la prospettiva di riduzione dei costi risulta combinata con quella di un generale adeguamento «to the needs of the case» delle attività di *discovery*. Il richiamo a una categoria di *proportionality* appare qui esplicito e del tutto specifico, in quanto le parti nel formulare le *request of discovery* ovvero le *response or objection* sono espressamente tenute a modulare le proprie attività parametrando a «the amount in controversy, the importance of the issues at the stake in action»; e tenendo inoltre anche conto delle «parties' resources, the importance of the discovery in resolving the issues, and whether the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefits» (*Rule 26 (b) (2)*) (32).

Di un ulteriore fenomeno si ritiene doveroso dar conto in questa sommaria descrizione di alcune delle principali linee di riforma del processo civile in atto. Accanto alla modulazione del percorso ordinario e alle forme di diversificazione della tutela coinvolgenti in maniera propria la nozione di specialità del procedimento, si colloca l'ulteriore tendenza verso l'ampliamento dell'ambito di applicazione dei procedimenti sommari, caratterizzati da uno scarso approfondimento cognitivo, dalla deformalizzazione del procedimento e dalla contrazione del principio del contraddittorio. Un'utilizzazione di forme sommarie di cognizione che appare progressivamente sganciata dalla sussistenza di requisiti cautelari. È un'evoluzione esemplificata, in area statunitense, dal diffuso ricorso ai cosiddetti *Summary Judgment (Rule 56 FRCP)*. Si tratta, in particolare, di procedimenti che non rappresentano un'alternativa al rito ordinario, ma una modalità semplificata di definizione dello stesso (33). Si tratta di una cognizione semplificata è sin dall'origine specificamente de-

stinata alla definizione di controversie virtualmente infondate («no genuine issue as to any material fact»), in un'evidente prospettiva di economia processuale (34). La finalità è infatti quella di evitare il ricorso alla fase dibattimentale, consentendo al giudice di risolvere anticipatamente la controversia ogniquale le domande o le difese siano evidentemente prive di fondamento (35). E, del resto, anche nell'ordinamento francese il giudizio di *référé* ha assunto la medesima estensione applicativa di quello ordinario, pur se risulta concepito secondo parametri del tutto diversi rispetto a quest'ultimo. Originariamente pensato come provvedimento cautelare d'urgenza, il *référé* ha progressivamente assunto caratteristiche di minore strumentalità rispetto al giudizio *principal*, fondandosi essenzialmente sulla nozione di *evidence* del diritto, derivata dall'elaborazione esegetica intorno all'espressione «absence de contestation sérieuse» di cui all'art. 808 *CPC* (36).

Singularmente analoga appare la modalità di utilizzazione dei procedimenti sommari che si registra negli ordinamenti latino-americani. In questo contesto - con netta prevalenza, quantomeno per la singolarità delle soluzioni tecniche adottate, dell'ordinamento brasiliano - la predisposizione di particolari forme di tutela sommaria o comunque anticipata rispetto alla risoluzione nel merito della controversia sembra rispondere a esigenze di diversa natura. Invero, la tendenza a ricorrere in maniera massiccia e pressoché generalizzata a forme differenziate di tutela giurisdizionale trova qui fondamento direttamente nelle norme costituzionali. Ed in effetti, nell'ordinamento brasiliano si tende a percepire le varie tecniche di anticipazione della tutela come strumenti utilizzati dal legislatore per allineare il processo civile ai valori programmatici espressi dalla carta costituzionale. Ciò al fine di realizzare un modello procedimentale in grado di garantire un'effettiva tutela giurisdizionale dei diritti (37).

La nuova disciplina del processo civile introdotta nel 2015 supera la distinzione fra tutela sommaria e cautelare, introducendo un'autonomia categoria di procedimenti, complessivamente denominata «Da tutela provisoria» (artt. 294 - 311). Al suo interno si rinvencono procedimenti con presupposti applicativi del tutto eterogenei, ma accomunati dall'obbiettivo di anticipare gli effetti della sentenza di merito. A conferma di ciò, si registra l'esistenza di una serie di disposizioni generali applicabili indistintamente a tutti i procedimenti ricompresi in tale categoria e fondati alternativamente su requisiti di «urgência ou evidência» (art. 294). Conferma l'intento di valorizzare l'effettività delle tecniche di tutela anticipatoria la previsione della possibilità per il giudice di adottare tutti i provvedimenti, anche di natura coercitiva nella forma dell'*astreinte* (e definite «multa por tempo de atraso»), ritenuti «adequadas para efetivação da tutela provisória» (art. 297). Di recentissima configurazione è poi la cosiddetta «tutela da evidência», concernente forme di anticipazione del provvedimento di merito anche in assenza dei tradizionali requisiti cautelari. Una forma di tutela alla quale si potrà ricorrere in ipotesi di abuso del diritto di difesa o di evidente intento dilatorio o, per altro verso, di pretese dotate di supporto probatorio documentale in fatto e in diritto a precedenti conformi (38).

#### 4. Progetti recenti.

La disamina - per quanto estremamente limitata e superficiale - dei modi e dei *trend* di riforma del processo civile registratisi in tempi recenti in alcuni fra i più importanti referenti per il nostro ordinamento rende possibile qualche

minima considerazione sui progetti di riforma presentati in Italia nell'ultimo decennio. Il più organico e "ideologico" fra quelli di elaborazione prettamente dottrinale è probabilmente il cosiddetto *progetto Proto Pisani*, pubblicato nel 2009 (39). L'idea di fondo appare quella di predisporre fasi preparatorie strutturate in maniera differenziata in ragione del fatto «che il giudice nel corso della prima udienza qualifichi la controversia come semplice o complessa». Un'articolazione differenziata della fase preparatoria che qui risulta inserita nel contesto di una più generale «rivitalizzazione» del processo ordinario, che avrebbe dovuto rendere «agevole sopprimere tutti i riti speciali a cognizione piena oggi esistenti» (40).

Prescindendo dalle specifiche soluzioni tecniche ivi prospettate, in questa sede pare sufficiente rilevare la predisposizione di tre percorsi trattatori, riservati rispettivamente alle cause documentali, a quelle semplici e a quelle complesse. A rilevare è, in particolare, la circostanza che i singoli percorsi procedurali risultano predeterminati nella loro possibile articolazione, sia per quanto concerne il numero delle memorie a disposizione delle parti che relativamente a quello delle udienze previste per lo svolgimento di specifiche attività. In questo contesto va tuttavia rilevato che permangono spazi - seppur limitati - di discrezionalità giudiziale per l'estensione dei singoli percorsi quando ciò risponda a specifiche sollecitazioni delle parti per comprovate esigenze difensive (41).

È quasi superfluo segnalare che, nonostante gli ampi consensi della dottrina, tale proposta di riforma non è mai pervenuta a un serio esame in sede parlamentare. E così, fra il finire del 2013 e l'inizio del 2014, si è assistito alla formalizzazione di un'ulteriore e diversa opzione di modifica della fase di preparazione e trattazione della controversia, avente anch'essa una formazione eminentemente dottrinale sebbene elaborata all'interno di una commissione ministeriale (la cosiddetta *commissione Vaccarella*) (42). La possibilità di modulare il percorso procedimentale viene qui assicurata attraverso la modificazione delle disposizioni concernenti sia gli atti introduttivi sia l'udienza di prima comparizione e trattazione (43). L'anticipazione del momento di definitiva fissazione del *thema decidendum* si realizza consentendo all'attore di replicare alle difese del convenuto - e correlativamente a entrambe le parti di modificare e precisare le proprie allegazioni - con apposita memoria da depositarsi prima della celebrazione dell'udienza. Un meccanismo che, come è stato rilevato, consentirebbe al giudice di scegliere il percorso processuale più adeguato alle caratteristiche della controversia conoscendone preventivamente la definitiva cornice fattuale e, quindi, il suo grado di complessità (44). Agli esiti dell'udienza si prevede poi che il giudice scelga fra tre moduli procedurali profondamente diversificati, specie quanto al numero delle udienze e delle ulteriori memorie scritte depositabili in giudizio; il tutto, ancora una volta, a seconda della complessità della trattazione e dell'attività istruttoria necessaria per la risoluzione della controversia (45).

È a tutti noto come i lavori della commissione siano stati sostanzialmente ignorati, e come un ulteriore e se possibile più radicale intervento sulla fase di trattazione sia stato prospettato con il d.d.l. n. 2284 di iniziativa governativa. In tale disegno si proponeva sostanzialmente la collocazione del procedimento sommario di cognizione *ex art. 702-bis c.p.c.* - ridefinito *procedimento semplificato di cognizione di primo grado* - nell'ambito del libro secondo del codice di procedura civile. Con ciò prevedendosene l'applicazione obbligatoria per tutte le controversie di competenza del tribunale in com-

posizione monocratica, e riservando l'applicazione del "vecchio" rito ordinario alle sole controversie devolute alla composizione collegiale (a loro volta da ridefinirsi «in considerazione dell'oggettiva complessità giuridica e della rilevanza economico-sociale delle controversie») (46).

In tale contesto, la fase di trattazione scritta diviene solo eventuale, essendo lasciata al giudice la facoltà del tutto discrezionale di «fissare termini perentori per la precisazione o modificazione delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni, tenuto conto delle domande e delle eccezioni delle altre parti, nonché per l'indicazione di mezzi di prova diretta e contraria e per le produzioni documentali, escludendo il potere del giudice di disporre il passaggio al rito ordinario» (47).

Le trasformazioni del processo civile che sembrano in programmazione nel momento attuale appaiono troppo imprecisamente descritte dagli organi di stampa e, in ogni caso, troppo fluide per poter essere oggetto di una valutazione critica minimamente seria.

Un'unica considerazione che sembra possibile formulare è riguardo alle modalità di diffusione del processo di riforma ai soggetti che, forse, dovrebbero necessariamente essere coinvolti al fine di una seria trasformazione del processo civile; non essendo, allo stato, ufficialmente coinvolti - nonostante gli auspici del Ministro - le Università, l'Associazione Nazionale Magistrati o gli organismi rappresentativi dell'Avvocatura. Riguardo alla bozza di articolato di riforma ormai in circolazione (con il titolo di «*Interventi per l'efficienza del processo civile*» e con l'informale etichetta di *progetto Bonafede*) appare possibile segnalare quantomeno alcune delle principali innovazioni previste; ciò in particolare con riguardo al primo grado di giudizio. La principale norma di riferimento dovrebbe rinvenirsi (la reiterazione del condizionale è, come si intende, d'obbligo) nell'art. 2 di tale progetto, rubricato «*Rito semplificato davanti al Tribunale in composizione monocratica*», mediante il quale si prospetta l'introduzione degli artt. 281-*bis* - 281-*nonies* del c.p.c. Prescindendo da ogni giudizio di valore, pare possibile qualificare il contenuto della proposta ivi contenuta come un inusitato *patchwork* fra cognizione sommaria, processo del lavoro e (in)consapevoli suggestioni comparatistiche. La forma della domanda viene individuata nel ricorso che, a livello contenutistico, dovrebbe essere implementato dalla necessaria esposizione dei fatti «in maniera tale da agevolare la loro ammissione o negazione ad opera del convenuto». Il tutto senza che, tuttavia, si preveda alcuna forma di sanzione nell'ipotesi in cui tale modalità redazionale/espositiva (la cui verifica apparirebbe, del resto, alquanto complicata) non venga rispettata. Salvo alcune modifiche di dettaglio concernenti la possibilità di avvalersi «delle apposite funzionalità presenti nei sistemi informatici di cancelleria», si registrano alcune indicazioni sulle tempistiche della fase introduttiva. Alcune di queste - come, ad esempio, il lasso di tempo che dovrebbe intercorrere fra il deposito del ricorso e la celebrazione della prima udienza, fissato (forse simbolicamente) in cento giorni - non hanno alcuna perentorietà; altre - come la riduzione del termine intercorrente fra la notifica del ricorso e l'udienza a sessanta giorni - non paiono in grado di incidere davvero sui tempi del processo (art. 281-*ter* c.p.c.).

Le novità più rilevanti concernerebbero senza dubbio il procedimento. Mutuando quanto previsto dall'art. 702-*ter* c.p.c., nell'art. 281-*quater* verrebbe introdotto un procedimento estremamente elastico e deformalizzato, incentrato sull'affidamento alla discrezionale valutazione del giudice del potere di: *i*) adottare «i provvedimenti necessari in conseguenza delle at-

tività difensive e (...) concedere a tal fine termini perentori per l'integrazione delle difese e delle istanze istruttorie; ii) fissare, sentiti i difensori, il calendario del processo; iii) disporre in qualsiasi momento, anche d'ufficio purchè nel rispetto dei limiti fissati dal codice civile e dei fatti allegati, l'ammissione di ogni mezzo di prova "indicando le circostanze oggetto di interrogatorio formale o di prova testimoniale ed i documenti di cui ordina l'esibizione"; iv) scegliere la forma della trattazione finale.

Solo *en passant*, sembra doveroso segnalare la reintroduzione dell'istituto della comparizione personale e del libero interrogatorio delle parti.

Ma occorre aggiungere che anche le disposizioni concernenti le «attività di istruzione stragiudiziale» previste dall'art. 6 della bozza di riforma destano più di una qualche sorpresa. Attraverso tali disposizioni si introdurrebbe - esclusivamente all'interno della procedura di negoziazione assistita, obbligatoria o volontaria - una «attività di istruzione stragiudiziale» del tutto anomala per l'ordinamento italiano. Un'attività che sembra essere ispirata in parte al meccanismo di *discovery* statunitense e in altra parte alle soluzioni accolte di recente nell'ordinamento francese (48). A prescindere da tali analogie, nell'articolato di riforma si prevede che in questo contesto gli avvocati delle parti possano - secondo le regole ivi pure previste - «acquisire dichiarazioni su fatti rilevanti in relazione all'oggetto della controversia, sentendo, nel contraddittorio con le altre parti, le persone ritenute a conoscenza dei fatti». Ulteriore estensione di questa attività di istruzione stragiudiziale è la possibilità di procedere ad *interrogatories* della controparte o alla richiesta di *discovery* documentale; prevedendosi, al contempo, che i risultati di tali attività possano essere utilizzate nel successivo eventuale giudizio o i relativi comportamenti non collaborativi valutati ai fini delle spese.

Non è certo questa la sede per esprimere valutazioni sulla prevedibile efficacia di tali disposizioni. Appare in ogni caso arduo comprendere le ragioni per le quali queste attività di istruzione stragiudiziale siano state confinate alle sole ipotesi di negoziazione assistita. Come unica annotazione "di merito" a questo proposito sembra inevitabile segnalare come l'analisi dell'evoluzione del *discovery* in ambito statunitense abbia evidenziato con estrema chiarezza che tale meccanismo sia destinato - in assenza di un incisivo potere di controllo e gestione di tali attività da parte di un *managerial judge* - a produrre la proliferazione di forme di *abuse of procedural rights*. Ossia di attività miranti esclusivamente all'allungamento dei tempi e dei costi della procedura, a discapito della parte economicamente più svantaggiata (49).

Detto che la tecnica legislativa utilizzata possa risultare in qualche misura foriera di futuri contrasti interpretativi, non resta che da rilevare come appaiano ampiamente prefigurabili giudizi non positivi della dottrina; e ciò specie sotto il profilo della contrazione dei diritti di difesa e di contraddittorio delle parti e della correlativa eccessiva estensione dei poteri discrezionali del giudice.

La panoramica delle recenti proposte di riforma della giustizia civile italiana rende anche possibile qualche ulteriore finale considerazione conclusiva. Si ritiene, in particolare, opportuno sottolineare come una incisiva riforma del processo civile non possa prescindere da una profonda ristrutturazione degli atti introduttivi. E ciò nel senso di una loro decisa circostanziazione fattuale. Ed in effetti, si dovrebbe ritenere che soltanto una conoscenza tendenzialmente completa, immediata e non modificabile dell'oggetto della controversia possa consentire al giudice di compiere le scelte necessarie per una efficiente gestione della stessa. Da tale considerazione discende anche che l'e-

ventuale articolazione di una fase di trattazione scritta dovrebbe tendenzialmente precedere lo svolgimento dell'udienza nel corso della quale assumere - possibilmente nel contesto di una seria collaborazione con le parti - le scelte sul successivo *iter* procedimentale. In mancanza di ciò, è da ritenersi quantomeno elevato il rischio che lo svolgimento dell'udienza sia privo di un'effettiva utilità (50).

Sembra, del resto, assumere un valore preponderante la predisposizione di un percorso procedimentale non rigido, ma modulabile in ragione delle caratteristiche della controversia. Il riferimento non è ad un rito *tout court* deformalizzato, la cui scansione debba essere di volta in volta individuata dal giudice. Bensì a un procedimento che preveda vari snodi lungo il suo percorso, ma le cui possibili articolazioni siano predeterminate in maniera sufficientemente analitica dal legislatore e, quindi, conosciute in anticipo dalle parti (51). La preventiva conoscenza dei vari percorsi processuali potenzialmente applicabili per la trattazione e istruzione della controversia, potrebbe verosimilmente assicurare le parti ed i loro difensori tecnici, incentivando l'utilizzazione di un simile modello processuale. Per altro verso, al fine di un corretto esercizio dei poteri giudiziali di quella che nella recente cultura del processo inglese si definirebbe *allocation* della controversia, appare davvero imprescindibile la previsione di strumenti in grado di consentire al giudice di valutarne appieno il livello di complessità. Il tutto se possibile attraverso una stretta collaborazione fra parti e giudice, già da realizzarsi in una fase preliminare a quella di trattazione (52).

Per converso, alla predisposizione di un unico rito - per quanto tendenzialmente deformalizzato e, quindi, sommario nell'accezione più propria del termine - sembra sotteso il rischio di una nuova sclerotizzazione del procedimento. E ciò in quanto appare agevole prevedere il proliferare di prassi non virtuose e sostanzialmente consistenti nella reintroduzione surrettizia di schemi procedimentali propri del rito ordinario, che si rischierebbe qui di utilizzare non per le parti ma al fine di una diluizione dei tempi procedimentali *ad usum* di una gestione meno pressante - ma anche meno efficiente - del carico del lavoro giudiziale. Sembra, infatti, di poter ritenere che nei casi in cui il procedimento sommario ha rappresentato la regola procedimentale di ordine generale, nella sua concreta applicazione si è registrato il progressivo recupero delle modalità proprie del rito ordinario.

Accanto alla predisposizione di un rito ordinario modulabile a opera del giudice, appare pertanto da preferirsi il permanere di forme sommarie di trattazione; forme, tuttavia, la cui utilizzazione sia non imposta ma rimessa alla scelta delle parti. Una scelta da compiersi sulla scorta di un bilanciamento fra i vantaggi derivanti dalla tendenziale maggiore celerità del rito sommario e, per contro, i rischi eventualmente connessi alla restrizione delle garanzie del procedimento a cognizione piena.

#### Note.

(1) Costituisce esempio ormai classico di una riforma della giustizia civile improntata al principio della diversificazione dei riti in ragione della complessità della controversia quella inglese realizzata con l'emanazione delle *CPR* del 1999. Più in generale, per una prima panoramica su tale vastissimo tema e nell'ambito di una bibliografia altrettanto vasta sia consentito il rinvio, anche per alcuni riferimenti di base, a Dondi-Ansanelli-P. Comoglio, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata* 2, Milano, 2018, *passim*. Sul tema nella nostra dottrina v., di recente, M.A. Lupoi, *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all'italiana?*, Bologna, 2018, spec. pp. 1 ss., 593 ss.

(2) Invero il riferimento all'attenzione della nostra cultura giuridica per la nozione di complessità è da segnalare come ben più risalente all'ultimo decennio, come - seppure isolato al momento della sua iniziale formulazione - risulta, oltre che in numerose altre opere di questo autore, nelle due iniziali monografie di Angelo Dondi. Cfr. segnatamente Dondi, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985; Id., *Introduzione della causa e strategie di difesa - I. Il modello statunitense*, Padova, 1991.

(3) Con riferimento alla complessità processuale v. Dondi (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano, 2011, *passim*. Per alcuni riferimenti all'applicazione del principio di proporzionalità nel nostro ordinamento v. Caponi, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 389; Ansanelli, *Flessibilità, proporzionalità ed efficienza - Il nuovo art. 183-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 339.

(4) Le espressioni *proliferazione dei riti e sommarizzazione della tutela* sono state utilizzate da Proto Pisani, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Foro it.*, 1973, V, c. 205; Id., *Verso la residualità del processo a cognizione piena?*, *ivi*, 2006, c. 53; Id., *Contro l'inutile sommarizzazione del processo civile*, *ivi*, 2007, c. 44; Id., *I processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2012*, *ivi*, 2012, c. 311; Id., *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 26.

(5) Come del resto ampiamente segnalato in Dondi-Ansanelli-P. Comoglio, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, cit., 2018, *passim*.

(6) Si veda a tale riguardo Tiscini, *L'accertamento del fatto nei procedimenti con struttura sommaria*, in *Il giusto processo civile*, 2010, III, p. 1185 ss.

(7) Sulle nuove modulazioni del processo a seguito della complicazione di un gran numero di controversie civili si rinvia nuovamente a Dondi, *op. loc. cit.* Già in precedenza Id., *Introduzione della causa e strategie di difesa. I. Il modello statunitense*, cit., *passim*. Sui recenti trend di riforma del processo civile v. Chase-Hershkoff (editor), *Civil Litigation in Comparative Context* 2, St. Paul, 2017, *passim*. Con riferimento all'area sudamericana v. Oteiza (coord.), *Sendas de la reforma de la justicia a principios del siglo XXI*, Madrid-Buenos Aires-São Paulo, 2018, *passim*. Riguardo alla cultura italiana della riforma del processo civile v., da ultimo Giussani, *Efficienza della giustizia e culture della riforma*, e-book 2018, *passim*. Con riferimento al fenomeno di diffusione di forme di tutela sommaria v. Carratta (editor), *La tutela sommaria in Europa*, Napoli, 2012, *passim*; Bove, *Tutela sommaria e tutela a cognizione piena: criteri discretivi*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 55; L.P. Comoglio, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1509 ss.; Balena, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 325 ss.; Id., *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, in *Il giusto processo civile*, 2009, p. 749 ss.; Graziosi, *La riforma del rito sommario di cognizione*, in *Le novità in materia di impugnazioni*, Bologna, 2014, p. 162 ss.; Id., *La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 137 ss.; Costantino, *La disciplina transitoria della l. n. 69/09 e la abolizione dei riti*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1241 ss.; e, di recente, Tiscini, *Il procedimento sommario di cognizione, fenomeno in via di gemmazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, I, p. 117 ss.

(8) Come è stato efficacemente rilevato, uno dei principali leitmotiv delle nostre riforme è il problema dei rapporti «fra l'aspirazione alla certezza, tendenzialmente conseguibile con la ponderazione e la meditazione della decisione, nello sforzo di evitare l'ingiustizia, e l'esigenza di rapidità nella conclusione del processo medesimo». Cfr. Carpi, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, 1979, p. 11.

(9) Cfr. Carpi, *Linee di tendenza delle recenti riforme processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 849; nello stesso senso v., fra i moltissimi possibili riferimenti e senza alcuna pretesa di completezza, Id., *Le riforme della giustizia civile in Italia verso il XXI secolo*, *ivi*, 2000, p. 115; Sassani, *Il codice di procedura civile e il mito della riforma perenne*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1429.; Balena, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, p. 20 ss.; Capponi, *Il diritto processuale civile «non sostenibile»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 861.

(10) Sui progetti di riforma del processo civile imprescindibili per

quanto risalenti i riferimenti a Tarzia-Cavallone (a cura di), *I progetti di riforma del processo civile (1866 - 1935)*, Milano, 1989, *passim*; Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi*, Bologna, 1980, p. 151 ss.; Cipriani, *Storie di processualisti e di oligarchi*, Bari, 1991, *passim*. Da ultimo e con specifico riferimento alle riforme della fase di trattazione sia consentito il riferimento a Ansanelli, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile italiano. 1815-1942*, Torino 2017, *passim*.

(11) Non può che condividersi l'opinione di Taruffo, *Le riforme della giustizia civile*, Bologna, 2010, p. III, il quale rileva che «il legislatore processuale di questi tempi si muove a tentoni, in modo casuale e mostrando di non avere un'idea chiara degli scopi da perseguire, né degli strumenti per realizzarli». Sostanzialmente sulla stessa linea anche Dondi-Ansanelli, *Giustizia civile e problemi del giusto processo*, in *Pol. dir.* 2007, p. 111 ss.; Idd., *Diritto delle prove e discrasie nella recente riforma italiana del processo civile*, in questa rivista, 2007; p. 621 ss.; Idd., *Qualche ulteriore rilievo su cultura del processo, comparazione e riforme*, *ivi*, 2010, p. 1437 ss.

(12) Cfr. Dondi-Ansanelli-P. Comoglio, *Processi civili in evoluzione*, cit., p. 3 ss.; Carratta, *L'evoluzione dei processi civili di cognizione nella prospettiva comparata*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 1226.

(13) Sul punto si veda Judicial Conferences of United States, *The Civil Justice Reform Act of 1990: Final Report Alternatives Proposals For reduction of Costs and Delay, Assessment of Principles, Guidelines and Techniques*, Washington, 1997, p. 38; Kakalik-Hensler-MecCaffrey-Oshiro-Pace-Vaiata, *Discovery Management: Further Analysis of the Civil Justice Reform Act Evaluation Data*, Washington 1998, p. 21 ss.; Robel, *Grass Roots Procedure: Local Advisory Groups and the Civil Justice Reform Act of 1990*, in *Brook. L. Rev.*, 1993, p. 87 ss.; Kakalik (editor), *An Evaluation of Judicial Case Management Under The Civil Justice Reform Act*, Washington 1996, p. 5 ss.; Kakalik, *Just, Speedy and Inexpensive? An Evaluation of Judicial Case Management Under the Civil Justice Reform Act*, Washington, 1996, p. 18 ss.; Willging (editor), *An Empirical Study of Discovery and Disclosure Practice Under the 1993 Federal Rules Amendments*, in *39 Boston Col. L. Rev.* 1998, p. 524 ss.

(14) Nell'ambito di una letteratura estremamente vasta, per alcuni riferimenti imprescindibili v. Marcus, *Discovery Containment Redux*, in *39 Bost. Coll. L. Rev.*, 1998, p. 563; Dessem, *Pretrial Litigation - Law, Policy and Practice*, St. Paul, 1996, *passim*; nella dottrina italiana v. Dondi, *Questioni di efficienza della fase preparatoria (e prospettive italiane di riforma)*, cit., 2003, p. 161 ss.; Graziosi, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003, *passim*; Ficcarelli, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011, *passim*; Id., *Esibizione di documenti e discovery*, Torino, 2004, *passim*.

(15) L'espressione in corsivo nel testo è di v. Andrews, *English Civil Procedure - Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford, 2003, *passim*; nella letteratura italiana v. Passanante, *Modelli di tutela dei diritti - L'esperienza inglese e italiana*, Padova, 2007, *passim*; Id., voce *Processo civile inglese*, in *Enc. Dir., Annali*, Milano, 2010, p. 960. Da ultimo, sulla riforma delle CPR del 2014 v. P. Comoglio, *Giustizia (non) a tutti i costi. Significativo update delle Civil Procedure Rules inglesi e suggestioni sistematiche per la riforma del processo civile*, in questa rivista, 2014, p. 145 ss.

(16) Si vedano Dondi-Gutiérrez, voce *Processo civile spagnolo*, in *Enc. Dir., Annali*, 2009, p. 65 ss.; De la Oliva Santos, *Il nuovo codice di procedura civile spagnolo (Ley 1/2000) a dieci anni dalla sua approvazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2011, p. 437 ss.

(17) Si vedano Perrot, *Il nuovo e futuro codice di procedura civile francese* in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 228 ss.; Bolze, *Codification et procedure civile*, in Foyer, Puigelier, a cura di, *Le Nouveau Code de Procedure Civile (1975-2005)*, Paris 2006, p. 99 ss.

(18) Cfr. Dondi, *Impostazione ideologica e funzionalità nella riforma italiana recente del processo civile*, in *Pol. dir.*, 2004, p. 251 ss.; Id., *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 161 ss.; L.P. Comoglio, *Ideologie consolidate e riforme contingenti del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 521 ss.

(19) Sia consentito il riferimento ad Ansanelli, *Contributo allo studio della trattazione*, cit., p. 37.

(20) L'espressione «elasticità del procedimento» è utilizzata da Carnelutti, *Lineamenti della riforma del processo civile*, Padova, 1940, p. 3 ss.; quella di «adattabilità del procedimento alle esigenze della causa» da Grandi nella *Relazione* che accompagna il c.p.c. del 1940 (Ministero di Grazia e Giustizia, *Codice di procedura civile*, Roma, 1940, p. 13).

(21) Per alcune recenti considerazioni sulle performance della giustizia civile italiana v. Caponi, *The Performance of the Italian Civil Justice System: An Empirical Assessment*, in *The Italian L. J.*, 2016, p. 15; Costantino, *Riflessioni sulla giustizia (in)civile (1995-2010)*, Torino, 2011, *passim*; Id., *Governance e giustizia. Le regole del processo civile italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 51 ss.; Id., *Le riforme della giustizia civile tra immagine ed efficienza. Rassegna della legislazione*, in *Secondo rapporto sulla giustizia civile in Italia*, a cura di Unione Nazionale Camere Civili, Parma, 2013, *passim*.

(22) Le espressioni sono tratte dalla *Introduzione* di Dondi-Ansanelli-P. Comoglio, *Processi civili in evoluzione*, p. 1.

(23) Per alcuni riferimenti a tale riguardo si rinvia nuovamente ad Dondi-Ansanelli-P. Comoglio, *Processi civili in evoluzione*, cit., *passim*. Sulla riforma del processo francese v. Agostini-Molfessis, *Ministère de la Justice, Chantiers de la Justice - Amélioration et simplification de la procédure civile*, Paris, 2018, *passim*. Per quanto concerne, invece, la riforma della LEC spagnola (*Leyes 3 y 5 de 2018, de 11 de junio*) v. Montero Aroca-Calderón Cuadrado, *Ley de Enjuiciamiento civil*<sup>32</sup>, Valencia, 2018, *passim*. Sulle riforme del processo civile in Europa v. Trocker-Varano (editors), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Torino, 2005, *passim*.

(24) Doveroso per quanto ormai risalente il riferimento agli scritti contenuti in Zuckerman (editor), *Civil Justice in Crisis - Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford, 1999, *passim*.

(25) Tale espressione ridonda quella utilizzata da Michele Taruffo, in varie occasioni. A questo proposito. V., ad esempio, Taruffo, *La trattazione della causa*, in *Le riforme della giustizia civile*<sup>2</sup>, a cura di Taruffo, Bologna, 2000, p. 271.

(26) Cfr. Dondi-Ansanelli-P. Comoglio, *Processi civili in evoluzione*, cit., pp. 145-210; De Cristofaro, *Case management e riforma del processo civile*, cit., p. 282. Sulla nozione di complessità processuale e di post-modernità si rinvia nuovamente a Dondi, (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, cit., *passim*.

(27) Taruffo, *Postfazione*, in Dondi (a cura di), *Elementi*, cit., p. 182. Questo genere di problemi e segnatamente questo passaggio storico-culturale costituisce anche il nucleo di Dondi, *Complessità processuale e conoscenze esperte. Implicazioni etico professionali* (in corso di stampa).

(28) Si veda Taruffo, *La trattazione della causa*, cit., p. 271.

(29) Trocker, *La concezione del processo civile di Franz Klein e l'attuale evoluzione del diritto processuale civile europeo*, cit., p. 33 ss.

(30) Cfr. Taruffo, *La trattazione della causa*, cit., p. 271.

(31) Si veda Caponi, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, cit., p. 389.

(32) Per un commento di tale amendment v. Grimm, *Are We Insane: The Quest for Proportionality in the Discovery Rules of the Federal Rules of Civil Procedure*, in 36 *Rev. Litig.*, 2017, p. 117; Linn, *The Evolution of American Discovery in Light of Constitutional Challenges: The Role of the 2015 Rules Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure*, in 44 *Hast. Const. L. Q.* 2017, p. 225 ss. Nella letteratura italiana, in sostanziale assonanza v., di recente, Dalla Bontà, *L'introduzione della causa tra sostanziazione e individuazione. Premesse teorico ricostruttive*, Napoli 2018, *passim*.

(33) V. di recente Pfautz, *Why Would a Reasonable Jury Do? Jury Verdicts Following Summary Judgment Reversal*, in 115 *Colum. L. Rev.*, 2015, p. 1254.

(34) Cfr. *Advisory Committee on Rules of Civil Procedure for the District Courts of the United States with Notes*, Chicago, 1938, p. 122 (si tratta, in particolare, del commento alla Rule 56 FRCP).

(35) Dondi, *Case law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, in

*Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 529; da ultimo, Dalla Bontà, *L'introduzione della causa tra sostanziazione e individuazione*, Napoli, 2018, *passim*.

(36) Questa sua evoluzione e progressiva autonomizzazione si è realizzata mantenendo inalterata la configurazione tecnica della quale si è detto. Di qui la complessiva sommarietà di questo procedimento, conservata anche nelle fasi di impugnazione. In effetti, l'*ordonnance de référé* è una *décision provisoire* su istanza di parte implicante un «*débat contradictoire*» e resa «*immédiatement*» da un giudice «*qui n'est pas saisi du principal*». Ciò implica che la relativa decisione non pervenga mai a configurarsi come una sentenza in senso proprio, ma costituisca un esempio tipico di provvedimento (*mesure*) che assume la forma di una *ordonnance*. Il carattere più propriamente tipico di questo procedimento è dato dal suo parallelismo rispetto al procedimento *principal*, non essendo previste interrelazioni o interscambi fra i due percorsi processuali. È tuttavia anche chiara la ragione della diffusione del *référé* nella giustizia civile francese. Ciò essenzialmente in ragione della rapidità della decisione e della sua immediata esecutività anche attraverso l'utilizzazione in questa sede di uno strumento tipico di coercizione all'adempimento, quale le *astreintes*; circostanza che consente di prospettare una sostanziale ordinarizzazione del *référé*. Per alcuni riferimenti v. X. Vuitton-J. Vuitton, *Les référés*<sup>3</sup>, Paris 2012, *passim*; Héron-Le Bars, *Droit judiciaire privé*<sup>4</sup>, Paris, 2010, p. 320 ss., Jommi, *Il référé provision. Ordinamento francese ed evoluzione della tutela sommaria anticipatoria in Italia*, Torino, 2005, *passim*.

(37) Marinoni, *Il diritto di azione come diritto fondamentale*, Torino, 2016, *passim*; Id., *Tutela de Urgência e Tutela da Evidência*, São Paulo, 2017, *passim*; Mitidiero, *Anticipazione della tutela - Dalla tutela cautelare alla tecnica anticipatoria*, Torino, 2016, *passim*. Più in generale, sulla tutela anticipatoria in Europa, Carratta, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino 1997, *passim*.

(38) Si vedano i riferimenti di cui alla nota precedente.

(39) Si veda Proto Pisani, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 1 ss. Sul progetto Proto Pisani v. Carpi, *La semplificazione dei modelli di cognizione ordinaria e l'oralità per un processo civile efficiente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 1297.

(40) I corsivi nel testo sono tratti ancora da Proto Pisani, *Per un nuovo codice di procedura civile*, cit., c. 3.

(41) Il progetto Proto Pisani disciplina in primo luogo, l'ipotesi in cui agli esiti della prima udienza di trattazione i fatti controversi risultino tutti documentalmente provati (art. 2.21). In questo caso il giudice dovrebbe «*decidere immediatamente la controversia*», ovvero riservarsi di deciderla «*fuori udienza nel termine di trenta giorni*». E ciò a meno che le parti non richiedano un termine - comunque non superiore a trenta giorni - per la redazione di comparse conclusionali. Gli altri due percorsi sono riservati rispettivamente alla trattazione delle controversie «*semplici*» ovvero «*complesse*»; ove il parametro differenziato è rappresentato dalla «*entità e qualità dei fatti controversi, o comunque da provare, e alle esigenze di trattazione*» (art. 2.22). Per le controversie semplici (art. 2.23) il giudice invita le parti a indicare nella stessa udienza e a pena di decadenza i mezzi di prova e i documenti offerti in comunicazione, fissando (salva la facoltà per le parti di richiedere un unico termine, non superiore a dieci giorni, per la sola indicazione della prova contraria) una nuova udienza per l'assunzione delle prove ritenute ammissibili e rilevanti. Conclusasi l'udienza istruttoria si procede senza soluzione di continuità alla discussione finale, con lettura del dispositivo in udienza. Il tutto salvo che una delle parti non richieda la fissazione di un termine (non superiore a trenta giorni) per la redazione di comparse; in tale caso la discussione finale si realizzerebbe nell'udienza immediatamente successiva allo scadere di tale termine, e la sentenza verrebbe emessa nelle medesime forme. Per le controversie complesse (art. 2.24 e 2.25) il procedimento si articola mediante una rigida scansione di termini e di udienze, alquanto concentrata nelle tempistiche di svolgimento. Si prevede in particolare una duplice fase di trattazione scritta: la prima riguardante per così dire la trattazione in senso proprio, con scambio di repliche e controrepliche a precedere la celebrazione di una seconda udienza. In que-

sta udienza, il giudice indica alle parti i fatti effettivamente controversi, assegnando termini per il deposito di due memorie istruttorie. A seguire, si prevede la realizzazione di una terza udienza, destinata all'assunzione dei mezzi di prova ammissibili e rilevanti.

(42) Per alcune considerazioni sui lavori della citata commissione ministeriale v. Gamba, *Le ipotesi di riforma contenute nella Relazione Vaccarella in tema di contumacia e non contestazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 831; Passanante, *Brevi note critiche*, *ivi* 2014, p. 847 ss.;

(43) Cfr. Canella, *Nuove proposte per la fase introduttiva del giudizio di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 850; Ansanelli, *Flessibilità, proporzionalità ed efficienza. Il nuovo art. 183-bis c.p.c.*, cit., p. 339 ss.

(44) Secondo il progetto elaborato dalla commissione Vaccarella l'articolo 167 c.p.c. (rubricato *Comparsa di risposta del convenuto e di replica dell'attore*) avrebbe dovuto essere modificato tramite l'inserimento di due nuovi commi (il 4° e il 5°). Con gli innesti prospettati si sarebbe offerta all'attore la possibilità - mediante una memoria da depositare dieci giorni prima dell'udienza - di proporre a pena di decadenza le domande e le eccezioni che fossero conseguenza della domanda riconvenzionale e delle eccezioni proposte dal convenuto, potendo altresì chiedere di essere autorizzato a chiamare terzi in giudizio qualora tale esigenza fosse sorta dall'attività difensiva del convenuto. Sul punto v. Canella, *Nuove proposte per la fase introduttiva del giudizio di cognizione*, cit.

(45) Nel progetto Vaccarella questi tre percorsi di trattazione deriverebbero in sostanza dalla modificazione dei commi 3°, 4°, 5° e 6° dell'art. 183 del codice di rito. In particolare il primo di tali percorsi, del tutto peculiare ed essenzialmente fondato sull'estensione del principio di non contestazione anche alla parte contumace, risulterebbe applicabile alle ipotesi di contumacia del convenuto. Il secondo modello, qualificabile come semplificato, prevederebbe l'eventuale indicazione di prove ulteriori (dirette e contrarie) nella medesima udienza, con l'altrettanto eventuale fissazione di una nuova udienza al fine di avviare la fase propriamente istruttoria. Esaurita l'attività di assunzione dei mezzi di prova al giudice spetterebbe di procedere all'emissione della sentenza, secondo il modello disciplinato dagli articoli 281-*quinquies* c.p.c. (trattazione mista) o 281-*sexies* c.p.c. (trattazione orale). Nell'ultimo dei modelli prefigurati, destinato ad applicarsi alle cause di maggiore complessità, al giudice spetta di indicare le questioni «delle quali ritiene opportuna la trattazione» e fissare a questo scopo un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di un'apposita memoria (e, se del caso, anche un ulteriore termine di venti giorni per il deposito di repliche). A questa appendice di trattazione scritta dovrebbe fare seguito un'ulteriore udienza, nel corso della quale all'assunzione dei mezzi di prova ritenuti ammissibili e rilevanti, ovvero alla precisazione delle conclusioni.

sibili e rilevanti, ovvero alla precisazione delle conclusioni.

(46) Per alcune considerazioni su questo progetto di riforma v. Consolo, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della «degiurisdizionalizzazione»*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1173; Briguglio, *Nuovi ritocchi in vista per il processo civile: mini-riforma ad iniziativa governativa, con promessa di fare (si confida su altri e più utili versanti) sul serio*, in *www.giustiziavivile.com*, p. 1.

(47) Per alcune considerazioni sul d.d.l. 2284 v. De Stefani-Gasparre, *La riforma del processo civile. Una prima lettura del disegno di legge delega*, Padova, 2016, p. 15 ss.

(48) Sul tema del *discovery* nella dottrina italiana doverosi, per quanto risalenti, i riferimenti a Taruffo, *Il processo civile adversary nell'esperienza americana*, Padova, 1979, *passim*; Dondi, *Effettività dei provvedimenti istruttori*, cit., *passim*; Id., *Introduzione della causa e strategie di difesa*, cit., *passim*; più di recente Graziosi, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003; Ficarelli, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, cit., *passim*; Id., *Esibizione di documenti e discovery*, cit., *passim*.

(49) Risulta ormai storicizzato, anche nella nostra cultura giuridica, il dibattito intorno all'abuso del processo civile, alla cui origine è possibile collocare alcuni dei più noti contributi sul tema: Dondi, *Effettività dei provvedimenti istruttori*, cit., *passim*; Id., *Introduzione della causa e strategie di difesa*, cit., *passim*; Id., *Abuso del processo civile*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali III*, 2010, p. 1 ss.; Id., *Spunti di raffronto comparatistico in tema di abuso del processo - A margine della legge 24 marzo 2001 n. 89*, in *N.G.C.C.*, 2003, p. 62 ss.; Id., *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 787 ss.; De Cristofaro, *Doveri di buona fede ed abuso degli strumenti processuali*, in *Il giusto processo civile*, 2009, IV, p. 993 ss.; Ansanelli, voce *Abuso del processo*, in *Digesto, Aggiornamento*, Torino, 2007, p. 1 ss.; per un raffronto comparatistico su tali problemi si vedano gli scritti raccolti in Taruffo (a cura di), *Abuse of procedural rights. Comparative Standards of Procedural Fairness*, The Hague, 1999, *passim*.

(50) Cfr. Dondi, *Riforma degli atti introduttivi. Il processo statunitense e il processo italiano*, in *Riv. dir. proc.* 2014, p. 434 ss.; Id., *Case Law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, cit., p. 529 ss.; Id., *Introduzione della causa e strategie di difesa. I. Il modello statunitense*, cit., p. 65 ss.

(51) A tale riguardo appare evidente come lo *specimen* più contiguo a questa impostazione sia rappresentato dal progetto Proto Pisani.

(52) Per alcuni riferimenti alle soluzioni adottate a questo riguardo nell'ordinamento inglese e in quello francese v. Dondi-Ansanelli-P. Comoglio, *Processi civili in evoluzione*, cit., p. 171 ss.

## Sugli animali nel Condominio

Antonio Fontana

**Sommario:** 1. Piano della ricerca. - 2. La giurisprudenza di merito anteriore alla riforma. - 3. Gli interventi della Cassazione. - 4. L'atteggiamento conservatore della dottrina - 5. Le posizioni più recenti della giurisprudenza: verso un nuovo diritto della personalità? - 6. Un difficile bilanciamento d'interessi.

### 1. Piano della ricerca.

Sono trascorsi ormai quasi sei anni da quel faticoso 18 giugno 2013 in cui è entrata in vigore la legge 11 dicembre 2012 n. 220, comunemente nota come riforma del condominio. (1) Eppure non è stato ancora raggiunto l'accordo sulla portata da attribuire alla disposizione da essa introdotta, come un quinto comma, aggiunto ai quattro originari dell'art. 1138, in cui è stabilito un.....divieto di vietare la presenza di "animali domestici" tanto nelle singole unità immobiliari in proprietà esclusiva quanto nelle parti comuni dell'edificio. C'è da augurarsi che questo divario di opinioni venga superato al più presto. Ma una ricerca che aspiri ad essere completa si deve far carico anche di un altro compito: quello di fornire, in sintesi, un quadro dei risultati conseguiti prima dell'intervento riformatore. Solo allora, infatti, potremo disporre di un termine di paragone alla stregua del quale stabilire che cosa, e fino a che punto, sia stato innovato. A molti la questione potrà sembrare di scarso rilievo, o addirittura frivola. Pure, dalle statistiche risulta che interessa una famiglia su quattro (2); credo pertanto che valga la pena di affrontarla.

### 2. La giurisprudenza di merito anteriore alla riforma.

Le prese di posizione più ostili alla presenza di animali nel caseggiato risalgono ai tempi meno recenti. Basti dire che durante una controversia iniziata nel 1967 l'attore sostenne addirittura la tesi secondo cui per impedire ad un condomino di tenere un cane nel suo appartamento sarebbe stata sufficiente una delibera approvata dall'assemblea con la maggioranza di cui al combinato disposto degli artt. 1138, terzo comma, e 1136, secondo comma (La metà più uno degli intervenuti, che rappresenti almeno la metà del valore dell'edificio, ossia cinquecento millesimi). Ma la relativa sentenza (3) provvide a mitigare tanto rigore, affermando che all'uopo era necessaria, invece, un'apposita clausola inserita in un regolamento approvato all'unanimità, e trascritta nei registri immobiliari, qualora la si fosse voluta rendere opponibile ai terzi. (4)

### 3. Gli interventi della Cassazione.

Il primo intervento della Suprema Corte (5) in materia si è avuto, a quanto consta, con la sentenza 4 dicembre 1993 n. 12028. Da un lato essa ha ripreso e sviluppato quanto già asserito dal Tribunale di Parma, in termini che ritengo opportuno riferire testualmente, per la loro chiarezza. "...a mente dell'art. 1138, quarto comma, gli ordinari regolamenti condominiali, e cioè i regolamenti che.... risultano approvati dall'assemblea dei condomini con il voto, non della totalità ma solo della maggioranza ....non possono contenere clausole importanti menomazioni delle facoltà comprese nel diritto di proprietà dei condomini sulle porzioni del fabbricato...ad essi individualmente appartenenti in esclusiva e fra le clausole in questione devono ritenersi

incluse quelle recanti divieto di tenere negli appartamenti i comuni animali domestici, posto che tali clausole, nella realtà, incidono, limitandolo, sulla facoltà di godimento degli appartamenti compresa nel contenuto del diritto di proprietà". (6) D'altro lato, però, quando non sia possibile ricorrere ai rimedi predisposti dall'autonomia privata, ha ritenuto applicabile l'art. 844 c.c., che, sia pure con formula un po' contorta, appresta una tutela legale contro le immissioni non gradite da parte dei vicini, allorché queste eccedano la "normale tollerabilità" (nella specie, si trattava, ancora una volta, di un cane, che dispensava generosamente le sue docce calde al condomino del piano inferiore). Quasi vent'anni dopo questo orientamento veniva ribadito da una seconda decisione, la n. 3705 del 15 febbraio 2011, che sembra costituire il punto d'arrivo dell'elaborazione compiuta sul testo originario del Codice (7). Da allora, infatti, Il Supremo Collegio, a quanto consta, non ha più avuto occasione di intervenire.

### 4. L'atteggiamento conservatore della dottrina.

Il giudizio espresso, ancorché con qualche sfumatura, dalla critica, togata o no, sulla riforma del condominio nel suo insieme, è troppo noto, perché io debba ripeterlo qui. A me basta osservare che anche il breve enunciato di cui mi occupo in questa sede presenta luci ed ombre. I compilatori della legge n. 220 del 2012 hanno fatto benissimo a dichiarare, *apertis verbis*, che "le norme del regolamento non possono vietare di possedere o detenere animali domestici". Ma, per dare il giusto risalto all'innovazione che queste parole apportavano, avrebbero dovuto elevarle a contenuto di un articolo a sé stante, ben distinto dagli altri. Introducendole, quasi di soppiatto e all'ultimo momento (8), nella forma dimessa di un semplice comma aggiunto in coda all'art. 1138, sono incorsi, se così mi posso esprimere, in un errore di prospettiva. Collocate in quel contesto, esse potevano venir facilmente intese - ed infatti sono state intese - come una semplice norma "di chiusura" avente il solo scopo di meglio delimitare, in negativo, il contenuto della figura tratteggiata, in positivo, dal medesimo art. 1138, al primo comma, ossia quel tipo di regolamento che la Cassazione stessa aveva definito "ordinario", in quanto approvato dalla maggioranza, e non già quello voluto da tutti i condomini, al quale, nell'art. 1138, non è fatto il benché minimo cenno. Da ciò, argomentando *a contrario*, diventava altrettanto facile dedurre che il divieto *de quo*, se non poteva essere imposto dal primo, ben lo poteva essere, invece, dal secondo: il regolamento "contrattuale", noto da tempo sia alla dottrina, sia alla giurisprudenza, grazie all'assiduo lavoro cui tanto l'una quanto l'altra lo hanno sottoposto (9). Si giungeva così, *de plano*, alla conclusione che il riformatore....aveva riformato ben poco, in quanto si era limitato a recepire un principio già acquisito, almeno da vent'anni (10), grazie ad una solida consuetudine interpretativa. Non c'è quindi da stupirsi se gli studiosi (11), con una sola eccezione, a quanto sappia, sono tuttora arroccati su posizioni conservatrici. Schematizzando, al centro della loro attenzione pongono ancora l'appartamento, oggetto del diritto di proprietà, che spetta al condomino. Tenervi un animale, così come un televisore od un frigorifero, sarebbe soltanto una delle tante facoltà che concorrono a formarne il contenuto: facoltà della quale il proprietario, d'accordo con gli altri condomini, ben potrebbe disporre, con un atto di autonomia negoziale. (12)

### 5. La posizione più recente della giurisprudenza: verso un nuovo diritto della personalità?

Alquanto diverso è l'atteggiamento della giurisprudenza più recente, tanto da far pensare ad una vera e propria inversione di tendenza. A suo avviso, l'aggiunta apportatavi dalla riforma avrebbe conferito, all'art. 1138, una "valenza costituzionale" che ha come effetto "non solo la sua immediata applicazione anche ai regolamenti condominiali vigenti...ma anche, e soprattutto, il riconoscimento espresso di un 'diritto all'animale domestico' inderogabile anche dai regolamenti contrattuali approvati all'unanimità" (13). S'intende che, alla base di questa argomentazione sta l'art. 2 della nostra Carta, che è infatti ripetutamente citato (14), ove si parla di diritti "inviolabili", e quindi, per definizione, pure indisponibili. Non si tratta, come sostiene il Nucera, di "considerazioni...così vaghe e fumose da sembrare di portata più filosofica che giuridica". Sorvolando sul fatto che è stato proprio un filosofo, e non un giurista, a proclamare l'importanza di avere idee chiare e distinte pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences, qui basta ricordare che l'art. 2 Cost. afferma bensì l'esistenza di diritti inviolabili che lo Stato non crea, ma soltanto "riconosce" (come l'art. 29, primo comma, riconosce quelli della famiglia: un pizzico di giusnaturalismo non fa mai male), tuttavia si guarda bene dal fornirne un elenco, sicché essi costituiscono un numero "aperto", che può aumentare - ed infatti aumenta - via via che la società affina quell'ethos senza del quale non può sussistere neppure un ordinamento giuridico. Così ai diritti inviolabili classici si sono aggiunti, in epoca più recente, quelli alla riservatezza, (15) allo studio, alla casa e via dicendo; perché dunque non potrebbe esistere anche il diritto alla compagnia di un animale domestico, affiancato alla *pet therapy* e ad altre posizioni soggettive che confluiscono nella bioetica, per la gioia della nostra Luisella Battaglia? Muovendo da tali premesse, ed avvalendosi altresì degli spunti che le provengono dal diritto comunitario ed internazionale, (16) questa giurisprudenza va costruendo un nuovo rapporto, non già fra persona e *res*, come si ha nell'ambito dei diritti denominati, appunto, reali, ma fra "creature viventi". Non vorrei esagerare, ma ho l'impressione che così si stia compiendo una vera e propria rivoluzione copernicana: non è più l'animale che accresce le possibilità di godere del diritto di proprietà sull'appartamento; se mai, è l'appartamento che accresce le possibilità di godersi...la compagnia dell'animale. E siccome le rivoluzioni, anche quando sembrano scoppiare *ex abrupto*, hanno sempre alle loro spalle un periodo più o meno lungo di incubazione, credo di poter aggiungere una postilla. Il Codice del 1942 è ancora, nel suo complesso, un codice della borghesia, che pone al centro della sua attenzione l'avere, e non l'essere: prova ne sia che chi vi ha cercato un diritto "terribile" (17), lo ha trovato, ancora una volta, nella proprietà. Tuttavia, qualche elemento di novità, rispetto ai suoi ascendenti (18) in esso si può cogliere: si tratta di quelle (poche) norme che aprono qualche spiraglio su aspetti più intimi della vita. Possiamo ricordare, ad es., l'art. 143, ove, già nel testo originario, si faceva riferimento alla fedeltà fra coniugi, l'art. 587, secondo comma, che consente di inserire nel testamento pure disposizioni non patrimoniali, l'art. 2059, che degli stessi termini si avvale per ampliare, in determinati casi, l'ambito dei danni risarcibili, e ha dato l'avvio ad un movimento di pensiero fra i più imponenti di questi ultimi decenni o, ancora, l'art. 2087, che obbliga l'imprenditore a

tutelare non solo l'integrità fisica, ma altresì la personalità morale dei suoi dipendenti. Fra queste disposizioni la più significativa, ai fini della presente ricerca, è quella contenuta nell'art. 1174, in cui si legge: "La prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica, e deve corrispondere ad un interesse anche non patrimoniale del creditore" (19). Il pensiero corre subito alla *locatio operis* stipulata col veterinario: la sua prestazione professionale è senza dubbio valutabile in denaro (e chi ha pratica di questi rapporti sa bene che le relative parcelle sono spesso alquanto salate), ma l'interesse che mira a soddisfare attiene al vincolo intercorrente fra il "creditore" ed il suo amico a quattro zampe: vincolo affettivo, che l'ordinamento giuridico ritiene meritevole di tutela, pur se trascende ogni fine di lucro. Il che dimostra come l'odierno orientamento della giurisprudenza, se pur si giova di quanto dispone l'art. 2 Cost., affonda le sue radici in una *Stimmung* (non saprei dirlo in altra lingua) di cui si possono cogliere esempi in ogni tempo e paese, risalendo fino a quello di Ulisse che piange (di nascosto!) su Argo morente (20).

### 6. Un difficile bilanciamento d'interessi.

Ciò non significa, com'è ovvio, che l'animale, una volta insediato nel condominio, possa essere lasciato libero di fare il comodo suo. Già abbiamo visto come le sentenze meno recenti prospettassero, all'occorrenza, l'applicabilità dell'art. 844; ad esso, quelle successive hanno aggiunto l'art. 2052, per mantenere sveglio il senso di responsabilità del "custode", sia esso proprietario o no (il che conferisce un senso non solo al "possessione", ma anche alla "detenzione" di cui fa parola l'ultimo comma dell'art. 1138, come nel caso di un amico che, dovendo mettersi in viaggio, mi abbia temporaneamente affidato il suo animale), e l'art. 700 cod. proc. civ., per i casi che richiedano un intervento urgente. E non è escluso che l'interesse ad intrattenere un legame affettivo col proprio animale possa e debba essere sacrificato ad altro, meritevole di maggior tutela. Davvero significativo, in proposito, l'esempio, che pure è stato fatto, della presenza, nel condominio, di persona affetta da una grave forma di allergia o d'asma, che non possa sopportare la vicinanza del pelo di un cane o di un gatto.

#### Note.

- (1) Tralascio il DL 23 dicembre 2013 n. 145, convertito, con modificazioni, in legge 24 febbraio 2014 n.9, che pure è stato presentato come un ritocco alla normativa precedente, perché non si è occupato dell'argomento specifico oggetto di questo studio.
- (2) Cfr. Celeste, in Celeste e Scarpa, *Il condominio negli edifici*, Milano, 2017, p. 766.
- (3) Trib. Parma 11 novembre 1968 in *Riv. giur. edil.*, 1971, I, p. 446, con Nota di Salis, *I cani e il ...condominio*, ove riferimenti.
- (4) Seguirono, nello stesso senso, Pret. Torino 7 novembre 1989 in *Arch. loc. cond.*, 1990, p.289, con Nota di Maglio, *Sulla detenzione di animali in condominio*, e Trib. Piacenza, 10 aprile 1990, *ibidem*, p.287
- (5) In *Arch.loc. cond.*, 1994,p. 788.
- (6) *Loc. cit.*
- (7) In *Riv. giur. edil.*, 2011,p. 876 con Nota adesiva di De Tilla. Cfr. anche Terzaggo, *Il condominio. Trattato teorico-pratico*, Milano, 2015, p. 282; G.E. Napoli, *Il regolamento di condominio e il rinvio alle norme sulla comunione*, nel *Commentario al cod. civ.* a cura di Schlesinger, continuato da Busnelli, Milano, 2016, *passim*.
- (8) Si noti che esse non comparivano nel testo licenziato dal Senato il 26 gennaio 2011; sono state aggiunte dalla Camera dei Deputati solo nella seduta del 27 settembre 2012. Sul punto cfr. ancora Celeste, *op. cit.*, p. 765.
- (9) Cfr. ancora G.E. Napoli, *Il regolamento di condominio, cit.*, p. 94, ove

riferimenti. Per una più ampia panoramica sulla dottrina civilistica è ancora utile la consultazione del libro, per quanto non più recente, di Del Prato, *I regolamenti privati*, Milano, 1988 (specialmente il cap. II, pp. 1-53, dedicato ai “regolamenti nella comproprietà”).

(10) Così specialmente Nucera, *Divieto di possedere o detenere animali domestici: dal Tribunale di Piacenza una pronuncia non condivisibile*, in *Arch. loc. cond.*, 2018, p. 413.

(11) Cfr., in particolare, Cuffaro, *Riforma del condominio e animali domestici*, in *Arch. loc. cond.*, 2013, p. 279, pubblicato, con qualche ritocco ed un ricco apparato bibliografico, anche in *Giur. it.*, 2013, I, col. 1966 col titolo: *L'eccezione e la regola: il comma 5 dell'art. 1138 cod. civ.*; Tomasini, *Animali in condominio*, in *Arch. loc. cond.*, 2017, p. 69

(12) Sulle facoltà che costituiscono il contenuto del diritto di proprietà cfr., per tutti, Salvi, *Il contenuto del diritto di proprietà*, nel *Commentario*, cit., a cura di Schlesinger, continuato da Busnelli, Milano, 1994, pp. 113 ss., con un'impostazione in cui sembra di cogliere l'eco di quanto scriveva il Messina all'inizio del secolo scorso (*Diritti facoltativi*, ripubblicato negli *Scritti giuridici*, Milano, 1948, vol. V, pp. 61 ss.)

(13) Trib. Piacenza, cit., p. 412.

(14) In dottrina cfr. Celeste, in Celeste e Scarpa, *Il condominio negli edifici*, cit., p. 766: è questa l'eccezione cui alludevo poc'anzi, nel testo.

(15) Che è tuttora in fase di sviluppo. Si veda, proprio in materia di condominio, il recente, pregevole saggio di Gambini, *Videosorveglianza su parti comuni e regolamento europeo sulla privacy*, in *Arch. loc. cond.*, 2019, p. 22. Pochi anni prima il tema era già stato affrontato da Villani, *La disciplina relativa agli impianti di videosorveglianza condominiale alla luce della riforma del condominio ovvero il nuovo art. 1122 ter C. C. in Studium iuris*, 2013, II, p. 1210.

(16) Così la *Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia* firmata a Strasburgo il 13 novembre 1987 e ratificata anche dall'Italia. Ad essa fa richiamo Trib. Cagliari, cit., p. 67.

(17) Si tratta, ovviamente, di Rodotà *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981: volume in cui l'A. ha raccolto vari saggi composti in tempi ed occasioni diverse.

(18) Alludo, s'intende, al Codice napoleonico ed al primo Codice del Regno d'Italia (c.d. Pisanelli) del 1865.

(19) Corsivo mio.

(20) *Odissea*, Libro XVII, vv. 369-70, 395-97. Cito da una ristampa (Roma, 2011, pp. 268 ss.) della classica traduzione di Pindemonte.

## *Il D. Lgs. n. 231/2001 e il crollo del ponte Morandi: la strada dopo la tragedia*

**M. Francesca Lanznaster**

*Avvocato, Foro della Spezia*

**Sommario:** 1. *Premessa.* - 2. *I presupposti della responsabilità "amministrativa".* - 3. *La valutazione sull'elemento soggettivo del reato.* - 4. *I reati presupposto della responsabilità amministrativa.* - 5. *L'apparato sanzionatorio.* - 6. *Conclusioni.*

Questo articolo trova le sue radici nella tesi finale redatta per il Master Universitario in Giurista d'Impresa, XV edizione, dell'Università di Genova, dal titolo “*Il D. Lgs. n. 231/2001 e il crollo del ponte Morandi: la strada dopo la tragedia*” (1), nella quale si è analizzato, con la collaborazione della relatrice prof.ssa Alessandra Pinori, la tragica vicenda del 14 agosto 2018 con specifica attenzione agli aspetti relativi alla possibile configurabilità di una responsabilità penale-amministrativa in capo alle società coinvolte, al fine di tentare di capire se e in quale misura il D. Lgs. n. 231/2001 potrà trovare applicazione e con quali possibili conseguenze.

Si propone qui una sintesi di tale lavoro, con doveroso aggiornamento alle notizie e alle circostanze emerse e rese pubbliche a seguito della sua redazione.

### **1. Premessa.**

Sono ormai passati sei mesi da quella surreale mattina del 14 agosto, quando il volto e l'anima di Genova sarebbero stati tragicamente stravolti per sempre. “*Il ponte Morandi è venuto giù!*”, la ricerca dei sopravvissuti, dei dispersi, delle vittime, vissuta attraverso le dirette di tutte le maggiori emittenti nazionali ed internazionali, le immagini degli sfollati, i Vigili del Fuoco al lavoro. Poi i racconti dei sopravvissuti al disastro, la loro incredulità, la tragica conta delle vittime, quarantatré. Genova, sempre Superba, stretta e ferita ai funerali di Stato.

In questi sei mesi l'attenzione istituzionale e mediatica sulla vicenda non è mai calata e, secondo le ultime notizie, fra pochi giorni ciò che rimane del ponte Morandi, a crudele ricordo del disastro, inizierà ad essere demolito. Il progetto donato da Renzo Piano è stato scelto, insieme alla cordata aziendale Fincantieri- Salini - Impregilo, per dare un nuovo volto alla val Polcevera e al viadotto che di nuovo la attraverserà.

Come più volte si è sentito ripetere in questi mesi, i genovesi hanno dato ancora una volta prova della loro instancabile tenacia e sperano che solo pochi mesi li separino da un almeno apparente ritorno alla normalità.

La tragica vicenda ha scaturito immediatamente le dure reazioni delle istituzioni e dei cittadini. Mentre le “accuse” del Ministero dei Trasporti sono state contestate formalmente con la missiva ufficiale del 16 agosto 2018 (2), che ha segnato l'avvio della procedura di revoca della concessione di Autostrade per l'Italia, prevista dagli artt. 8- 9 *ter* della Convenzione Unica del 2007 (3), la Procura di Genova aveva già avviato le indagini e, nei primi giorni di settembre, venivano pubblicati sui giornali i nomi dei soggetti iscritti nella lista degli indagati, fra i quali comparivano, ai sensi del D. Lgs. n. 231/2001, anche le società Autostrade per l'Italia s.p.a. e Spea Engineering s.p.a., sua controllata.

L'ipotesi di reato-presupposto che parrebbe essere iscritta a carico di queste società è quella di “omicidio colposo commesso con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro”, ai sensi dell'articolo 25 *septies* D. Lgs. n. 231/2001, mentre i reati attualmente iscritti a carico degli indagati persone fisiche sono qualificati come

disastro colposo (artt. 434 e 449 c.p.); omicidio colposo stradale plurimo (art. 589 *bis* c.p.); omicidio colposo plurimo aggravato dal mancato rispetto della normativa antiinfortunistica (art. 589 c.p.); attentato colposo alla sicurezza dei trasporti (artt. 432 e 449 c.p.) (4).

Si ritiene utile premettere che il procedimento penale, attualmente in fase di indagini preliminari presso la Procura di Genova è solo una delle conseguenze che scaturiranno dai tragici eventi del 14 agosto 2018. Ad esso si affiancheranno non solo le (presumibilmente) numerose richieste risarcitorie da parte di tutti i soggetti, oltre alle vittime, danneggiati dal crollo e dalle sue conseguenze, ma, altresì, i “paralleli” giudizi e procedimenti amministrativi che, come si accennerà più avanti, hanno già cominciato a delinearsi.

## 2. I presupposti della responsabilità “amministrativa”.

Concentrando l’analisi sull’impianto normativo delineato dal D. Lgs. n. 231/2001, è necessario tenere presente che la responsabilità dell’ente, per quanto dotata di determinati aspetti di autonomia, risulta inscindibilmente connessa e dipendente dalla responsabilità penale di soggetti, persone fisiche, che risultino ad essa collegati. Non solo: la responsabilità di tali soggetti deve essere accertata per uno dei reati specificamente e tassativamente individuati dalla sezione III del Capo I del D. Lgs. n. 231/2001 (c.d. reati- presupposto), che sia stato commesso nell’interesse o a vantaggio dell’ente (5).

L’art. 5 c. 1 del D. Lgs. n. 231/2001 sancisce infatti che “l’ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell’ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso (c.d. soggetti in posizione apicale); b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a).” La responsabilità dell’ente risulterà invece esclusa “se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell’interesse esclusivo proprio o di terzi” (art. 5 c. 2 D. Lgs. n. 231/2001).

Ulteriore ipotesi di esclusione della responsabilità dell’ente è prevista dall’articolo 6 D. Lgs. n. 231/2001, a norma del quale, nel caso in cui il reato sia stato commesso da soggetti in posizione apicale, l’ente non risponda qualora provi che:

- “l’organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;
- il compito di vigilare sul funzionamento e l’osservanza dei modelli, di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell’ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;
- le persone hanno commesso il fatto eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;
- non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell’organismo di cui alla lettera b).”

Centrale, dunque, è la nomina da parte dell’ente di un Organismo, interno ma autonomo, di vigilanza e controllo che operi attraverso la predisposizione e il costante aggiornamento di modelli di organizzazione e gestione improntati alla prevenzione della commissione di reati, le cui caratteristiche fondamentali sono individuate dalla stessa norma, dovendo rispondere alle seguenti esigenze:

- “individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati;
- prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l’attuazione delle decisioni dell’ente in relazione ai reati da prevenire;
- individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione di reati;
- prevedere obblighi di informazione nei confronti dell’organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l’osservanza dei modelli;
- introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato ri-

spetto delle misure indicate nel modello” (art. 6 c. 2 D. Lgs. n. 231/2001).

La vicenda genovese vedrà, dunque, protagonista A.S.P.I. dal punto di vista della sua struttura interna, delle sue articolazioni territoriali e, soprattutto, dei poteri e dell’autonomia dell’Organismo di Vigilanza, se nominato. Fra gli elementi di valutazione vi sarà anche l’azione concreta che l’Organismo di Vigilanza ha posto in essere, al fine di verificare se le decisioni prese dai soggetti “personalmente” indagati possano essere considerate come “*elusione fraudolenta dei modelli di organizzazione e di gestione*”, e come tale idonea a fondare, insieme agli altri elementi, l’esimente dalla responsabilità *ex art. 6 c.1 lett. c)* (v. *supra*).

Tale valutazione, già di per sé molto difficile, va solo ad affiancarsi a quello che, presumibilmente, costituirà il vero fulcro di tutto l’impianto probatorio. Dopo aver accertato le cause del disastro risulterà centrale indagare, da un lato, sulla prevedibilità dell’evento e, dall’altro, sulla sua evitabilità da parte dei soggetti indagati, nei loro rispettivi ruoli di “garanti”, attraverso il c.d. “comportamento alternativo lecito”. È infatti la stessa giurisprudenza di legittimità ad insegnare che “*in tema di reati colposi, l’elemento soggettivo del reato richiede non soltanto che l’evento dannoso sia prevedibile, ma altresì che lo stesso sia evitabile dall’agente con l’adozione delle regole cautelari idonee a tal fine (cosiddetto “comportamento alternativo lecito”), non potendo essere soggettivamente ascritto per colpa un evento che, con valutazione ex ante, non avrebbe potuto comunque essere evitato: infatti, non sarebbe razionale pretendere, fondando poi su di esso un giudizio di rimproverabilità, un comportamento che sarebbe comunque inidoneo a evitare il risultato antigiuridico. In un tale ambito ricostruttivo, la violazione della regola cautelare e la sussistenza del nesso eziologico tra la condotta e l’evento non sono sufficienti per fondare l’affermazione di responsabilità, giacché occorre anche chiedersi, necessariamente, se l’evento derivazione rappresenti o no la “concretizzazione” del rischio che la regola stessa mirava a prevenire e se tale evento fosse evitabile.*” (6)

## 3. La valutazione sull’elemento soggettivo del reato.

Tenendo a riferimento la lista dei reati attualmente iscritti, è presumibile supporre che il punto nodale del futuro ed eventuale processo penale sarà l’accertamento circa la sussistenza o meno, in capo ad Autostrade per l’Italia e ai suoi dirigenti, dell’elemento soggettivo della colpa, il quale si “atteggia” diversamente nei confronti di persone fisiche e persone giuridiche.

Mentre per le persone fisiche il riferimento normativo principale sarà costituito dall’art. 43 c.p. e, si presume, da un’ipotesi di colpa specifica (per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline), per le persone giuridiche, a norma del D. Lgs. n. 231/2001, “l’elemento soggettivo” della responsabilità amministrativa da reato di un ente andrà individuato nella c.d. colpa di organizzazione.

Come si può leggere nella Relazione Ministeriale allegata al D. Lgs. n. 231/2001, infatti, “*ai fini della responsabilità dell’ente, occorrerà non soltanto che il reato sia ad esso ricollegabile sul piano oggettivo (art. 5, v. supra); di più, il reato dovrà costituire anche espressione della politica aziendale o quantomeno derivare da una colpa di organizzazione. All’ente viene in pratica richiesta l’adozione di modelli comportamentali specificamente calibrati sul rischio reato, volti ad impedire, con la fissazione di regole di condotta, la commissione di determinati reati. Requisito indispensabile perché dall’adozione del modello derivi l’esenzione da responsabilità dell’ente è che esso venga efficacemente attuato: l’effettività rappresenta, dunque, un punto qualificante e irrinunciabile del nuovo sistema di responsabilità*”.

Come autorevolmente specificato dalla Suprema Corte, “*la colpa di organizzazione, da intendersi in senso normativo, è fondata sul rimprovero derivante dall’inottemperanza, da parte dell’ente, dell’obbligo di adottare le cautele, organizzative e gestionali, necessarie a prevenire la commissione di reati (...), dovendo tali accorgimenti essere consacrati*

in un documento che individui i rischi e delinea le misure atte a contrastarli” (7). In particolare, “grava sulla pubblica accusa l’onere di dimostrare l’esistenza dell’illecito dell’ente, mentre a quest’ultimo incombe l’onere, con effetti liberatori, di dimostrare di aver adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del reato, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi” (8).

Gli accertamenti dovranno, dunque, riguardare la struttura interna della società concessionaria, al fine di verificarne l’idoneità alla prevenzione del c.d. rischio-reato anche sulla base della valutazione dell’idoneità del Modello di Organizzazione, gestione, controllo a fungere da esimente, se adottato della società stessa. Verificata tale idoneità, sarà compito della difesa dimostrare in quale misura e per quali motivi questa struttura non si è adoperata in modo concreto per evitare l’evento o, quantomeno, per adottare misure idonee a ridurre al minimo i rischi ad esso connessi.

Punto di partenza delle indagini sarà, in ogni caso, l’accertamento delle cause del crollo: è notizia recentissima quella del deposito della consulenza tecnica sui resti del viadotto redatta dall’Empa di Dübendorf, attualmente in attesa di traduzione.

Dalle notizie apprese fino a questo momento, nonostante sin da subito siano emerse su internet fantasiose teorie circa l’esistenza di un “complotto” per cui sarebbe stata una bomba o un fulmine la causa del crollo, pare legittimo affermare come non vi siano elementi concreti che suggeriscano che il collasso sia stato causato da “sollecitazioni” esterne. Tutto pare suggerire, al contrario, che l’evento sia stato scatenato da cause strutturali.

Al di là dell’analisi “tecnica” della vicenda, in merito alla quale non si ha la possibilità di aggiungere altro rispetto a quanto già di pubblico dominio, qualora il crollo sia stato innescato da cause strutturali, sarà compito dei periti e dei consulenti accertare se tali “difetti” strutturali fossero “originari”, cioè presenti sin dalla realizzazione del viadotto negli anni Sessanta o se, invece, il viadotto, originariamente “sano”, a causa della cattiva e incostante manutenzione, si sia progressivamente deteriorato fino a collassare su se stesso la mattina del 14 agosto 2018.

In quest’ultimo caso, è di immediata evidenza come Autostrade per l’Italia, società concessionaria da quasi trent’anni del tratto autostradale dell’A10 comprensivo del ponte Morandi, dovrebbe dimostrare, a propria difesa, non solo come la stessa abbia posto in essere tutte le più efficaci, efficienti, innovative ed idonee misure, al fine di monitorare adeguatamente le condizioni del viadotto ma, altresì, come la stessa sia prontamente ed efficacemente intervenuta, laddove fossero state rilevate delle problematiche. Verrà, dunque, posta sotto la lente d’ingrandimento tutta l’attività di gestione realizzata da A.S.P.I. in relazione al ponte Morandi, al fine di verificare, innanzitutto, se e in che misura l’evento del crollo fosse prevedibile e, accertato questo, verificare quale fosse il suo grado di evitabilità, individuando il comportamento che la società concessionaria avrebbe dovuto porre in essere al fine, appunto, di evitare l’evento o, quantomeno, le sue più gravi conseguenze.

Sono dunque queste le circostanze la cui prova potrebbe risultare centrale per l’accertamento di responsabilità in capo agli indagati: la prevedibilità dell’evento; la conoscenza (o conoscibilità con l’ordinaria diligenza) dello stato strutturale del ponte e dei rischi ad esso connessi; la sussistenza di un comportamento (colpevolmente) omissivo in capo ai soggetti preposti ad intervenire, nonché la possibilità, per questi stessi soggetti, di agire secondo i canoni del c.d. comportamento alternativo lecito.

Infine, e su questo si ritiene che il terreno sia più che mai accidentato, la possibilità concreta che questo comportamento alternativo lecito avrebbe potuto evitare, con elevata credibilità razionale, l’evento o, quantomeno, “eliminarne” le eventuali conseguenze lesive, mantenendo sotto controllo i rischi connessi

alle condizioni strutturali del viadotto. Il comportamento dei vari soggetti coinvolti sarà valutato alla stregua del disposto dell’art. 40 cpv. c.p., secondo cui “non impedire un evento che si ha l’obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo”: accertata l’esistenza dell’obbligo giuridico di impedimento (c.d. posizione di garanzia), dovrà valutarsi se l’evento occorso rientrava fra quelli che la norma precauzionale mirava a prevenire e se la mancata attivazione di tali precauzioni possa considerarsi causa dell’evento, escludendo, ad esempio, l’intervento di “cause sopravvenute idonee da sole a determinare l’evento” (art. 41 c.p.). Infine, dovrà accertarsi se la corretta attivazione delle precauzioni previste avrebbe, con un elevato grado di probabilità logica, potuto evitare l’evento, per come verificatosi *hic et nunc* e, in questo caso, se tale corretta attivazione fosse comportamento concretamente esigibile in capo ai soggetti coinvolti. In particolare, “in tema di causalità omissiva, occorre effettuare una prognosi controfattuale per accertare che, in concreto, il “comportamento alternativo lecito” avrebbe scongiurato il verificarsi dell’evento lesivo.” (9)

Qualora venisse accertata la responsabilità dei dirigenti di Autostrade per l’Italia o, comunque, la sussistenza del reato (presupposto necessario per il riconoscimento della responsabilità amministrativa da reato in capo all’ente), secondo le disposizioni del D. Lgs. n. 231/2001 dovrebbe essere di conseguenza accertata, in capo ad A.S.P.I., la c.d. colpa di organizzazione di cui sopra, nonché l’esistenza di un nesso di causalità tra il comportamento colpevole dell’ente e il tragico evento del 14 agosto 2018.

#### 4. I reati presupposto della responsabilità amministrativa.

Come sopra premesso, l’ipotesi di reato attualmente iscritta a carico di Autostrade per l’Italia e Spea Engineering, a norma del D. Lgs. n. 231/2001, è quella di “omicidio colposo commesso con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro” ex art. 25 *septies*.

La casistica e la giurisprudenza in materia mostrano come tale norma abbia finora trovato applicazione in ipotesi in cui i soggetti coinvolti erano lavoratori, in qualità di danneggiati, e datori di lavoro, in qualità di presunti responsabili; tutti i riferimenti normativi a cui la norma fa rinvio individuano il “datore di lavoro” come il soggetto obbligato all’efficace attuazione della normativa anti-infortunistica e in materia di sicurezza sul lavoro. La vicenda del crollo del ponte Morandi ha visto coinvolte vittime che hanno avuto la sfortuna di trovarsi nel mezzo del disastro, senza possibilità di fuga, solo in quanto utenti ignari della rete autostradale, quindi “al di fuori” di qualsiasi rapporto con la concessionaria A.S.P.I.

Ci si chiede, dunque, se nell’ambito della normativa richiamata dall’art. 25 *septies* D. Lgs. n. 231/2001 possano rientrare quegli obblighi di monitoraggio e manutenzione dell’opera che gravavano su Autostrade per l’Italia non in quanto “datore di lavoro”, ma in quanto società concessionaria di quel tratto autostradale e dunque, in definitiva, unico soggetto legittimato ad intervenire direttamente sullo stesso nel caso in cui fossero state rilevate delle problematiche. Ci si chiede, di conseguenza, se tali norme potranno legittimamente essere invocate come fonti delle regole precauzionali idonee a delimitare i confini delle varie posizioni di garanzia.

Gli obblighi del concessionario sono infatti individuati dalla Convenzione Unica del 2007 e dal Codice della Strada: gestione tecnica delle infrastrutture concesse, mantenimento della loro funzionalità e riparazione tempestiva delle stesse (art. 3 c. 1 lett. a) e b) Convenzione); manutenzione, gestione e pulizia delle strade, delle loro pertinenze e arredi nonché delle attrezzature, impianti e servizi, controllo tecnico delle strade e relative pertinenze (art. 14 cc. 1 e 3 Codice della Strada).

L’art. 25 *septies* risulta essere uno tra i pochi reati contro l’incolumità personale compresi nel catalogo dei reati- presupposto di cui

al D. Lgs. n. 231/2001: fra questi, sorprendentemente, rientra la mutilazione di organi genitali femminili *ex art. 583 bis c.p.*, ma l'omicidio e le lesioni colpose sono previste solo nella "forma" di conseguenze di una colpevole violazione della normativa anti infortunistica.

Nel caso in cui le norme sopra richiamate, delineanti gli obblighi gravanti su A.S.P.I., non potessero essere considerate rilevanti come "normativa anti infortunistica" richiamata dall'art. 25 *septies*, ciò comporterebbe un ostacolo al riconoscimento di responsabilità in capo ad Autostrade per l'Italia ai sensi del D. Lgs. n. 231/2001, in quanto eventuali inadempienze ai propri obblighi non sarebbero qualificabili come violazioni rilevanti ai sensi della norma richiamata, risultando, in definitiva, ininfluenti ai fini del riconoscimento della responsabilità penale-amministrativa dell'ente. La conseguenza (paradossale, n.d.r.) di ciò potrebbe essere quella per cui i vertici di A.S.P.I., indagati persone fisiche, potrebbero essere chiamati a rispondere penalmente di condotte "aziendali", senza che la stessa cosa avvenga per la società nell'ambito della quale tali condotte sono state decise e realizzate.

Non è al momento possibile avanzare ipotesi circa la rilevanza che tale tema potrà assumere in sede processuale: trattasi comunque di uno dei tanti "ostacoli" che la Procura di Genova si troverà ad affrontare nel cercare di dare una spiegazione ai tragici fatti del 14 agosto 2018.

A modesto parere di chi scrive, muovendosi sullo spinoso terreno delle ipotesi, maggiori margini di applicazione del D. Lgs. n. 231/2001 nei confronti di Autostrade per l'Italia potrebbero aversi con l'iscrizione nel registro delle notizie di reato di un'ipotesi di disastro ambientale, nella sua forma colposa; il riferimento è, in particolare, alla previsione dell'art. 452 *quater* c. 1 n. 3 c.p., secondo cui: "Fuori dai casi previsti dall'articolo 434, chiunque abusivamente cagiona un disastro ambientale è punito con la reclusione da cinque a quindici anni. Costituiscono disastro ambientale, alternativamente: (...) 3) l'offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto per l'estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pericolo". L'art. 25 *undecies* D. Lgs. n. 231/2001, introdotto dal D. Lgs. n. 121/2011 e novellato dalla L. n. 68/2015 (10), inserisce infatti nel catalogo dei reati presupposto i delitti ambientali, fra cui il disastro ambientale (art. 452 *quater* c.p.), anche nella sua forma colposa (art. 452 *quinquies* c.p.).

Pare che nella vicenda del crollo del ponte Morandi, l'avvenuta offesa alla pubblica incolumità, la rilevanza del fatto, l'estensione della compromissione e dei suoi effetti lesivi, nonché l'elevato numero delle persone offese o esposte a pericolo siano tutte circostanze verificatesi e basate su dati oggettivi, sempre a parere di chi scrive, difficilmente contestabili. Inoltre, il requisito dell'"abusività" della condotta permetterebbe di inserire a pieno titolo, fra il materiale probatorio utilizzabile dalla Procura, anche tutti gli obblighi che gravavano su Autostrade per l'Italia nella sua veste di società concessionaria, determinando gli stessi i "confini" entro cui la condotta della società poteva dirsi legittima e, di conseguenza, "non abusiva".

Quanto precede rimane ovviamente solo una riflessione di chi scrive: attualmente non vi è alcuna notizia che suggerisca una direzione delle indagini in tal senso e, dunque, allo stato, non vi sono elementi idonei a corroborare o meno un'ipotesi di tal genere; unico spunto, in certo senso, è l'iscrizione nel registro delle notizie di reato di un'ipotesi di disastro colposo (artt. 434 e 449 c.p.) e di attentato colposo alla sicurezza dei trasporti (artt. 432 e 449 c.p. (11)). Ma tali fattispecie delittuose non rientrano fra quelle inserite nel catalogo dei reati che, ai sensi del D. Lgs. n. 231/2001, potrebbero fondare la responsabilità amministrativa dell'ente.

Se non fosse possibile qualificare la vicenda ai sensi dell'art. 25 *septies* di cui sopra (o, ipoteticamente, ai sensi dell'art. 25 *undecies*),

non vi sarebbe alcuno strumento giuridico ulteriore idoneo ad attribuire ad A.S.P.I. la responsabilità penale per le condotte poste in essere dai soggetti ai suoi vertici che, dunque, ne potrebbero rispondere solo personalmente.

Tenendo presente come, al momento, sia del tutto astratta l'eventualità che il procedimento penale si concluda con una sentenza di condanna, pare comunque utile accennare a quelle che potrebbero essere le conseguenze di una pronuncia di tale tenore nei confronti di Autostrade per l'Italia (12).

### 5. L'apparato sanzionatorio.

È l'art. 9 D. Lgs. n. 231/2001 ad individuare le sanzioni amministrative: "a) sanzione pecuniaria; b) sanzioni interdittive; c) confisca; d) pubblicazione sentenza". Le singole sanzioni interdittive sono elencate al comma 2: "a) interdizione dall'esercizio dell'attività; b) sospensione o revoca di autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; c) esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e eventuale revoca di quelli già concessi; d) divieto di pubblicizzare beni o servizi; e) divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio." (13)

Mentre, in caso di condanna dell'ente, la sanzione amministrativa pecuniaria, commisurata in quote (art. 11 D. Lgs. n. 231/2001), deve essere sempre applicata (art. 10 c. 1 D. Lgs. n. 231/2001), le sanzioni interdittive possono essere applicate solo per i reati per cui sono espressamente previste, quando ricorra almeno una di queste condizioni: la realizzazione di un profitto di rilevante entità da parte dell'ente ovvero la reiterazione degli illeciti (art. 13 c. 1 D. Lgs. n. 231/2001). Citando testualmente la Relazione Ministeriale al D. Lgs. n. 231/2001: "in ordine al regime di operatività delle sanzioni interdittive temporanee, va chiarito che, allorché ricorrano i loro presupposti applicativi (...), il giudice ha l'obbligo di irrogarle. Questa scelta serve a garantire l'uniformità applicativa delle sanzioni." (14)

Qualora sussistessero tutti i presupposti applicativi richiesti dalle norme, le sanzioni interdittive dovrebbero obbligatoriamente trovare applicazione, secondo i principi dettati dagli artt. 13, 14 e 16 D. Lgs. n. 231/2001: l'interdizione dall'esercizio dell'attività, la più afflittiva tra le sanzioni interdittive, potrà essere disposta soltanto quando l'irrogazione di altre sanzioni interdittive risulti inadeguata (art. 14) (14).

In generale, può comunque dirsi che l'impianto normativo disegnato dal D. Lgs. n. 231/2001 risulta improntato in modo rilevante ad incentivare l'esecuzione delle condotte riparatorie di cui all'art. 17 (si veda anche la previsione di cui all'art. 12 comma 1), al fine di fare in modo che l'applicazione delle sanzioni previste, per quanto afflittiva per l'attività della società, non si riveli di fatto del tutto inefficace nel garantire una reale e concreta riparazione delle conseguenze lesive e dannose create dal comportamento aziendale illecito.

L'art. 19 prevede che, con la sentenza di condanna, sia sempre disposta la confisca del profitto o del prezzo del reato (15), salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato, prevedendo la possibilità anche della confisca per equivalente.

Questo, dunque, nei suoi tratti essenziali, il contenuto del D. Lgs. n. 231/2001, il principale strumento legislativo approntato dal nostro ordinamento al fine di coinvolgere gli enti e le società nella responsabilità dei reati commessi dai suoi dirigenti e dipendenti. Gravi, talvolta gravissime, le conseguenze che la sua applicazione può portare sull'attività dell'ente condannato; ciononostante, le stesse risultano pressoché sempre "monetizzabili" attraverso il risarcimento dei danni e la riparazione delle conseguenze del reato. Autostrade per l'Italia non si trova a dover affrontare solo le possibili conseguenze giudiziarie delle proprie politiche aziendali. La gravità delle accuse mosse contro di essa ha delineato, sin

dall'inizio, una notevole "ostilità" nei confronti di tale società concessionaria, imputata di godere di condizioni particolarmente e immotivatamente vantaggiose, a fronte di un'ingiustificabile e consapevole incuria nella manutenzione delle infrastrutture e nella tutela degli utenti.

Tali accuse, gravissime, sono state messe per iscritto dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti che, con la missiva ufficiale del 16.8.2018, contesta formalmente alla società il "grave inadempimento" agli obblighi derivanti dalla Convenzione del 2007. Non solo. Anche le considerazioni e le conclusioni contenute nella relazione della Commissione Ispettiva del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, depositata in data 25.9.2018 (16), risultano particolarmente dure e critiche dell'operato della concessionaria, giudicato del tutto insufficiente e colpevolmente superficiale, soprattutto nel garantire un corretto e serio monitoraggio delle strutture affidate.

Autostrade per l'Italia non è rimasta inerte, adottando una precisa strategia comunicativa con la predisposizione di un'apposita sezione del proprio sito ufficiale (17) in cui convogliare le confutazioni a tutte le accuse e le illazioni uscite sul suo conto. Autostrade per l'Italia rigetta ogni accusa mossa nei suoi confronti, affermando a gran voce come la propria attività di gestione della rete autostradale risulti assolutamente ineccepibile e come, di conseguenza, nulla le si possa rimproverare, se non di non aver previsto l'imprevedibile: nessuno dei test effettuati nel corso degli anni ha mai messo in luce problematiche serie e preoccupanti del viadotto Polcevera e dunque nessuno poteva immaginare che una tragedia del genere sarebbe potuta accadere.

Per quanto possa sembrare a tratti semplicistica e smentita direttamente dai fatti, pare essere questa, molto sinteticamente, la linea di difesa attualmente portata avanti da A.S.P.I. che, come si è potuto leggere sui giornali nelle scorse settimane, ha deciso di non rimanere inerte a fronte dell'approvazione del c.d. decreto Genova (d.l. n. 109/2018) e, soprattutto, della correlata nomina del sindaco Marco Bucci come Commissario Straordinario.

*"Si rende noto che il Consiglio di Amministrazione di Autostrade per l'Italia, riunitosi in data odierna, tenuto conto dei pareri dei legali che assistono la società, ha autorizzato la presentazione del ricorso contro il decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri di nomina del Commissario Straordinario per la ricostruzione ai sensi della legge n. 130/2018 e di alcuni decreti emessi dal Commissario stesso. Nel ricorso Autostrade per l'Italia rappresenterà di non avere intenzione di determinare in alcun modo ritardi o ostacoli alla ricostruzione del viadotto Polcevera e, di conseguenza, la dovuta difesa dei diritti e degli interessi della società non rallenterà le attività avviate dal Commissario; a conferma di ciò, il ricorso non conterrà istanza di sospensiva".* Questo il comunicato ufficiale del 13.12.2018.

Poche settimane prima, il 23.11.2018, era la stessa A.S.P.I. a dichiarare: *"in merito agli articoli pubblicati stamane da Il Secolo XIX, Autostrade per l'Italia chiarisce che quanto correttamente riportato si riferisce a una lettera di accompagnamento del progetto definitivo inviata dalla società al Commissario in data 15 ottobre 2018, in esecuzione degli impegni previsti dalla Convenzione, Successivamente Autostrade per l'Italia ha ulteriormente sviluppato il progetto fino al livello esecutivo e ne ha data pronta comunicazione al Commissario. Interpretare tale lettera come azione interdittiva della ricostruzione del ponte è totalmente fuori luogo. Fin dai primi momenti dopo la tragedia, Autostrade per l'Italia ha lavorato a una soluzione di ricostruzione in linea con le aspettative delle Autorità locali e che garantisce tempi di ricostruzione molto contenuti (18)".*

In sostanza, pare che Autostrade per l'Italia stia invocando a propria tutela a fronte dell'esclusione "per legge" dai lavori di demolizione e ricostruzione, quegli stessi obblighi di "mantenimento delle infrastrutture concesse attraverso la manutenzione e la riparazione

*tempestiva delle stesse"* (art. 3 c.1 lett. b) Convenzione Unica M.I.T. – A.S.P.I.) la cui violazione costituirebbe il fondamento di tutte le contestazioni mosse nei suoi confronti. Per dirla più semplicemente, A.S.P.I., accusata di aver violato gli obblighi manutentivi su essa gravanti a norma della Convenzione, sta invocando quegli stessi obblighi a tutela del proprio diritto esclusivo ad occuparsi dei lavori di demolizione e ricostruzione. Non solo la società non avrebbe posto in essere alcuna inadempienza apprezzabile o colpevole, ma, altresì, la sua esclusione legislativa risulterebbe totalmente illegittima in quanto ad essa, e solo ad essa, spetterebbe il compito, in linea con le previsioni convenzionali, di "riparare tempestivamente" le infrastrutture concesse.

La partita è aperta e, soprattutto, è appena cominciata. Il procedimento penale è al momento nella fase delle indagini preliminari che, presumibilmente, saranno ancora lunghe e complesse; il ricorso di cui sopra è stato presentato poche settimane orsono e, dunque, si attendono notizie sui suoi sviluppi. È facile intuire come il suo eventuale accoglimento, anche se parziale (e anche se non corredato da richieste di sospensiva), comporterebbe un insormontabile ostacolo per la prosecuzione dei lavori di demolizione e di ricostruzione, la cui "legittimità" verrebbe inficiata "fin dalle origini", essendo in discussione la stessa validità della nomina del Commissario Straordinario Marco Bucci, firmatario di tutti i successivi atti di affidamento e gestione dei lavori che, dunque, verrebbero irrimediabilmente travolti.

Nel frattempo, Autostrade per l'Italia ha acquistato sei terreni nella c.d. zona rossa e, dunque, diverrà interlocutrice necessaria degli organi commissariali al fine dell'espropriazione delle stesse per l'allestimento del cantiere e lo svolgimento dei lavori. Al momento, al di là delle indiscrezioni pubblicate dai giornali sulle somme corrisposte e sugli ulteriori benefici che sarebbero stati riconosciuti, la società non ha rilasciato alcuna dichiarazione in merito, a proposito, ad esempio, della propria intenzione di cedere gratuitamente tali aree alla struttura commissariale, inibendo così l'operatività dell'indennizzo previsto e garantito nel caso di procedure di esproprio per pubblica utilità.

Tutto tace in merito agli sviluppi della procedura di revoca della concessione, avviata in tutta fretta dal Ministero dei Trasporti appena due giorni dopo la tragedia del crollo del ponte Morandi. Si attende di conoscerne le evoluzioni, tenendo altresì presente, che la procedura di revoca, se proseguita, potrebbe, in qualche modo, "intersecarsi" con l'applicazione (eventuale) delle sanzioni interdittive previste dal D. Lgs. n. 231/2001, fra le quali rientrano non solo l'interdizione dall'esercizio dell'attività, ma altresì la sospensione o la revoca di autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito (art. 9 c. 2 D. Lgs. n. 231/2001). Ci si chiede, in particolare, se anche nel caso in cui la revoca fosse disposta come sanzione interdittiva ai sensi del D. Lgs. n. 231/2001 sarebbe dovuto l'ormai noto indennizzo di cui all'art. 9 *ter* della Convenzione del 2007.

## 6. Conclusioni.

Qui si ferma quest'analisi dei tragici eventi del 14 agosto 2018, con tanti interrogativi e poche e incerte risposte. Di certo rimane solo il numero delle vittime, sempre troppo alto, e la conta dei danni, che non smette di salire.

Si ritiene che, al di là di ogni considerazione giuridica, questo disastro abbia messo in luce come l'attività di gestione, monitoraggio e manutenzione, di fatto, non sia stata in grado di diagnosticare quello che era il reale stato di indebolimento del viadotto, tanto grave da determinarne, addirittura, il totale collasso. Tralasciando l'individuazione di "chi" e in virtù di quale ruolo (istituzionale o "aziendale") fosse il responsabile ultimo nel garantire la sicurezza del ponte Morandi, sono i fatti a dimostrare che, chiu-

que sia intervenuto su quel ponte o, a vario titolo, l'abbia in qualche modo "monitorato" non sia stato in grado di rendersi conto del fatto che quel viadotto sarebbe potuto crollare.

Al momento, non è possibile spingersi oltre nel formulare conclusioni su quelli che saranno gli esiti, giudiziari e non, di questa terribile vicenda: ancora per anni, probabilmente, occuperanno l'attenzione della magistratura, delle istituzioni e dei media. La strada verso l'accertamento di eventuali responsabilità penali è al momento al vaglio della Procura di Genova: il "primo passo" sarà quello di capire se le iscrizioni al momento presenti si tradurranno, con l'esercizio dell'azione penale, in richieste di rinvio a giudizio per le persone fisiche e in una contestazione dell'illecito amministrativo ai sensi dell'art. 59 D. Lgs. n. 231/2001 per Autostrade per l'Italia e Spea Engineering.

Nonostante la strada non sia libera da ostacoli e, forse, non riuscirà a portare ad una dichiarazione definitiva di responsabilità in capo alla società concessionaria, la tragica vicenda che ha colpito Genova mette in luce come, al di là della responsabilità "giuridica", vi sia, ora più che mai, la necessità di ripensare un intero sistema (19), garantendo che le infrastrutture siano gestite non secondo una logica di mero profitto ma secondo una logica di gestione accurata ed ottimale, pronta e seria nel rilevare i problemi e nel trovare soluzioni.

*"per quanto voi vi crediate assolti,  
siete lo stesso coinvolti"*

F. De Andrè, *Nella mia ora di libertà*  
Storia di un impiegato, 1973

#### Note.

(1) Discussa in data 18.12.2018 conseguendo il riconoscimento della (c.d.) dignità di stampa.

(2) <https://genovaquotidiana.com/2018/08/21/autostrade-ecco-la-lettera-di-contestazione-del-ministero-gratis-genova-est-genova-ovest/>

(3) Il testo della Convenzione consultato è stato reperito sul sito ufficiale di Autostrade per l'Italia: <http://www.autostrade.it/autostrade-per-genova>. Risulta altresì consultabile sul sito del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti: <http://www.mit.gov.it/documentazione/convenzioni-regolanti-i-rapporti-tra-il-ministero-e-le-societa-concessionarie>

(4) "Ponte di Genova: indagate 20 persone. Tutti i nomi" - I. Cimmarusti, N. Cantone, Il Sole 24 Ore, articolo del 6.9.2018: <https://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2018-09-06/ponte-genova-20-indagati-autostrade-e-spea-responsabilita-amministrativa-132726.shtml?uuiid=AEfg69kF>

(5) Per una completa e approfondita analisi del D. Lgs. n. 231/2001 e dei suoi risvolti applicativi, si consiglia la lettura del "Manuale della responsabilità degli enti" di A. Presutti - A. Bernasconi, Giuffrè Editore, 2018, p. 186

(6) Cass. pen., sez. IV, sent. n. 34375/2017.

(7) Cass. pen., SS.UU., sent. n. 38343/2014.

(8) *Ibidem*.

(9) Cass. pen., sez. IV, sent. n. 2541/2015

(10) Legge che ha introdotto nel codice penale i delitti contro l'ambiente, art. 452 bis- 452 terdecies c.p.

(11) Art. 432 comma 1 c.p.: "Chiunque, fuori dei casi preveduti dagli articoli precedenti, pone in pericolo la sicurezza dei pubblici trasporti per terra, per acqua o per aria, è punito con la reclusione da uno a cinque anni."

Art. 449 comma 1 c.p.: "Chiunque, (...) cagiona per colpa un incendio, o un altro disastro preveduto dal capo primo di questo titolo, è punito con la reclusione da uno a cinque anni."

Si vuole ricordare anche la previsione dell'art 434 c.p. (c.d. "disastro inominato") "Crollo di costruzioni o altri disastri dolosi": "Chiunque, fuori dei casi preveduti dagli articoli precedenti, commette un fatto diretto a cagionare il crollo di una costruzione o di una parte di essa ovvero un altro disastro è punito, se dal fatto deriva pericolo per la pubblica incolumità, con la reclusione da uno a cinque anni. La pena è della reclusione da tre a dodici anni se il crollo o il disastro avviene". Tale norma, espressamente esclusa dalla clausola di riserva contenuta nell'art. 452 quater c.p. ("Fuori dai casi previsti dall'articolo 434, (...)"), e anch'esso previ-

sto nella sua realizzazione in forma colposa dall'art. 449 c.p., non è compreso fra quelli richiamati dall'art. 25 undecies D. Lgs. n. 231/2001.

(12) L'art. 8 del decreto n. 231/2001 sancisce il principio dell'autonomia della responsabilità dell'ente, per cui la stessa continua a sussistere anche quando l'autore del reato non sia stato identificato o non sia imputabile o il reato si sia estinto per una causa diversa dall'amnistia.

(13) "Tale novero sanzionatorio si fonda su un comune denominatore rappresentato dalla connotazione special-preventiva delle misure, dalla temporaneità della loro durata nonché dal rispetto del principio di legalità in sede di previsione e applicazione. Dal punto di vista politico-criminale, la necessità dell'ordinamento di avvertersi di sanzioni incapacitanti - quali sono le interdittive - è dovuta alla provata inadeguatezza delle sanzioni pecuniarie a contrastare la criminalità d'impresa, che riduce queste ultime ad un rischio di gestione, poi scaricato sui consumatori, con l'effetto di anestizzare la portata affittiva e intimidatoria": "Manuale della responsabilità degli enti", A. Presutti - A. Bernasconi, Giuffrè Editore, 2018, p. 186

(14) "Due i casi di esclusione dell'applicazione delle sanzioni interdittive. L'uno (...) è quello della tenuità del danno patrimoniale cagionato oppure del fatto commesso nel prevalente interesse della persona fisica (...). L'altro si iscrive nella dimensione premiale che connota l'architettura del D. Lgs. n. 231/2001: "ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie" (art. 17), le sanzioni interdittive non trovano applicazione quando - prima della dichiarazione di apertura del dibattito - concorrono i presupposti del risarcimento del danno e della eliminazione delle conseguenze del reato, della rimozione delle carenze organizzative tramite l'adozione e l'attuazione di un compliance program e, infine, della messa a disposizione del profitto conseguito ai fini della confisca": "Manuale della responsabilità degli enti", A. Presutti - A. Bernasconi, Giuffrè Editore, 2018 p. 192

(15) "In tema di responsabilità da reato degli enti collettivi derivante da reati colposi di evento commessi in violazione di una disciplina prevenzionistica, il profitto oggetto della confisca diretta ai sensi dell'articolo 19 si identifica nel risparmio di spesa che si concreta nella mancata adozione di qualche oneroso accorgimento di natura cautelare e nello svolgimento di un'attività in una condizione che risulta economicamente favorevole anche se meno sicura di quanto dovuto": SS.UU., sent. n. 38343/2014; conforme SS. UU., sent. n. 27523/2014.

(16) Interamente disponibile sul sito del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, all'indirizzo <http://www.mit.gov.it/comunicazione/news/pontecrollo-ponte-morandi-commissione-ispettiva-genova/ponte-morandi-online-la>.

(17) "Genova, 14 agosto fatti e cifre sulle nostre attività": <http://www.autostrade.it/en/autostrade-per-genova/vero-falso>

(18) "Autostrade: totalmente fuori luogo interpretare nostre lettere al Commissario come azione interdittiva della ricostruzione del ponte", comunicato ufficiale A.S.P.I. del 23.11.2018: [https://www.autostrade.it/comunicazione-e-media/comunicati-stampa-corporate/detail/645BAA28FE7E7935C125834E0035597E?\\_communicati\\_WAR\\_comunicatiportlet\\_shash=OjE1NDI5Nzc0NTcxNzA%3D](https://www.autostrade.it/comunicazione-e-media/comunicati-stampa-corporate/detail/645BAA28FE7E7935C125834E0035597E?_communicati_WAR_comunicatiportlet_shash=OjE1NDI5Nzc0NTcxNzA%3D)

(19) Per una completa e dettagliata analisi del sistema concessorio autostradale, si consiglia la lettura di "I signori delle autostrade", Giorgio Ragazzi, edizioni Il Mulino, 2008. L'autore spiega, con dovizia di dettagli e formule matematiche ed economiche a sostegno, come l'inefficienza del sistema italiano affondi le sue radici nelle sue stesse fondamenta. Viene illustrato come, per la determinazione delle tariffe (e, di conseguenza, degli introiti della società concessionaria), le alternative alla "pura discrezionalità" del concessionario siano "essenzialmente due: la tariffa-remunerazione (cost of service) e la tariffa-scommessa". La differenza tra tali due sistemi risiede, in estrema sintesi, nel fatto che, mentre nel primo i pedaggi vengono aumentati proporzionalmente al fine di coprire gli incrementi dei costi, nel sistema della tariffa-scommessa, gli aumenti tariffari sono previsti in misura prestabilita, in modo automatico e dunque indipendente dal livello dei costi e degli investimenti. Così conclude l'autore: "(...) La Convenzione Autostrade è chiaramente un esempio di tariffa-scommessa. I contrasti tra le concessionarie e il Ministro Di Pietro, a fine 2006, vertevano al fondo proprio su questo punto: il tentativo del Ministro di riaffermare la logica della tariffa-remunerazione, cui si oppongono le concessionarie. (...) se si applica la tariffa-scommessa, ogni anno in più di concessione genera un maggior profitto pari alla differenza fra i ricavi e i costi operativi (...) Anche per quanto riguarda i ritardi negli investimenti a fronte dei quali il concessionario abbia incassato ricavi in anticipo (...) se si applica la tariffa-scommessa, come nel caso di Autostrade, diviene molto difficile pretendere il recupero per investimenti non fatti, visto che le revisioni tariffarie sono prestabilite secondo la formula in convenzione" (pp. 21-23, op.cit.).

## Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

# Sentenze, ordinanze e decreti

Consiglio di Stato, sez. III, 4 febbraio 2019, n. 863 - Pres. Veltri - Rel. Sestini - Fenascop (Avv. Robotti) Corerh e altri (Avv. Bormioli) c. Regione Liguria (Avv. Castagnoli) e c. A.Li.Sa. Azienda Sanitaria Liguria (Avv. Avolio).

**SANITÀ - diritto alla salute - diritto all'esercizio d'impresa nel rapporto con il Servizio sanitario nazionale - contenimento della spesa - necessità.**

*È legittima l'applicazione della "regressione tariffaria" anche alle prestazioni comprese nel volume assegnato ex art. 8 quinquies D. Lgs 502/92 alla struttura sanitaria accreditata con il Servizio Sanitario Nazionale, titolare di rapporto contrattuale con esso, purché la determinazione della parte di tale volume assoggettata a riduzione tariffaria consegua da un'analisi specifica dell'accertamento e dell'incidenza dei costi in concreto riducibili svolta dalla P.A., assicurando la compatibilità del contenimento della spesa sanitaria così conseguito con i concorrenti principi di remuneratività delle tariffe e di effettiva facoltatività delle prestazioni cd. marginali. (1)*

(...Omissis...) **Fatto e diritto.**

Con la sentenza appellata, il T.A.R. Liguria ha accolto, limitatamente ai motivi presi in esame e ritenuti fondati, la domanda di annullamento proposta dagli odierni appellati, con distinti ricorsi di cui il T.A.R. ha preliminarmente disposto la riunione, avverso, in primis, la delibera di Giunta della Regione Liguria n. 229 del 24 marzo 2017, avente ad oggetto l'approvazione, ai sensi dell'art. 3, comma, lett. i) l.r. n. 17 del 29 luglio 2016, del "Programma operativo in materia di attività contrattuale con i soggetti erogatori privati accreditati" predisposto dall'Azienda Ligure Sanitaria (di seguito A.Li.Sa), nonché avverso la deliberazione del Commissario Straordinario di A.Li.Sa n. 43 dell'8 maggio 2017, avente ad oggetto "contratti con i soggetti erogatori accreditati dei servizi sanitari. Approvazione documento recante 'modalità applicative del programma operativo', schema tipo degli accordi contrattuali e primi requisiti di qualità".

I promotori dei ricorsi (...omissis...) lamentavano in particolare che l'impugnata delibera di A.Li.Sa prevedeva, quanto ai pazienti psichiatrici e disabili con età superiore a 65 anni, una decurtazione della tariffa giornaliera riconosciuta dal Servizio Sanitario Regionale destinata ad operare in relazione automatica con l'età anagrafica dei pazienti (> 65 anni) o con la durata del ricovero in comunità terapeutica (oltre 36 mesi), prescindendo da qualsiasi valutazione di tipo clinico: decurtazione che sarebbe andata ad aggiungersi a quella (pari al 50% per le prestazioni eccedenti il 96% del budget assegnato) già prevista dal meccanismo di regressione tariffaria, ledendo al contempo sia il diritto alla salute dei pazienti ricoverati, sia il diritto alla libera iniziativa economica, sotto il profilo della sostenibilità economica delle strutture erogatrici delle prestazioni, ciò sulla scorta di una determinazione assunta unilateralmente e senza alcun previo confronto istruttorio, avendo le P.A. resistenti semplicemente presentato le loro determinazioni e chiesto alle strutture private accreditate l'immediata sottoscrizione delle schede di budget e dei contratti, senza alcuna comparazione tra gli in-

teressi in gioco ne alcuna considerazione del sacrificio imposto ai destinatari delle misure adottate. (...omissis...) Il T.A.R. ha riconosciuto la fondatezza dei ricorsi sotto il profilo, qualificato assorbente, della violazione degli artt. 2, 3 e 4 della l.r. n. 17 del 29 luglio 2016, sulla scorta della mancata predeterminazione, ad opera della Giunta Regionale, dei criteri e dei principi in materia di definizione del sistema di remunerazione delle prestazioni ai soggetti privati accreditati. In particolare, (...omissis...) il T.A.R. ha osservato che non risulta che la Giunta Regionale della Regione Liguria abbia approvato preventivamente i suddetti criteri e principi per la definizione, da parte di A.Li.Sa., dei contratti con i soggetti erogatori privati accreditati, con specifico riferimento al sistema di remunerazione delle prestazioni ed alla innovativa metodologia della "regressione tariffaria": (...omissis...). A.Li.Sa potrà (...omissis...) stipulare con i soggetti accreditati 'addendum contrattuali' per la qualificazione delle attività e il miglioramento continuo della qualità", tanto più in quanto, facendo espresso riferimento alla remunerazione delle prestazioni "eccedenti", giammai potrebbe ritenersi che "tale provvedimento abbia in qualche modo autorizzato od anche soltanto prefigurato il meccanismo della "regressione tariffaria" (...omissis...), giacché tale innovativo meccanismo, a prescindere dalla sua conformità all'art. 8-quinquies del D.Lgs. n. 502/1992, opera a partire da percentuali inferiori (in misura diversa, a seconda del tipo di attività) al 100% del budget di spesa assegnato a ciascun soggetto accreditato privato, e dunque anche per prestazioni non eccedenti il budget".

Né, ha concluso il T.A.R. con la sentenza appellata, potrebbe ritenersi che il vizio sia stato sanato ad opera della deliberazione di G.R. n. 550 dell'11 luglio 2017, impugnata con motivi aggiunti, atteso che, "analogamente a quanto avviene per la funzione consultiva, il cui esercizio ex post, o a sanatoria, e inammissibile, dovendo il parere necessariamente precedere la pronuncia dell'organo deliberante (cfr. Cons. di St., VI, 6.6.2011, n. 3354), deve ritenersi che anche la fissazione di principi e criteri generali per l'esercizio di una funzione amministrativa, essendo prodromica all'atto di esercizio della relativa funzione, debba necessariamente precederlo", laddove la delibera suindicata, essendo finalizzata a "sterilizzare le censure dedotte dai ricorrenti, risulta affetta anche dal vizio di eccesso di potere, giacché la finalità che ha ispirato l'atto non è certo quella tipica di cui all'art. 3 comma 2 lett. i) L.R. n. 17/2016".

Mediante i motivi dell'appello, proposto da A.Li.Sa. - Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria, la sentenza appellata viene censurata: 1) (omissis) 2) nella parte in cui ha accolto i ricorsi sulla scorta della ritenuta inosservanza del modello procedimentale delineato dalla l.r. n. 17/2016, (...omissis...) Tanto premesso, i motivi dell'appello proposto da A.Li.Sa., ed ai quali ha aderito la Regione Liguria, sono meritevoli di accoglimento, nei limiti di seguito precisati: essi, tuttavia, sono inidonei, come si vedrà, a determinare la riforma, se non nella componente motivazionale, della sentenza appellata.

(...Omissis...) Nel merito, i motivi ritualmente riproposti dalle parti appellate (omissis) devono essere (parzialmente)

accolti e conseguentemente confermata, sebbene con diversa motivazione, la sentenza appellata.

Si procederà quindi, nel prosieguo, ad analizzare le censure non esaminate dal T.A.R., accorpando quelle che, sebbene distintamente formulate con i ricorsi riuniti e con i successivi motivi aggiunti, abbiano analogo contenuto, quando non perfettamente sovrapponibili, mentre separate considerazioni saranno riservate a quelle prive di tali caratteristiche. Lamentava in primo luogo la appellata (...*omissis*...) che i provvedimenti impugnati introducono un meccanismo in base al quale i pazienti, al superamento dei 65 anni, qualora ricoverati in RSA o RP Psichiatriche, vengono automaticamente ricondotti al livello di intervento terapeutico più basso, "socioriabilitativo", delle prestazioni erogate, pur rimanendo nella stessa struttura; che inoltre, altrettanto automaticamente, la struttura subisce una decurtazione della tariffa giornaliera riconosciuta dal Servizio Sanitario Nazionale pari al 30% per le RSA ed al 10% per le R.P.; che anche per le Comunità Terapeutiche ad utenza psichiatrica i provvedimenti annullati individuano un termine di ricovero, pari a 36 mesi, oltrepassati i quali la tariffa viene ridotta del 30%, rimanendo il paziente nella stessa struttura.

Deduceva altresì la appellata (...*omissis*...) che i LEA, nel prevedere la possibilità di cure per pazienti anche psichiatrici subacuti a vario livello di intensità (alto, medio, basso), non individuano un limite temporale "automatico" ne tantomeno anagrafico della prestazione, come il superamento dei 65 anni di età o quello dei 38 mesi di ricovero del paziente psichiatrico in comunità terapeutica, che sono invece previsti dai provvedimenti impugnati, dovendo la valutazione dell'appropriatezza della prestazione passare attraverso la rivalutazione delle condizioni cliniche del paziente.

Aggiungeva la appellata (...*omissis*...) che le menzionate previsioni non tengono conto del fatto che le esigenze assistenziali sono rapportate non ad astratte parametrizzazioni e quantificazioni, bensì alle condizioni personali ed alle necessità del singolo paziente.

Le censure non possono essere accolte (...*omissis*...) In particolare, per quanto concerne i pazienti disabili, la rivalutazione del bisogno assistenziale - con la connessa riduzione tariffaria - al raggiungimento dei 65 anni viene effettuata da uno specialista del servizio disabili e da un geriatra, appartenenti alle strutture competenti della ASL inviante, ed ha lo scopo di accertare che "la persona ha caratteristiche cliniche stabili e cronicizzate tali da esprimere principalmente bisogni di assistenza infermieristica, tutelare e di socializzazione, oltre che di monitoraggio medico, e non ha prevalenti bisogni di riabilitazione", ovvero che la condizione della persona risulti "compatibile con un livello assistenziale a più bassa intensità di quello ordinariamente previsto per le tipologie di strutture residenziali per disabili (Presidi ex art. 26, RSA Disabili e Strutture Socioriabilitative)".

Per quanto riguarda invece i pazienti psichiatrici ultrasessantacinquenni, è previsto che la rivalutazione dei bisogni assistenziali e la revisione del Piano di Trattamento Individuale siano operate dallo specialista di riferimento del CSM competente, avendo esse la finalità di accertare se "la persona ha caratteristiche cliniche stabili e cronicizzate tali da esprimere principalmente bisogni di assistenza infermieristica, tutelare e di socializzazione, oltre che di monitoraggio medico, e non ha prevalenti bisogni di riabilitazione", ovvero che la condizione della persona risulti "compatibile con un livello assistenziale a più bassa intensità di quello ordinariamente previsto per le tipologie di strutture residenziali per pazienti

psichiatrici". (...*Omissis*...)

Ebbene, in primo luogo, le formule predefinite con la delibera impugnata non conferiscono alcun carattere di rigidità ed automatismo alla rivalutazione dei bisogni assistenziali delle suindicate categorie di pazienti, limitandosi a tipizzare la condizione assistenziale dal cui accertamento consegue la riduzione tariffaria: esse hanno pertanto esclusivamente lo scopo di definire i presupposti della riduzione, ferma restando la libertà valutativa del medico che procede all'accertamento nel riscontrare l'effettiva evoluzione verificatasi nelle esigenze assistenziali del paziente, tale da giustificare uno standard assistenziale caratterizzato da minore intensità.

Inoltre, la (eventuale) permanenza del paziente nella struttura non costituisce il frutto della inerzia o inefficienza della ASL, che non provvede al suo trasferimento presso altra struttura caratterizzata da requisiti assistenziali in linea con il più basso fabbisogno assistenziale eventualmente rilevato, ma delle "esigenze del paziente", che devono essere tenute in prioritaria considerazione (...*omissis*...) allorché, in sede di accertamento dei nuovi bisogni assistenziali, potrà essere valutato il trasferimento del paziente presso altra tipologia di struttura a carattere estensivo.

Consegue, dalla analisi che precede, che la riduzione tariffaria paventata dalle parti appellate e solo eventuale (conseguendo ad un percorso istruttorio e valutativo puntualmente disciplinato, inteso alla rivalutazione del fabbisogno assistenziale dei pazienti interessati), presuppone l'accertamento della compatibilità di una prestazione meno complessa da un punto di vista assistenziale con i bisogni del paziente concretamente rilevati, e finalizzata a restituire coerenza al rapporto tra prestazione, qualitativamente considerata in relazione allo specifico bisogno assistenziale che e intesa a soddisfare, e costi che la struttura deve sostenere per eseguirla, senza quindi alterare il principio di remuneratività della tariffa (che sulla costante conservazione di quel rapporto di coerenza si incentra), ed è corredata degli accorgimenti necessari per conciliare il ridimensionamento della efficacia assistenziale della prestazione, conseguente alla rivalutazione clinica del paziente ultrasessantacinquenne, con i più elevati requisiti organizzativi della struttura ospitante, rappresentati dalla doverosa e specifica valutazione della sussistenza dei presupposti per il trasferimento del paziente rivalutato presso altra struttura avente requisiti proporzionati alla prestazione ritenuta sufficiente in rapporto ai bisogni clinici riscontrati, compatibilmente con le esigenze prioritarie del medesimo (ergo con la necessità, da valutare caso per caso, di assicurare "la continuità del percorso di vita all'interno delle strutture presso le quali sono già inseriti", come testualmente afferma la deliberazione n. 72/2017).

Analoghe osservazioni devono svolgersi per la previsione in base alla quale, per le Comunità Terapeutiche, viene introdotto un abbattimento della tariffa del 30% oltre i 36 mesi. Anche in tal caso, infatti, la riduzione tariffaria e subordinata alla rivalutazione, condotta dallo specialista di riferimento del CSM competente, delle condizioni cliniche della persona, al cui esito è subordinata "la prosecuzione del percorso terapeutico riabilitativo": pertanto, solo "in assenza di certificazione della necessità di prosecuzione dei trattamenti ad alta intensità riabilitativa ed elevata tutela sanitari, si applicherà l'abbattimento" tariffario.

Ne, da questo punto di vista, potrebbe aderirsi alla prospettazione della parte appellata, secondo cui le cause della riduzione tariffaria sarebbero imputabili alla inefficienza dell'Amministrazione, che non avrebbe predisposto per tempo soluzioni con-

formi al mutato status assistenziale del paziente: invero, se per un verso nessuna soluzione alternativa sarebbe logicamente prefigurabile finché, al decorso dei 36 mesi di durata del trattamento riabilitativo remunerato a tariffa “piena”, non venga accertato, nelle forme e con le garanzie previste, l’abbassamento del livello assistenziale di cui abbisogna il paziente, per altro verso non può che ritenersi logicamente estesa a tale ipotesi di riduzione tariffaria la valutazione della opportunità di trasferimento del paziente presso altra idonea struttura, compatibilmente con l’interesse del medesimo alla permanenza nella struttura ospitante e senza trascurare l’interesse della struttura alla esecuzione di prestazioni qualitativamente conformi (e corrispondentemente remunerate) ai requisiti posseduti.

Con ulteriore censura, le parti appellate contestano il meccanismo della regressione tariffaria come disciplinato dai provvedimenti impugnati, in base al quale, all’interno del volume di spesa (budget) assegnato alla struttura, opera la decurtazione della tariffa riconosciuta, nella misura del 50% per le prestazioni sanitarie che eccedano il 96% del budget assegnato: ne, esse aggiungono, la decurtazione in tal modo imposta alle strutture potrebbe trovare giustificazione nella facoltatività delle prestazioni interessate, atteso che il rifiuto di esecuzione delle stesse implicherebbe la diminuzione del proprio budget a “consuntivo” nell’anno e la conseguente riduzione del budget assegnato l’anno successivo, in base al meccanismo della cd. storicizzazione.

(... *Omissis*...) Il meccanismo contestato, concludono sul punto le parti appellate, determina la lesione del diritto alla salute, perché il cittadino non può ricevere il livello minimo di cure previsto dai LEA nazionali (e recepiti a livello regionale), atteso che le prestazioni “sottopagate” non possono essere di livello adeguato, nonché la lesione del diritto alla libera iniziativa economica, dal momento che le tariffe applicabili alle strutture accreditate sono determinate in base a determinati standards richiesti alla struttura accreditata sia a livello “strutturale” che di sicurezza, organizzativi e di personale ecc., anche per garantire la sostenibilità economica della struttura erogatrice.

Il motivo non è meritevole di accoglimento.

Deve in primo luogo verificarsi, alla stregua delle censure attoree, se l’introduzione del contestato meccanismo tariffario, di carattere regressivo e destinato ad esplicare i suoi effetti all’interno del budget assegnato alla struttura, sia riconducibile all’ambito dei poteri legittimamente esercitabili dalla Regione Liguria (e, per suo conto, da A.Li.Sa.): questione che, siccome attinente all’an del potere de quo, deve essere affrontata in via preliminare. Al fine di dimostrare la tesi contraria, le parti appellate fanno leva sul disposto dell’art. 8 quinquies, comma 1, lett. d) d.lvo n. 502 del 30 dicembre 1992, ai sensi del quale “le regioni (...) definiscono l’ambito di applicazione degli accordi contrattuali ed individuano i soggetti interessati, con specifico riferimento ai seguenti aspetti: (...) criteri per la determinazione della remunerazione delle strutture ove queste abbiano erogato volumi di prestazioni eccedenti il programma preventivo concordato, tenuto conto del volume complessivo di attività e del concorso allo stesso da parte di ciascuna struttura”.

Il quesito, ad avviso della Sezione, deve invece ricevere risposta affermativa.

Anche prescindendo dal ragionamento condotto da A.Li.Sa. in sede difensiva, secondo cui la regressione tariffaria censurata dai ricorrenti sarebbe conforme alla letterale disciplina di cui all’art. 8 quinquies lett. d), d.lvo n. 502/1992, atteso che il tetto di attività imposto dall’accreditamento sarebbe quello corrispondente alla soglia di attività remunerata a tariffa piena, mentre solo la produzione ulteriore e assoggettata a regressione tariffa-

ria, deve considerarsi che la disposizione citata non ha carattere limitativo, ovvero non è idonea a (ne persegue la funzione di) circoscrivere l’ambito dei poteri esercitabili dagli Enti suindicati alle sole tematiche menzionate: ciò che è reso evidente dall’inciso introduttivo “con specifico riferimento”, indicativo della necessità di dettare disposizioni negli ambiti tematici elencati, senza tuttavia inibire l’estensione dell’attività regolatrice ad altri non espressamente menzionati.

Tale conclusione è conforme, del resto, alla natura programmatica dei poteri attribuiti alla Regione in ambito sanitario, i quali non tollerano restrizioni del loro ambito operativo, dovendo esplicarsi in tutte le direzioni che, compatibilmente con i principi regolatori dell’attività amministrativa, risultino funzionali al loro scopo tipico.

Allo stesso modo, la legittimità del meccanismo tariffario de quo non può essere scrutinata, ed eventualmente negata, sulla scorta di una nozione aprioristica di budget, il quale rappresenterebbe la misura minima garantita di prestazioni remunerate sulla base delle tariffe ordinarie: si che qualunque meccanismo remunerativo che, per le prestazioni ricomprese nel budget, prevedesse una riduzione tariffaria, come quello oggetto di giudizio, si porrebbe in insanabile contraddizione con quel concetto-base del rapporto SSR-enti erogatori accreditati.

Il budget, invero, così come lo specifico sistema tariffario adottato in concreto e le relative metodologie applicative, costituiscono il frutto della contrattazione posta concretamente in essere dal SSR e dai soggetti erogatori, sulla scorta delle prescrizioni regionali e, nella Regione Liguria, di quelle dettate da A.Li.Sa. nell’esercizio della sua funzione definitoria del contenuto degli accordi medesimi: nulla esclude, pertanto, che tale attività metta capo ad un sistema di remunerazione in base al quale, fermo il limite complessivo di spesa per struttura rappresentato dal budget, la tariffazione delle prestazioni che il budget è destinato a finanziare avvenga in forma diversificata, in rapporto al loro collocarsi o meno, nella curva della produzione, nell’area marginale (corrispondente a quella di flessione dei costi produttivi) della stessa.

Ne il meccanismo in discussione risulta antagonista rispetto all’esigenza di tutela dell’affidamento degli enti erogatori, dal momento che, in un sistema di relazioni tra questi ed il SSR improntato al principio della contrattazione e della rinnovazione annuale dei contratti, essi non possono fare affidamento sui contenuti degli accordi relativi alle annualità precedenti (che al sistema regressivo non si conformavano), dovendo la contrattazione elasticamente adeguarsi, nei limiti della ragionevolezza, ai principi di volta in volta elaborati dall’Amministrazione in tema di programmazione e contenimento della spesa sanitaria.

Ancora, la previsione contestata - intesa a fissare percentuali di attività, rispetto al budget complessivo assegnato, al raggiungimento delle quali scatta la prevista riduzione tariffaria - non può ritenersi a priori ed astrattamente contrastante con il principio di remuneratività, che deve ispirare il rapporto contrattuale dei soggetti accreditati con il SSR, con quello di sostenibilità economica degli stessi e con quello di salvaguardia del livello qualitativo delle prestazioni concordate: essa infatti si fonda sull’assunto, non irragionevole in linea generale (ferma la necessità di una attenta verifica in concreto, come si dirà infra), secondo cui il costo di esecuzione delle prestazioni decresce in rapporto all’approssimarsi della produzione alle sue unità marginali, essendo i costi fissi (o quantomeno alcuni di essi, esemplificati in sede difensiva da A.Li.Sa. nel costo della struttura edilizia e tecnica, con particolare riguardo alla pulizia, al calore, alla sorveglianza) già ammortizzati ed incorporati nella tariffa “piena” corrisposta a pagamento delle prestazioni già eseguite.

(...*Omissis*...)

Deve solo aggiungersi che la facoltatività “giuridica” delle prestazioni interessate dalla riduzione tariffaria, così come prevista dalla deliberazione impugnata (laddove prevede che “l’assegnazione del budget implica il diritto e l’obbligo dell’accreditato di rendere prestazioni a tariffa piena nel limite del percentuale indicato, per ogni area sanitaria e sociosanitaria e per ciascuna tipologia di prestazione, nel successivo capitolo “Regressione tariffaria”, nonché laddove si precisa che “tali regressioni sono introdotte, fermo restando che si tratta di prestazioni facoltative...”), non è smentita dalla obbligatorietà “di fatto” delle stesse, sostenuta dalle parti appellate alla luce del fatto che la mancata esecuzione delle prestazioni “marginali” costituirebbe il presupposto per la diminuzione del budget relativo all’anno successivo, siccome determinato, secondo il metodo della cd. “storizzazione”, sulla base del consuntivo delle prestazioni rese nell’anno precedente: deve infatti osservarsi che le prestazioni interessate dalla decurtazione tariffaria non perdono la loro facoltatività, nemmeno da un punto di vista pratico, qualora la tariffa, pur abbattuta nella misura percentuale prevista dalla delibera impugnata, sia effettivamente remunerativa dei fattori produttivi implicati nella loro esecuzione (così permanendo l’interesse della struttura all’esaurimento del budget assegnato). Il discorso, alla luce dei rilievi che precedono, non può che spostarsi, quindi, sul quomodo dell’esercizio del potere de quo, come concretamente avvenuto, una volta acclarata la sua astratta legittimità. (...*Omissis*...)

Sotto altro profilo, il meccanismo tariffario introdotto con i provvedimenti impugnati non rinnega le tariffe stabilite dalla Regione a remunerazione delle prestazioni erogate dalle strutture accreditate, ne disconosce gli standards qualitativi che sono alla base della loro esecuzione, ma muove dal presupposto della flessione che la struttura dei costi subisce all’approrssimarsi del margine superiore della produzione preventivata e contrattata.

Del resto, non è allegato né dimostrato che le tariffe determinate in sede regionale incorporino la riduzione dei costi correlata all’incremento della produzione, con la conseguenza che risulta del tutto ragionevole, in via di principio, che tale riduzione sia considerata nella concreta articolazione dei criteri tariffari da recepire nell’ambito della contrattazione con le strutture accreditate.

Quanto poi alla predicata incidenza perturbatrice dei provvedimenti impugnati economico-finanziario degli enti accreditati, quale sintomo di illogicità e violazione del principio di proporzionalità, deve osservarsi che nessuna dimostrazione è stata data della stessa, né essa può ritenersi in re ipsa nella disciplina contestata, attesa la sua incidenza marginale sull’attività produttiva (anche in termini di incremento di prestazioni attese dal nuovo sistema tariffario). (...*Omissis*...)

Allega ancora la appellata (...*omissis*...) che i provvedimenti impugnati si fondano sull’esigenza di realizzare un risparmio economico per consentire l’erogazione di un maggior numero di prestazioni, senza evidenziare l’esigenza di ottemperare alle disposizioni nazionali in materia di spending review, pur richiamate negli atti impugnati, che peraltro si applicano esclusivamente alle strutture ospedaliere e/o ambulatoriali, ma non alle strutture extra ospedaliere quali quelle ad utenza psichiatrica.

La censura non può ritenersi fondata.

Indipendentemente dalla vigenza di specifiche disposizioni, pertinenti al settore considerato, intese a prescrivere determinati obiettivi di risparmio della spesa sanitaria, non può negarsi che la riduzione di quest’ultima, ovvero l’adeguamento della sua gestione a principi di maggiore efficienza e razionalità, costituisca un obiettivo immanente dell’attività di programmazione: obiet-

tivo, peraltro, cui il sistema tariffario contestato si rivela funzionale anche a prescindere dall’esigenza di ridurre le cd. liste di attesa (e della loro stessa esistenza, contestata dalla parte appellata), ove si consideri che il mancato raggiungimento del budget complessivo, eventualmente conseguente all’incremento della produzione per effetto della riduzione tariffaria delle prestazioni cd. marginali (con il conseguente ipotetico pieno soddisfacimento del fabbisogno), non può che incidere sulla determinazione del budget per l’anno successivo (concorrendo in tal modo all’allineamento tra budget ed effettivo fabbisogno di prestazioni sanitarie).

Deduce quindi la appellata (...*omissis*...) che il meccanismo della “regressione tariffaria” risulta illegittimo alla luce degli stessi orientamenti del Consiglio di Stato, applicandosi esso non sulle prestazioni che eccedano il volume assegnato (budget), ma al suo interno.

La censura non è meritevole di accoglimento.

Se infatti i precedenti citati dalla parte appellata si attagliano alla fattispecie considerata (di regressione tariffaria per le prestazioni eccedentarie), da essi non può ricavarsi alcuna implicazione interpretativa relativamente al trattamento tariffario delle prestazioni “marginali” comprese all’interno del budget.

Deve solo rilevarsi che l’irrazionalità della disciplina tariffaria dettata con i provvedimenti impugnati non può ritenersi discendere dal cd. effetto cumulativo derivante dall’applicazione combinata delle riduzioni tariffarie dianzi analizzate, trovando esse giustificazione in diversi e compatibili fattori di abbattimento dei costi di produzione. (...*Omissis*...)

Fondato, invece, è il motivo di ricorso (...*omissis*...) con il quale si deduce che, qualora si ritenesse applicabile il principio dell’utilità marginale, la quantificazione delle sue conseguenze - ovvero la determinazione delle fasce del budget assoggettate a riduzione tariffaria - dovrebbe conseguire da un’analisi specifica dell’accertamento e dell’incidenza dei costi in concreto riducibili”.

Deve invero osservarsi che l’Amministrazione appellante non ha esibito in giudizio i dati da cui sono state ricavate le percentuali del budget oltre le quali scatta il meccanismo di regressione tariffaria e le stesse previste percentuali di riduzione: dati la cui acquisizione, in funzione dell’adozione dei provvedimenti impugnati, sarebbe stata imprescindibile, al fine di verificare che il meccanismo in discorso sia compatibile con i concorrenti principi di remuneratività delle tariffe e di effettiva facoltatività delle prestazioni cd. marginali.

Sarebbe invece stato necessario, sulla scorta di una approfondita analisi delle voci di costo sottostanti le tariffe regionali, individuare quelle interessate dalle ipotizzate economie di scala, tenuto conto della specificità delle prestazioni de quibus e delle strutture deputate ad erogarle: invero, se la determinazione della soglia applicativa della regressione, correlata a volumi prestazionali prossimi al limite di budget, può ritenersi prima facie fondata su una ragionevole presunzione di riduzione di alcune voci di costo, a diversa conclusione deve pervenirsi con riguardo alle (significative) percentuali di regressione tariffaria, in ordine alle quali maggiormente evidente è il deficit istruttorio lamentato dalle appellate, con riguardo alla tipologia dei costi interessati dall’abbattimento e della relativa misura.

Il comportamento processuale dell’Amministrazione, unitamente alla mancata menzione dei dati istruttori predetti nel contesto dei provvedimenti impugnati, non possono quindi che avvalorare la censura di carenza istruttorio lamentata dalle appellate.

La domanda di annullamento da queste proposta avverso la deliberazione di A.Li.Sa. n. 72/2017 ed avverso la deliberazione

di G.R. n. 550/2017, nella parte in cui recepisce e fa proprio il documento “modalità applicative del programma operativo in materia di attività contrattuale con i soggetti erogatori privati accreditati”, poi approvato con la deliberazione di A.Li.Sa. n. 72/2017 ed affetto dai vizi suindicati, e quindi meritevole di accoglimento, nei limiti di interesse (ovvero nella parte in cui le delibere medesime incidono sull’area di attività di pertinenza delle parti appellate), salve le ulteriori determinazioni dell’Amministrazione: la sentenza appellata, il cui dispositivo caducatorio deve quindi essere circoscritto alle deliberazioni di G.R. n. 550/2017 e di A.Li.Sa. n. 72/2017, deve conseguentemente essere confermata, nei limiti e con gli effetti suindicati. La complessità dell’oggetto della controversia giustifica infine la compensazione delle spese di giudizio.

#### P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e conferma, con diversa motivazione, la sentenza appellata, relativamente all’annullamento della deliberazione di G.R. n. 550/2017 (nella parte in cui recepisce e fa proprio il documento “modalità applicative del programma operativo in materia di attività contrattuale con i soggetti erogatori privati accreditati”) e della deliberazione di A.Li.Sa. n. 72/2017, nei limiti di interesse delle parti appellate, salve le ulteriori determinazioni dell’Amministrazione. (...*Omissis*...)

#### (1) Diritto alla salute e diritto all’esercizio di impresa nel rapporto con il Servizio sanitario nazionale.

**Sommario:** 1. *Il caso oggetto della decisione.* - 2. *La specificità della materia sanitaria e i L.E.A.* - 3. *La “regressione tariffaria”.* *Il diritto all’esercizio dell’impresa ed il diritto alla salute.* - 4. *Una motivazione “circolare” e contraddittoria.* - 5. *Il potenziale contrasto con altra coeva decisione del Consiglio di Stato che boccia la “salute a tempo”.*

##### 1. Il caso oggetto della decisione.

La Sentenza in oggetto segna un punto nel lungo contenzioso tra le strutture private accreditate, *profit* e *no profit*, con il Servizio Sanitario Regionale Ligure. Contenzioso che è ancora in essere, con ricorsi pendenti in primo grado innanzi al Tribunale Amministrativo, dato che la disciplina in discussione è stata replicata più volte per affrontare i ricorsi e gli arresti innanzi al Giudice Amministrativo.

Il motivo di contenzioso nacque dall’introduzione nella Regione Liguria, mediante provvedimenti della Giunta Regionale e dell’Azienda Sanitaria Ligure (A.Li.Sa.), della “regressione tariffaria”, istituto utilizzato da tempo per la remunerazione delle prestazioni sanitarie erogate (pur se richieste dalle stesse aziende sanitarie locali) oltre il volume massimo assegnato, come previsto dall’art. 8 *quinquies* del D. Lgs. 502/92, alle strutture erogatrici di prestazioni sanitarie per il Servizio Sanitario Regionale, in sede di stipulazione dell’accordo contrattuale.

In particolare, la “regressione tariffaria” ligure poggiava su asserite “economie di scala” al crescere delle prestazioni erogate (anche comprese nel volume massimo contrattualmente assegnato). Tale marginalità economica genericamente enunciata comportava il dimezzamento della remunerazione per le prestazioni rese oltre il 95% (o percentuale superiore) del budget annuale assegnato alla struttura; oltre a ciò, era comunque previsto un abbattimento percentuale della tariffa per i pazienti (psichiatrici o disabili) ultra sessantacinquenni di età che non

fossero stati trasferiti in altra struttura a minore intensità terapeutica; altro abbattimento percentuale era previsto per i pazienti ospitati in Comunità terapeutiche Psichiatriche dopo 36 mesi senza trasferimento in altra struttura di minore intensità terapeutica e tariffa).

##### 2. La specificità della materia sanitaria e i L.E.A.

Il tutto si inseriva in una materia particolarmente complessa, oggetto di legislazione concorrente di Stato e Regione, coinvolgendo esigenze di programmazione e governo della spesa pubblica, ma anche di tutela della Salute che involgono il rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, di cui all’art. 117 Cost., comma 2, lett. m), di competenza dello Stato; livelli intesi come espressione delle soglie minime di prestazione idonee a garantire, nel rispetto dei fondamentali principi di uguaglianza e solidarietà, la tutela del diritto costituzionalmente garantita alla salute, ex art. 32 Cost., che non costituiscono, secondo la Corte Costituzionale (sent. 26 giugno 2002, n. 282) tanto una “materia”, quanto un mezzo di individuazione delle competenze legislative ripartite tra Stato e Regioni. I Livelli Essenziali di Assistenza (L.E.A.) sono infatti piuttosto una competenza trasversale del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie in materia di Salute, rispetto alle quali il legislatore (nazionale e regionale per parte di sua competenza) deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull’intero territorio nazionale, il godimento del contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarli o condizionarli. Il Diritto alla Salute si affianca, senza essere in contraddizione ed anzi risultandone rafforzato, con il diritto alla iniziativa economica protetta dall’art. 41 Cost. e dal Diritto dell’Unione Europea (tra cui la Carta di Nizza) così come dalla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo interpretata dalla Corte di Strasburgo (Prot. 1, art. 1 della CEDU).

##### 3. La “regressione tariffaria”. Il diritto all’esercizio dell’impresa ed il diritto alla salute.

La Sentenza rappresenta per ora un *unicum*, dato che la Giurisprudenza amministrativa aveva sempre ritenuto applicabile la “regressione tariffaria” (cioè, quindi, la remunerazione ridotta rispetto alle tariffe dalla Regione individuate in base agli standard strutturali, tecnologici, di personale ecc. dalla medesima Regione fissati) solo per le prestazioni rese oltre il volume massimo convenuto (prestazione “eccedentarie”). La stessa Sentenza di primo grado riformata con la presente decisione in appello, pur avendo accolto i ricorsi sulla base della violazione del riparto di competenze tra la Giunta Regionale e l’Azienda Sanitaria Regionale previsto dalla Legge regionale assorbendo gli altri motivi di ricorso, aveva incidentalmente rilevato in motivazione che la regressione tariffaria era possibile comunque solo per le prestazioni “eccedentarie”: così come, ad esempio, affermato da Cons. di Stato. sez. III n. 566/2016 ed altra giurisprudenza costante.

Secondo tale giurisprudenza (e secondo i ricorrenti), l’applicazione della regressione tariffaria alle prestazioni “eccedentarie” può essere giustificata per esigenze di contenimento della spesa pubblica; ma in tale caso è controbilanciata dalla remunerazione ricevuta per il volume di prestazione concordato (e superato). Volume che grazie alle tariffe integralmente corrisposte garantisce l’equilibrio economico del fornitore e la sua adeguata remunerazione, potendosi così presumere che le prestazioni eccedenti siano erogate a copertura dei costi avvenuta, legittimando così lo “sconto” economico al Servizio Sanitario Nazionale, perché effettivamente fondato su presumibili “eco-

nomie di scala". Essendo in tale visione, al contrario, illegittima l'applicazione della "regressione tariffaria" per le prestazioni comprese nel volume massimo (obbligatoriamente, alla stipulazione dell'accordo contrattuale) concordato. In questo caso, infatti, viene meno il delicato equilibrio che garantisce contemporaneamente una giusta remunerazione della attività economica svolta dal fornitore verso il Servizio Sanitario Nazionale, la programmazione ed il contenimento della spesa pubblica sanitaria, allo scopo di garantire una adeguata qualità del servizio a tutela della salute dei cittadini.

Garanzia assicurata dalla predisposizione di standard di qualità e corrispondenti tariffe, al di sotto delle quali la qualità minima (ed il diritto alla salute) verrebbe meno, impedendo di erogare gli stessi livelli essenziali di assistenza individuati dallo Stato e così determinando lo squilibrio economico del singolo fornitore, con effetti negativi sull'intero sistema, anche sotto il profilo della concorrenza e della libertà di impresa. Insomma, si configura, con la regressione tariffaria "alla ligure", la contemporanea lesione del diritto alla salute, perché il cittadino non può ricevere il livello minimo di cure costituzionalmente previsto nei LEA, dato che le prestazioni "sottopagate" non possono essere di livello adeguato; ma al contempo si configura la lesione del diritto alla libera iniziativa economica garantita dall'art. 41 Cost., dal diritto dell'U.E., dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e dai suoi Protocolli aggiuntivi come interpretati dalla giurisprudenza della Corte EDU. Ed in ogni caso, introducendo tale sistema di regressione tariffaria, la P.A. opera in contrasto con il principio di proporzionalità, volto a garantire che il mezzo utilizzato dalla autorità sia, al contempo, idoneo allo scopo perseguito ed efficace, ma comunque tale da comportare il minor sacrificio possibile degli interessi dei privati (si veda ad esempio Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2006, n. 2087; Cons. Stato, Sez. V, 14 dicembre 2006, n. 7448).

La Sentenza afferma esattamente il contrario: in teoria, essa asserisce, per la P.A. è possibile fare quasi tutto; casomai, può essere importante il "come" lo fa. Quindi, via libera in linea teorica alla "regressione tariffaria" anche per le prestazioni al di sotto del volume assegnato (budget), via libera alla riduzione della tariffa in caso di superamento del 65° anno di età (o al superamento di trentasei mesi di ricovero) senza trasferimento ad altra struttura di minore intensità terapeutica (per la quale è riconosciuta, stanti gli standard inferiori, minore remunerazione); via libera, per le strutture che non accettano di fornire le prestazioni a tariffa ridotta comprese nel volume massimo assegnato (budget) alla conseguente riduzione del volume massimo di prestazioni per l'anno successivo e così via.

#### 4. Una motivazione "circolare" e contraddittoria.

Il Consiglio di Stato, però, nonostante tali contestabili affermazioni, ha cassato comunque i provvedimenti impugnati, perché ciò che pur ha ritenuto "teoricamente" possibile, ha valutato nel caso concreto illegittimo perché tramutato in provvedimenti che, causa assoluta ed evidente assenza di istruttoria della P.A., non consente di poter dimostrare che i pazienti possano ricevere cure adeguate, che le prestazioni comprese nel budget soggette a riduzione tariffaria siano effettivamente "facoltative", che alla struttura erogatrice sia garantita la sostenibilità economica e il diritto ad una remunerazione corrispondente alle prestazioni sanitarie rese, per le quali deve, anche lavorando a tariffa ridotta, rispettare gli standard di accreditamento, sempre più onerosi

e stringenti: "qualora si ritenesse applicabile il principio dell'utilità marginale, la quantificazione delle sue conseguenze - ovvero la determinazione delle fasce del budget assoggettate a riduzione tariffaria - dovrebbe conseguire da un'analisi specifica dell'accertamento e dell'incidenza dei costi in concreto riducibili".

Non si rinviene insomma secondo il Collegio, nei provvedimenti impugnati, che la "regressione tariffaria alla ligure" sia compatibile con i concorrenti principi di remuneratività delle tariffe e di effettiva facoltatività delle prestazioni, qualificate nei provvedimenti annullati come marginali.

È invece necessario, secondo il Consiglio di Stato, sulla scorta di una approfondita analisi delle voci di costo sottostanti le tariffe regionali, individuare quelle parti dei costi riconosciuti in tariffa interessate dalle ipotizzate economie di scala, tenuto conto della specificità delle prestazioni *de quibus* e delle strutture deputate ad erogarle.

La Sentenza, nell'annullare la "regressione tariffaria alla ligure" è però, a parere di chi scrive, contraddittoria ed errata: in un campo così delicato come la sanità pubblica, il Consiglio di Stato "apre" infatti in teoria, pur negandolo oggi, alla possibilità di sconti e regressioni tariffarie in futuro a scapito di salute ed a spese delle imprese (soprattutto, delle PMI, con effetti nefasti sulla stessa concorrenza).

In tal modo, pur censurandone l'operato nello specifico caso, il Giudice Amministrativo amplia i margini di manovra delle amministrazioni regionali, peraltro ponendo alcuni paletti che, se rispettati, alla fine, in un percorso circolare (in teoria sì, in pratica no), lasciano ben poco spazio alle "teoricamente possibili" stagioni degli sconti in sanità pubblica sulla pelle dei pazienti e di chi li cura. Con la conseguenza di mettere comunque a rischio in futuro, in Liguria ed altrove, sia i diritti delle imprese che (della salute) dei cittadini e di trasformare il Giudice Amministrativo, nelle prossime occasioni di giudizio su tali temi, in un giudice "di merito" degli atti amministrativi a carattere generale portati alla sua attenzione; ciò in una materia, si ripete, così delicata ed aumentando inevitabilmente il contenzioso.

#### 5. Il potenziale contrasto con altra coeva decisione del Consiglio di Stato che boccia la "salute a tempo".

Peraltro, tale decisione è stata poche settimane dopo seguita da un'altra della stessa III Sezione del Consiglio di Stato (in diversa composizione del Collegio: Sent. 1818/2019) che ha annullato il D.P.C.M. 12.1.2017 "Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502" nella parte in cui prevede "alle forme di assistenza socio sanitaria semiresidenziale e residenziale alle persone con disturbi mentali di cui all'art. 33, comma 2 lettere a) e b) che prevedono trattamenti della "durata massima di 18 mesi, prorogabili per ulteriori 6 mesi" se "a carattere intensivo", e "di 36 mesi, prorogabili per ulteriori 12 mesi" se "a carattere estensivo";- alle forme di assistenza socio sanitaria semiresidenziale e residenziale alle persone con dipendenze patologiche, abuso di sostanze, ludopatia ecc. di cui all'art. 35, limitatamente alle ipotesi di cui alle previsioni di cui al comma 2 lettera a) e c) e 4 lettera b) con termini massimi di 18 mesi o 30 mesi."

Sconfessando il principio della "salute a tempo" ed anche una delle ipotesi teoricamente ritenute possibili dalla Sentenza annotata, laddove ha salvato la possibilità di prolungare il ricovero di un paziente oltre un termine anagrafico o di ricovero riducendo la tariffa riconosciuta fino al 30%.

Simona Lucianelli  
Avvocato, Foro di Genova

## Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

# Massime

TAR Lazio, sez. I quater, 19 marzo 2019 - Pres. Scala - Est. Andolfi - M. (Avv. Santamaria) c. Garante per la protezione dei dati personali (Avvocatura Generale dello Stato) e c. Piero Guido Alpa (Avv.ti Caldarelli e Gervasio) e c. Giuseppe Conte (non costituito in giudizio).

**ACCESSO CIVICO - Garante per la protezione dei dati personali - istanza - documenti e informazioni processuali in possesso di altra amministrazione - rigetto.**

(Art. 116 d.lgs. 104/2010 "Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo"; art. 5 d.lgs. 33/2013 "Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni")

**ACCESSO CIVICO - Garante per la protezione dei dati personali - istanza - controllo generalizzato sull'attività della Pubblica Amministrazione - insussistenza dell'interesse - rigetto.**

(Art. 116 d.lgs. 104/2010 "Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo"; art. 15 d.lgs. 33/2013 "Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni")

*L'istanza di accesso a documenti e informazioni processuali relativi ad un processo che ha coinvolto il Garante per la protezione dei dati personali è erroneamente rivolta all'amministrazione resistente, non tenuta a svolgere alcuna funzione di deposito, pubblicazione, conservazione dei relativi atti giudiziari. (1)*

*Il controllo sull'attività dei privati e sui rapporti tra essi intercorrenti non rientra tra le finalità di controllo generalizzato sul buon andamento della pubblica amministrazione e sul corretto utilizzo delle risorse pubbliche in nome delle quali si può chiedere l'accesso civico ex art. 15 d.lgs. 33/2013. (2)*

(1) L'accesso doveva essere richiesto presso l'ufficio giudiziario che ha definito il giudizio, nel caso di specie il Tribunale civile di Roma.

(2) Il ricorrente aveva richiesto di prendere visione delle fatture e dei documenti contabili relativi alla liquidazione dei compensi dei due avvocati che avevano preso parte alla difesa dell'amministrazione resistente, al solo fine di verificare i rapporti professionali intercorrenti tra i due legali.

C.G.

Corte Costituzionale, 9 gennaio 2019, n. 1 - Pres. Lattanzi - Rel. Morelli - Pres. Cons. ministri (Avv. Stato Venturini) - Regione Liguria (Avv. Cuculo).

**DEMANIO marittimo - concessioni agli operatori balneari - libertà di concorrenza e di stabilimento - competenza legislativa statale esclusiva - legge regionale - illegittimità costituzionale - sussistenza.**

(Costituzione, art. 117, comma 2, lett. e); legge Regione

Liguria 10 novembre 2017, n. 26, art. 2, comma 2; Corte cost. sentt. nn. 40 e 117 del 2017, 118 del 2018)

**DEMANIO marittimo - concessioni agli operatori balneari - mercato a dimensione ultralocale - interesse di operatori stabiliti in altro Stato membro dell'U.E. - sussistenza.**

(Costituzione, art. 117, comma 2, lett. e); legge Regione Liguria 10 novembre 2017, n. 26)

**DEMANIO marittimo - concessioni agli operatori balneari - direttiva dell'Unione europea - competenza legislativa statale esclusiva - legge regionale successiva ad intervento dello Stato in sussidiarietà o in via di attuazione immediata della Regione - illegittimità costituzionale - sussistenza.**

(Costituzione, art. 117, comma 2, lett. e); direttiva 2006/123/CE; d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59 del 2010, art. 84; legge Regione Liguria 10 novembre 2017, n. 26; Corte cost. sent. n. 398 del 2006)

**DEMANIO marittimo - concessioni agli operatori balneari - durata minima - competenza legislativa statale esclusiva - legge regionale - illegittimità costituzionale - sussistenza.**

(Costituzione, art. 117, comma 2, lett. e); legge Regione Liguria 10 novembre 2017, n. 26, art. 4, comma 1; Corte cost. sent. n. 176 del 2018)

**REGIONE LIGURIA - tutela della concorrenza - concessioni demaniali marittime - proroga delle concessioni demaniali - illegittimità costituzionale.**

(Costituzione, art. 117, comma 2, lett. e)

**REGIONE LIGURIA - concessioni demaniali marittime - proroga indiscriminata - violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. - violazione dell'art. 49 TUE e dell'art. 12, par. 2, della direttiva 2006/123/CE - illegittimità costituzionale diretta e derivata.**

(Costituzione, art. 117, comma 1; legge Regione Liguria 10 novembre 2017, n. 26, art. 4, comma 1; Corte cost. sent. n. 176 del 2018; art. 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea; direttiva 2006/123/CE, art. 12, paragrafo 2)

**RAPPORTI STATO-REGIONI - potestà legislativa - materie di competenza esclusiva statale - inammissibilità della clausola di cedevolezza.**

(Costituzione, art. 117, comma 2; art. 84 d.lgs. 26 marzo 2010, n. 84)

*La tutela dell'affidamento degli operatori balneari riguarda una «sfera di competenza riservata in via esclusiva alla legislazione statale, poiché essa incide sui «criteri e le modalità di affidamento delle concessioni su beni del demanio marittimo», da stabilirsi nell'osservanza dei principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento (1).*

*Il mercato delle concessioni balneari non ha dimensione solo locale perché può intercettare l'interesse di un operatore stabilito in altro Stato membro (2).*

*La «clausola di cedevolezza», di cui all'art. 84 del d.lgs. n. 59 del 2010, attiene alle materie di competenza esclusiva regionale e a quelle di competenza concorrente e non consente alle Regioni, nemmeno dopo un eventuale intervento in sussidiarietà dello Stato teso al recepimento tempestivo della direttiva, e neppure nel caso di immediata attuazione da parte delle Regioni stesse, di disciplinare contenuti o profili della materia che attengano alla competenza esclusiva del legislatore statale (3).*

*La fissazione di una durata minima (20 anni) e massima (30 anni) delle «nuove» concessioni demaniali viene a disciplinare un oggetto che è riservato alla competenza statale in materia di tutela della concorrenza, considerata particolarmente l'eccessiva estensione della durata delle concessioni in atto, poiché, anche alla luce del diritto europeo, «durate eccessive stimolano gestioni inefficienti» (4).*

*È incostituzionale la proroga indiscriminata delle concessioni demaniali marittime in quanto confligge con l'art. 117, comma 2 lett. e), Cost., il quale affida alla competenza esclusiva dello Stato la tutela della concorrenza, sicché è incostituzionale l'estensione da parte di una Regione della concessione di anni trenta ai beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative che non limiti la libera concorrenza oltre il tempo necessario a garantire l'ammortamento degli investimenti materiali ed immateriali (5).*

*È incostituzionale la proroga indiscriminata delle concessioni demaniali marittime in quanto confligge con l'art. 117, comma 1, Cost. nella parte in cui afferma che «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto ... dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario ...». Nel caso di specie, la proroga di trenta anni a favore dei concessionari uscenti comporta una disparità di trattamento tra questi e gli aspiranti concessionari e costituisce perciò una violazione dei principi comunitari, ed in particolare dell'art. 49 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, e dell'art. 12, paragrafo 2, della direttiva 2006/123/CE, così come recepito dall'art. 16, comma 4, del decreto legislativo n. 59 del 26/3/2010 (6).*

*La «clausola di cedevolezza» di cui all'art. può essere applicata esclusivamente a materie di competenza esclusiva regionale o di competenza concorrente, sicché la Regione può intervenire, anticipando l'inerzia del legislatore statale, in attuazione di una direttiva comunitaria solamente in dette materie (7).*

#### (1-7) Nota.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso ricorso innanzi alla Corte Costituzionale sottoponendo al vaglio di questa la legittimità di due articoli approvati con legge della Regione Liguria n. 26 del 10/11/2017.

Nello specifico ci si riferisce agli articoli 2, comma 2, e 4, comma 1.

Il primo recita: “[a]lle concessioni di beni demaniali con finalità turistico ricreative è riconosciuta l'estensione di trenta anni dalla data di entrata in vigore della presente legge.” L'art. 4, comma 1, invece prevede: “la durata della nuova concessione demaniale marittima non deve limitare la libera concorrenza oltre il tempo necessario a garantire l'ammortamento degli investimenti materiali ed immateriali, nonché un'equa remunerazione dei capitali investiti”; “in ogni caso la durata della concessione per finalità turistico ricreative non può essere inferiore a venti anni e superiore a trenta anni.”

Ebbene, la violazione che la Corte ha riscontrato riguarda la proroga di tali concessioni demaniali marittime a fini turistico ricreativi per un periodo di trenta anni, periodo che, al fine di garantire l'ammortamento degli investimenti e la remunerazione dei capitali investiti deve rientrare all'interno dell'arco temporale previsto: un minimo di venti anni ed un massimo di trenta.

La legittimità di questa previsione è inficiata, secondo quanto stabilito dal Giudice delle leggi, per contrasto con l'art. 117, comma 1, e 117, comma 2, lett. e), Cost.

Le disposizioni regionali impugnate contrastano l'art. 117, comma 1, Cost. nella parte in cui comportano una violazione della normativa europea. Invero, la proroga di tali concessioni non può dirsi interessare esclusivamente il mercato interno, bensì hanno valore gli interessi di qualunque soggetto comunitario che aspiri all'ottenimento di una concessione e si veda privato nella prerogativa ad una libera concorrenza a vantaggio dei cessionari uscenti. Infatti, la legge regionale non prevede distinzione tra situazioni di interesse transfrontaliero e situazioni che ne siano prive, elemento per il quale appare illegittima la proroga di trenta anni.

*Ad abundantiam*, la Corte si riferisce alla violazione della cd. “direttiva Bolkestein”, o anche “direttiva servizi”, 2006/123/CE, sulla base della quale la Commissione europea portò avanti la procedura d'infrazione - iniziata ai sensi dell'art. 43 TFUE - nei confronti dell'Italia, la quale attribuiva, in relazione della normativa interna vigente, un diritto di insistenza del concessionario uscente ed il rinnovo automatico delle concessioni sessennali.

In particolare, l'art. 12 della direttiva afferma che, nel caso in cui sussistano autorizzazioni disponibili limitate per l'esercizio di una determinata attività, in conseguenza del ridotto numero di risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, la selezione dei potenziali candidati all'autorizzazione debba avvenire secondo modalità trasparenti, e l'autorizzazione stessa debba essere rilasciata per una durata minima adeguata e senza rinnovi automatici. Analoga normativa è stata perciò recepita nell'ordinamento interno, con l'art. 16, comma 4, del d.lgs. n. 59 del 26/3/2010.

Sulla base di ciò la Corte ha ritenuto palese l'illegittimità costituzionale delle due disposizioni normative regionali, ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost., ritenendo la concessione demaniale marittima rientrante nella fattispecie di “autorizzazioni” descritte nella direttiva Bolkestein.

A nulla, peraltro, è valso il richiamo della Regione alla “clausola di cedevolezza” prevista dall'art. 84 del soprammenzionato d.lgs. 59 del 2010.

L'argomentazione regionale è la seguente: l'art. 84 afferma che le disposizioni contenute nel decreto legislativo si applicano, temporaneamente, anche alle materie di competenza esclusiva regionale e competenza concorrente, nell'attesa che le autonomie regionali e provinciali non si adeguino alle nuove prescrizioni europee. Per questi motivi, non si vede ragione - secondo quanto sostenuto dalla ricorrente - per la quale detta regola non possa applicarsi all'inverso: nell'attesa di disciplina nazionale interviene la Regione a supplire il vuoto legislativo, al fine di tutelare l'affidamento degli operatori.

Tuttavia, la Corte non ha accolto questa argomentazione, per due ordini di ragioni.

Innanzitutto, le disposizioni regionali non sono in attuazione della direttiva Bolkestein, ma l'esatto opposto: contrastano con questa. Le prime prevedono una proroga trentennale

comportante una “ingiustificata ed insuperabile barriera all’ingresso dei nuovi entranti nel mercato”, mentre l’articolo 12 della direttiva 2006/123/CE è finalizzato ad evitare tale chiusura del mercato ed a permettere a tutti gli operatori comunitari la concorrenza nell’ottenimento di autorizzazioni a disponibilità limitata per l’esercizio di determinate attività, quali la gestione del demanio marittimo per fini turistici e ricreativi.

Secondariamente, la “clausola di cedevolezza invertita” può essere applicata solo in ipotesi di competenze esclusive o concorrenti delle Regioni. Così infatti è stato stabilito da precedenti sentenze della Corte, come, ad esempio, la n. 398 del 2006, in cui si afferma: “La legittimità dell’intervento legislativo di una Regione in funzione attuativa di una direttiva comunitaria dipende, per quanto detto sopra, dalla sua inerenza ad una materia attribuita alla potestà legislativa regionale.”.

Come precedentemente menzionato, invero, le disposizioni regionali contrastano anche con l’art. 117, comma 2, lett. e), il quale attribuisce allo Stato competenza esclusiva in tema di tutela della concorrenza.

La Regione ha insistito nell’importanza dell’esigenza di tutela dell’affidamento degli operatori locali che le previsioni in esame garantiscono. Nonostante ciò, la Corte ha richiamato le proprie precedenti pronunce (sentt. 118 del 2018, 157 e 40 del 2017, 171 del 2013) sul punto: la tutela dell’affidamento deve essere disciplinata uniformemente e nell’osservanza dei principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, enunciati a livello europeo, la cui prerogativa e competenza è esclusivamente nelle mani dello Stato centrale.

L’art. 2, comma 2, della legge regionale è in contrasto con l’art. 117, comma 2, lett. e), se letto in combinato disposto con la disposizione di cui al comma 1 - che fissa l’ambito di operatività della proroga ex lege - e al comma 3 - che richiede ai Comuni di comunicare la durata della concessione. Analogamente, l’art. 4, comma 1, della medesima legge è in contrasto con l’art. 117, comma 2, lett. e), nella parte in cui prevede di fissare una minima e massima durata della concessione in esame.

La tutela della concorrenza, infatti può essere disciplinata esclusivamente dal legislatore nazionale.

Giovanna Grilli

TAR Liguria, sez. I, 3 gennaio 2019, n. 11 - Pres. Perugia - Est. Garbari - Comune della Spezia (Avv.ti G. Bormioli e S. Carrabba) c. Ministero per i Beni e le Attività Culturali (Avvocatura distrettuale dello Stato - Genova).

**PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - responsabilità per l’esercizio di attività amministrativa illegittima - elementi costitutivi - riconducibilità allo schema della responsabilità extracontrattuale.**

(Art. 30 d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104; art. 2043 c.c.; C.d.S., sez. V, 9 luglio 2018, n. 4191)

**COMUNI - risarcimento del danno patito dalla collettività comunale - legittimazione del Comune ad agire - esclusione.**

(Art. 30 d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)

**COMUNI - Comune della Spezia - commenti e critiche aggressivi avverso l’amministrazione comunale a causa**

**della realizzazione di un’opera - provenienza da soggetti contrari all’opera ed estranei all’amministrazione - danno all’immagine del Comune - responsabilità dell’amministrazione - esclusione.**

(Art. 30 d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104; art. 2043 c.c.)

*È da ricondurre allo schema della responsabilità extracontrattuale, ex art. 2043 cc, la responsabilità della pubblica amministrazione per l’esercizio di attività amministrativa illegittima. Essa sussiste qualora siano presenti, quali elementi costitutivi, “a) l’accertamento dell’illegittimità del provvedimento amministrativo; b) il danno, patrimoniale o non patrimoniale; c) il nesso causale tra la condotta e il danno e d) la colpa dell’amministrazione”.*

*Non è legittimato il Comune a chiedere il risarcimento del danno patito dalla collettività per il mancato utilizzo di uno spazio pubblico, a seguito di un provvedimento sospensivo dei lavori dichiarato successivamente illegittimo. Infatti la “rappresentatività istituzionale in capo al Comune degli interessi della comunità insediata nel suo territorio” non può essere posta genericamente a fondamento della rivendicazione del risarcimento; inoltre, posto che “la realizzazione di qualsiasi opera pubblica comporta disagi [...] alla popolazione”, non è configurabile “ex sé [...] l’esistenza di una posizione sostanziale tutelabile giudizialmente e l’esistenza di un danno suscettibile di ristoro”.*

*È priva di fondamento la richiesta di risarcimento all’amministrazione resistente per il danno all’immagine patito dal Comune ricorrente, non sussistendo la responsabilità dell’amministrazione in ragione del fatto che i commenti e le critiche rivolti “all’amministrazione comunale ed ai suoi rappresentanti politici e tecnici”, erano stati posti in essere da soggetti contrari alla realizzazione dell’opera e, comunque, estranei all’amministrazione resistente.*

C.G.

Corte di Giustizia, sez. III, 28 novembre 2018 - Pres. Vilaras - Rel. Šváby - M. Campos Sánchez-Bordona (Avvocato generale) - Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA, Atc Esercizio SpA, Atp Esercizio Srl, Riviera Trasporti SpA, Tpl Linea Srl contro Atpl Liguria Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA, Regione Liguria.

**RINVIO pregiudiziale - ricevibilità della domanda - discrezionalità del giudice nazionale - presunzione di pertinenza - casi di esclusione.**

(Art. 267 TFUE)

**RINVIO pregiudiziale - ricevibilità della domanda - procedimento principale - ius superveniens - ripartizione delle spese - ricevibile.**

(Art. 267 TFUE)

**LIVELLO di tutela - natura del contratto - concessione di servizi di trasporto - appalto pubblico - irrilevanza.**

(Direttiva 92/13; Direttiva 89/665; Regolamento n. 1370/2007)

**APPALTI pubblici - interesse a ricorrere - partecipazione al procedimento - conformità normativa nazionale.**

(Direttiva 89/665, art. 1, par. 3)

**APPALTI pubblici - interesse a ricorrere - mancata partecipazione al procedimento - specifiche discriminatorie - illegittimità.**

(Direttiva 89/665, art. 1, par. 3)

**APPALTI pubblici - interesse a ricorrere - mancata presentazione dell'offerta - decisione di aggiudicazione.**

(Direttiva 89/665, art. 1, par. 3; Direttiva 92/13, art. 1, par. 3)

**APPALTI pubblici - interesse a ricorrere - partecipazione al procedimento - valutazione giudice a quo.**

(Direttiva 89/665, art. 1, par. 3; Direttiva 92/13, art. 1, par. 3)

**APPALTI pubblici - modifica organizzazione futura - discrezionalità amministrazione - scrutinio giudice nazionale.**

**APPALTI pubblici - mancata presentazione dell'offerta - esclusione interesse a ricorrere - conformità normativa nazionale - scrutinio giudice nazionale.**

(Direttiva 89/665, art. 1, par. 3; Direttiva 92/13, art. 1, par. 3)

*Con riferimento alla ricevibilità della domanda, è posto esclusivamente a capo del giudice nazionale l'onere di valutare la necessità della pronuncia pregiudiziale e la rilevanza delle questioni ivi contenute, in ordine al procedimento principale. Ne deriva che la presunzione di pertinenza inerente alla questione posta - ed il connesso obbligo di statuizione cui è tenuta la Corte in via di principio - sono esclusi solo in casi eccezionali, quali l'assenza di ogni qualsivoglia rapporto con la realtà o con il procedimento principale, ovvero l'instaurazione di una controversia principale meramente fittizia o manifestamente inidonea ad essere regolata dal diritto eurounitario. (1)*

*È ricevibile la questione pregiudiziale sollevata in occasione di un procedimento a quo il cui oggetto principale sia successivamente venuto meno per ius superveniens, allorché il giudice del rinvio debba ancora pronunciarsi sulla ripartizione delle spese e non sussistano dubbi in merito alla pregiudizialità stessa. (2)*

*A nulla rileva la natura del contratto oggetto del procedimento principale, allorché - stante l'equivalente livello di tutela previsto dalle direttive 92/13, 89/665 e dal regolamento n. 1370/2007 - la statuizione della Corte, adita in via pregiudiziale, non varia in base alla qualificazione del contratto in termini di concessione di servizi di trasporto ovvero di appalto pubblico di servizi. (3)*

*In materia di appalti pubblici e relative procedure di ricorso, è riconosciuta agli Stati la facoltà di esigere che il ricorrente non solo sia o sia stato titolare di un interesse ad ottenere l'aggiudicazione, ma altresì che lo stesso sia stato o rischi di essere leso dall'asserita violazione del diritto dell'Unione Europea ovvero del corrispondente diritto nazionale di recepimento o attuazione. In tal senso, l'art. 1, par. 3, della direttiva 89/665 non osta ad una normativa nazionale che qualifichi la partecipazione al procedimento di aggiudicazione quale condizione necessaria per l'integrazione dell'interesse a ricorrere avverso la medesima decisione di aggiudicazione. (4)*

*La legittimità della condizione di effettiva partecipazione ad un procedimento di aggiudicazione dev'essere, tuttavia, esclusa allorché si dimostri che la mancata presentazione di un'offerta sia stata determinata dalla previsione, all'interno del bando, di specifiche asseritamente discriminatorie, tali da impedire ex ante all'impresa di fornire l'insieme delle prestazioni richieste. (5)*

*I requisiti dettati dall'art. 1, par. 3, della direttiva 89/665 e dall'art. 1, par. 3, della direttiva 92/13 si assumono rispettati anche qualora il ricorso sia proposto da un operatore economico che non*

*abbia presentato alcuna offerta a causa di talune specifiche contenute nel bando di gara ed idonee ad ostacolare la presentazione dell'offerta stessa. Tale ricorso, in quanto eccezione alla regola generale di effettiva partecipazione alla procedura prescritta dalla normativa, non si considera legittimo se proposto in seguito alla decisione di aggiudicazione dell'appalto. (6)*

*In materia di appalti pubblici, sebbene il requisito dell'effettiva partecipazione al bando quale presupposto della presentazione di un ricorso non rappresenti ex se una violazione della normativa dell'Unione Europea, spetta al giudice nazionale valutare se, nel caso di specie, il medesimo sia idoneo ad integrare una lesione del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva del ricorrente. (7)*

*Non può escludersi a priori la legittimità della scelta dell'amministrazione aggiudicatrice di modificare la delimitazione dell'organizzazione del futuro servizio di trasporto - da base provinciale ad unico lotto su base regionale - in quanto rientrante nella libertà di valutazione riconosciuta alla medesima, sicché spetta al giudice nazionale esaminare se la stessa abbia fornito le adeguate motivazioni circa la scelta effettuata. (8)*

*L'art. 1, par. 3, della direttiva 89/665 e l'art. 1, par. 3, della direttiva 92/13, debbono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa nazionale che escluda la possibilità per gli operatori economici che non abbiano partecipato ad una procedura d'appalto di ricorrere avverso la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice, qualora la mancata presentazione dell'offerta sia stata determinata dalla disciplina applicabile al bando tale da rendere altamente improbabile l'aggiudicazione dello stesso a loro favore. In tali occasioni è, tuttavia, devoluto al giudice nazionale l'onere di valutare, alla luce delle circostanze del caso di specie, se l'applicazione della suddetta prescrizione normativa sia idonea a ledere il diritto dell'operatore economico interessato ad un'effettiva tutela giurisdizionale. (9)*

**(1-9) Nota.**

Con la sentenza in commento la Corte di Giustizia definisce la questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria in merito al diritto di accesso al sistema di impugnazione previsto nell'ambito di una procedura di aggiudicazione ad evidenza pubblica.

Più precisamente la pronuncia in esame verte sull'interpretazione della direttiva 89/665 e sull'accertamento di una sussistenza (o meno) di un ipotetico contrasto tra le disposizioni della medesima e una normativa nazionale (recte: italiana) che prevede l'effettiva partecipazione al bando oggetto della vertenza quale requisito fondante l'interesse a ricorrere.

In particolare, quindi, la questione pregiudiziale traeva origine da un procedimento principale instaurato dagli operatori economici responsabili del servizio di trasporto ligure (da ora: Amt e a.), al fine di ottenere l'annullamento di diversi atti con i quali l'Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale della Liguria indiceva una procedura di gara informale per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico.

Più specificamente, i ricorrenti adivano il TAR Liguria contestando integralmente la modalità di indizione e di svolgimento della suddetta procedura, in quanto comportanti una modifica al sistema di organizzazione territoriale del servizio pubblico da base provinciale ad unico lotto su base regionale, e pertanto idonea a determinare la volontà degli stessi di non presentare alcuna offerta, in considerazione dell'altissima probabilità di non conseguire l'aggiudicazione.

In tale contesto assumeva, però, specifico rilievo la portata del principio processualistico del c.d. «interesse a ricorrere»,

pacificamente subordinato - secondo la normativa e la giurisprudenza nazionali - all'effettiva partecipazione alla procedura di aggiudicazione, nonché al concreto pregiudizio o rischio di lesione a causa della violazione della disciplina vigente.

In altri termini, il giudice di prime cure proponeva rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia al fine di ottenere delucidazioni circa la compatibilità con la normativa eurounitaria (direttiva 89/665) di una normativa nazionale che riconoscesse la possibilità di impugnare gli atti di una procedura di gara ai soli operatori economici che avessero presentato un'offerta, anche qualora la domanda giudiziale fosse volta a sindacare integralmente la procedura, derivando dalla disciplina della gara un'altissima possibilità di non conseguire l'aggiudicazione.

Orbene, la decisione emessa dalla Corte si pone in linea di continuità e conformità con le pronunce precedentemente rese e con l'orientamento espresso dalla Corte Costituzionale e dal Consiglio di Stato più volte aditi sul punto.

In tal senso, con la sentenza in commento, i giudici europei hanno specificato come - ai sensi della direttiva 89/665, oggetto del rinvio pregiudiziale - sia pacificamente riconosciuta la facoltà degli Stati membri di prevedere l'effettiva partecipazione ad un bando di gara quale presupposto imprescindibile dell'eventuale ricorso presentato avverso la medesima procedura. Siffatta circostanza comproverebbe, del resto, ad avviso della Corte, la sussistenza di un concreto interesse ad agire dell'operatore economico, altrimenti configurabile come mero titolare di una posizione sostanziale non sufficientemente differenziata, ma più propriamente relativa ad un semplice interesse di fatto.

Invero, secondo la Corte di Giustizia, tale regola generale è derogabile ogni qualvolta i documenti relativi al bando di gara o alla sua disciplina introducano specifiche asseritamente discriminatorie, idonee a pregiudicare ed impedire la possibilità dell'operatore economico di fornire le prestazioni richieste, sicché sarebbe eccessivo ed irragionevole esigere

che il medesimo presenti un'offerta al fine di poter accedere in seguito al sistema di impugnazione del provvedimento amministrativo de quo. È pur vero, infatti, che una simile prescrizione finirebbe per concretizzarsi in una violazione, o quantomeno elusione, del diritto alla tutela giurisdizionale, specificamente previsto dalla direttiva stessa.

Poiché tale ipotesi dev'essere riconosciuta come legittima solo in via d'eccezione, sorge la necessità di effettuarne un corretto temperamento alla luce della più ampia regola generale, sicché - sempre secondo i giudici europei - l'operatore economico è comunque tenuto non solo a presentare ricorso prima dell'emissione della decisione di aggiudicazione dell'appalto da parte dell'amministrazione, ma altresì a dimostrare puntualmente l'idoneità delle clausole del bando di rendere impossibile la formulazione stessa di un'offerta. Ciò posto, ad avviso della Corte, permane ad ogni modo a capo del giudice di merito l'onere di valutare in modo circostanziato se, nel caso di specie, il contesto normativo sia tale da poter ledere il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva del ricorrente, e pertanto funzionale a legittimare una deroga alla condizione della presentazione dell'offerta.

Alla luce di tali considerazioni, il sistema italiano viene considerato conforme alla disciplina eurounitaria, come pacificamente ammesso già dalla giurisprudenza amministrativa e costituzionale, secondo le quali i bandi di gara e di concorso e le lettere di invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, salvi i casi in cui si contesti che la gara sia mancata o, specularmente, che sia stata indetta o, ancora, che si impugnino clausole del bando immediatamente escludenti, o, infine clausole che impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati o che rendano impossibile la stessa formulazione dell'offerta (Corte cost., sent. n. 245 del 2016; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentt. nn. 1 del 2003, 9 del 2014, 4 del 2011)

Federica Danini

## Sezione di diritto tributario

# Massime

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 8 gennaio 2019, n. 66 - Pres. Celle - Rel. Maggio.

**ACCERTAMENTO - verbale di constatazione - definizione - art. 5-bis, d.lgs. n. 218/1997 - pagamento importo dovuto - perfezionamento - successiva ritrattabilità dell'adesione - esclusione.**

*Una volta perfezionata la definizione con il versamento dell'importo dovuto, la previsione di cui all'art. 2, comma 3, d.lgs. n. 218/1997, secondo cui l'accertamento con adesione non è soggetto ad impugnazione e non è modificabile ovvero integrabile da parte dell'Ufficio, trova applicazione anche per la definizione ai verbali di constatazione di cui all'art. 5-bis d.lgs. 218/97, pena una inammissibile disparità di trattamento. Ne consegue che, una volta perfezionatosi il procedimento di adesione, il relativo atto è divenuto intangibile: il fatto che il contribuente abbia provveduto al pagamento ha infatti evidenziato la sua volontà conciliativa che non può successivamente essere revocata o posta nel nulla.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 18 dicembre 2018, n. 1631 - Pres. Pasca - Rel. Chiti.

**ACCERTAMENTO - s.a.s. - pretesa impositiva afferente la maggiore imposta della società - socio accomandante - notificazione - illegittimità - sussiste.**

*È illegittimo l'accertamento che, avendo avuto ad oggetto la maggiore imposta sul reddito dovuta da una s.a.s., sia stato intestato e notificato al socio accomandante, dovendo trovare applicazione l'art. 2313 c.c. secondo cui "i soci accomandanti rispondono limitatamente alla quota conferita".*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 27 novembre 2018, n. 1580 - Pres. Venturini - Rel. Pennucci.

**ACCERTAMENTO - accertamenti bancari - prelevamenti e versamenti - ricavi - presunzione - prova contraria - presunzioni semplici - prova analitica - estraneità di ogni versamento a fatti imponibili - società di persone - indagini sui conti dei soci - ammissibilità - condizione - prova che le operazioni sui conti dei soci sono attribuibili alla società - onere della prova - amministrazione finanziaria.**

*In tema di accertamento bancario, a norma del DPR n. 600 del 1973, art. 32, si devono considerare ricavi sia i prelevamenti, sia i versamenti sul conto corrente, salvo che il contribuente non provi che i versamenti sono registrati in contabilità e che i prelevamenti non hanno costituito utili. In particolare, posto che, in materia, sussiste l'inversione dell'onere della prova, alla presunzione relativa non può essere contrapposta una mera affermazione di carattere generale, pur potendo il contribuente fornire la prova contraria, anche attraverso presunzioni semplici. Tuttavia, il contribuente deve fornire, a tal fine, una prova non generica, ma analitica, con indicazione specifica della riferibilità di ogni versamento bancario, onde dimostrare che le operazioni effettuate siano estranee ai fatti imponibili. In particolare, nelle società di persone le indagini possono riguardare anche i conti intestati ai sin-*

*goli soci, restando inteso che, in tal caso, incombe sull'Amministrazione finanziaria fornire la prova che le operazioni effettuate sui conti bancari dei soci sono in realtà attribuibili alla società.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 5 dicembre 2018, n. 1585 - Pres. Delucchi - Rel. Morino.

**ACCERTAMENTO CATASTALE - classificazione in categoria A/2 - fattispecie.**

*È da classificarsi in categoria A/2 e non A/1 quell'edificio che non presenta rifiniture superiori a quelle standard dei fabbricati residenziali e cioè se: non sono presenti marmi, decorazioni, abbellimenti, né risultano utilizzati materiali di particolare pregio; l'ingresso, i vani scala, le parti comuni sono di medie dimensioni; esiste un solo ascensore e non sono presenti montacarichi; né attualmente esiste servizio di portineria; vetusti appaiono sia l'impianto centralizzato di riscaldamento sia quello di distribuzione dell'acqua. Anche l'appartamento di cui è causa non appare possedere rifiniture di pregio e superiori al normale. Fra l'altro: possiede un solo ingresso, un bagno, un servizio ed una lavanderia; alcuni vani risultano dotati di inferiate in quanto affacciati su cavedio condominiale; parte dell'area annessa appare scarsamente usufruibile per via dei muri di contenimento ravvicinati; manca qualsiasi dotazione a servizio esclusivo dell'appartamento. A ciò si aggiunga sia il fatto che l'immobile in questione è situato in zona che, contrariamente al momento della sua edificazione, risulta oggi situato in zona cittadina di pregio medio sia il fatto che gli immobili circostanti sono classificati in categoria inferiore alla A/1 (fattispecie relativa ad immobile situato in Genova, in Corso Firenze).*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 5 dicembre 2018, n. 1594 - Pres. Pasca - Rel. Alba.

**ACCERTAMENTO CATASTALE - punti di intercettazione di linea (PIL) - natura - categoria catastale - D/1 - esclusione - E/9 - sussiste.**

*Il "PIL" (punto di intercettazione di linea) è un complesso di apparecchiature occorrenti per il sezionamento delle condotte, per lo scarico dei tratti di condotta di monte e di valle della valvola di intercettazione di linea, nonché per l'attivazione di un bypass della valvola di linea stessa. Essi sono costituiti semplicemente da valvole e tubi aventi funzioni diverse che non possono essere assimilabili agli apparati di regolazione e riduzione della pressione o della portata del gas naturale trasportato. Tale complesso non può essere classificato in categoria D in quanto, come la stessa Amministrazione finanziaria ha chiarito più volte, la categoria D è riservata agli immobili connessi alla rete di gasdotti, come le cabine di compressione e decompressione del gas, i punti di intercettazione e quelli di derivazione e costruzioni analoghe a condizione peraltro che tali manufatti siano funzionalmente autonomi, di modesta consistenza e non facciano parte di un complesso industriale: impianti dalle caratteristiche diverse dai PIL, che non hanno funzione di regolazione della pressione o di regolazione della portata, che non sono utilizzabili in assenza di commessione alle altre porzioni immobiliari del compendio e che non hanno autonomia reddituale, in quanto non in grado di produrre un reddito indipendente da*

quello ascrivibile agli altri cespiti ubicati nel compendio. È quindi corretta la loro classificazione in categoria E/9 (al posto della categoria D/1 attribuita dall'Ufficio).

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 27 novembre 2018, n. 1582 - Pres. Venturini - Rel. Pennucci.

**DOGANE - imbarcazioni - "tiraggio a secco" - mancanza - rimessaggio in mare - spazio adiacente al deposito IVA - irregolarità - non configurabile.**

*Secondo la Corte di Giustizia (causa C-272/13) l'omessa introduzione fisica delle imbarcazioni negli spazi adibiti a deposito fiscale Iva, configura una violazione meramente formale. Pertanto, devono considerarsi regolari le operazioni di introduzione delle imbarcazioni in deposito, anche nel caso in cui la porzione di banchina in cui erano posizionate le bitte, seppur esterna all'area autorizzata a deposito Iva, nonché al relativo specchio d'acqua antistante, sono qualificabili come spazi adiacenti al predetto deposito Iva (fattispecie in cui la Dogana non avendo rinvenuto la documentazione relativa "al tiraggio a secco" delle imbarcazioni sulle banchine del depositario, essendo le imbarcazioni state messe a mare in accosto alle medesime banchine, accertava la mancata introduzione fisica delle imbarcazioni negli spazi autorizzati a deposito fiscale Iva, procedendo alla richiesta del pagamento dell'Iva all'importazione).*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 8 gennaio 2019, n. 59 - Pres. Venturini - Rel. Cattaneo.

**DOGANE - accise sul gasolio - riduzione per il trasporto di merci - art. 5, d.l. n. 452/2001 - estensione al trasporto di persone - tipologia del mezzo che impiega il gasolio - irrilevanza - filobus - spettanza.**

*Con l'art. 5 del DI 452/2001, la riduzione dell'aliquota dell'accisa prevista sul gasolio impiegato per il trasporto di merci è stata estesa anche agli esercenti l'attività di trasporto di persone, laddove viene chiaramente affermato che la riduzione prevista si applica, tra l'altro, alle imprese esercenti autoservizi di competenza statale, regionale e locale e agli enti pubblici e alle imprese esercenti trasporti a fune in servizio pubblico di trasporti di persone. Da tale norma si evince quindi che l'agevolazione non è più riferita al tipo di veicolo impiegato ma all'attività esercitata ed è solo sulla base dell'attività esercitata che viene concessa l'agevolazione. Pertanto, tale agevolazione spetta anche nel caso in cui il trasporto sia eseguito mediante filobus, tenuto conto che, per questi mezzi, il gasolio utilizzato serve certamente per alimentare la batteria, ma la sua finalità è quella di muovere il mezzo, di modo che il gasolio utilizzato serve chiaramente alla trazione dei filobus, producendo l'energia che poi viene trasformata in trazione motrice.*

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, 3 gennaio 2019, n. 8 - Pres. Bracco - Rel. Burlo.

**ICI - immobile destinato a struttura alberghiera - art. 7, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 50492 - esenzione - spettanza - esclusione.**

*L'esenzione ICI prevista dall'art. 7, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 504/92, spetta soltanto se l'immobile è direttamente ed immediatamente destinato allo svolgimento dei compiti istituzionali dell'ente, ipotesi che non ricorre in caso di utilizzazione semplicemente indiretta a fini istituzionali, che si verifica quando il godimento del bene stesso sia ceduto per il preminente soddisfacimento di esi-*

*genze di carattere privato (quali quelle abitative proprie del concessionario e della relativa famiglia) e della quale è certo sintomo il pagamento di un canone (nella specie è stata esclusa la spettanza dell'esenzione per un immobile del Comune gestito da un terzo, adibito a struttura alberghiera fruibile da parte di militari e delle relative famiglie per le proprie vacanze a prezzi calmierati).*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 8 gennaio 2019, n. 74 - Pres. Venturini - Rel. Piombo.

**IMPOSTE DOGANALI - merce importata - valore dichiarato - eccezionalmente basso rispetto ai valori statistici medi di merce simile - rettifica - scostamento dal metodo del "valore della transazione" - legittimità.**

*L'articolo 181 bis del regolamento di applicazione del codice doganale (Reg. CEE 2454/93), prevede che, qualora abbiano fondati dubbi che il valore dichiarato delle merci importate rappresenti l'importo totale pagato o da pagare, le autorità doganali non sono tenute a determinare il valore doganale in base al metodo del valore di transazione. Esse possono, di conseguenza, respingere il prezzo dichiarato qualora tali dubbi persistano anche dopo una richiesta di ulteriori informazioni o di integrazione documentale e dopo aver fornito all'interessato una ragionevole possibilità di far valere il proprio punto di vista riguardo ai motivi sui quali sono fondati tali dubbi (nella specie, i dubbi che hanno indotto l'Ufficio a procedere alla rettifica erano sorti dall'aver riscontrato dei valori dichiarati della merce importata erano eccezionalmente bassi rispetto ai valori statistici medi disponibili per merci similari).*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 9 gennaio 2019, n. 79 - Pres. Venturini - Rel. Piombo.

**IMPOSTE SUI REDDITI - associazioni senza scopo di lucro - attività non commerciale - "vita associativa" - dimostrazione - contribuente - incombenza.**

*Le associazioni senza scopo di lucro possono fruire delle agevolazioni previste per il pagamento dell'imposta sul reddito purché dimostrino, oltre al formale recepimento, negli atti costitutivi e statuti, delle clausole necessarie alle agevolazioni previste ex art. 148, comma 8, T.U.I.R., che tali clausole siano concretizzate attraverso la c.d. vita associativa, che realizza - nei fatti - il concetto di democraticità ed uniformità del rapporto associativo, espresso nelle predette clausole. Pertanto, la carenza di deliberazioni in materia di quote associative, la mancata approvazione formale del rendiconto economico finanziario e la mancata libera disponibilità in visione dei soci di tale documento, le limitazioni poste al diritto di partecipazione dei soci alla vita associativa quali il diritto di veto in capo al presidente e al vice presidente portano a valutare negativamente il possesso del requisito di democraticità, unitamente alla irregolare tenuta della contabilità, legittimano il disconoscimento del carattere non commerciale dell'attività svolta dall'associazione.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 24 agosto 2018, n. 1077 - Pres. Venturini - Rel. Assandri.

**IVA - territorialità imposta - operazioni fuori campo Iva - attività di assistenza professionale - oggetto fattura.**

*Ai sensi dell'art. 7 del D.p.r. 633/72 (nella versione in vigore nel 2007, n.d.r.), determinate prestazioni di servizi - tra cui si annoverano quelle "pubblicitarie, di consulenza e assistenza tecnica o legale" - rese a favore di soggetti domiciliati o residenti in altri Stati membri della C.E.E. si considerano "fuori campo IVA". La*

dicitura "attività di assistenza professionale" - quale oggetto di una fattura emessa in favore in un soggetto residente (o domiciliato) all'estero - comprende una serie di prestazioni tra le quali anche la "consulenza e l'assistenza in ordine a contratti pubblicitari e relativa consulenza ed assistenza tecnica e legale". In tal caso, la fattura emessa - avente tale "oggetto" - deve essere considerata legittimamente "fuori campo Iva" in quanto rispetta la normativa interna in materia.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 8 gennaio 2019, n. 18 - Pres. Di Napoli - Rel. Vinciguerra.

**IVA - credito - mancata presentazione della dichiarazione - esistenza - avvenuta dimostrazione - detraibilità - ammessa.**

Secondo consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione, in tema di credito IVA il rapporto di natura tributaria con il fisco scaturisce dalle operazioni effettuate, qualora siano lecite ed effettive, e gli obblighi che ne derivano (dichiarazione, registrazione ecc.) hanno soltanto una funzione illustrativa dei relativi dati al fine di consentire all'Agenzia delle Entrate di poter effettuare le necessarie verifiche finalizzate alla riscossione delle imposte: ciò che conta ai fini della detraibilità è solo il carattere sostanziale ed effettivo del credito. Dunque il diritto di detrazione non può essere negato dal Fisco a seguito di controllo formale automatizzato, laddove, pur non avendo il contribuente presentato la dichiarazione annuale per il periodo di maturazione, sia dimostrato in concreto - ovvero non controverso - che si tratti di acquisti fatti da soggetto passivo d'imposta, assoggettati a IVA e finalizzati a operazioni imponibili.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 8 gennaio 2019, n. 69 - Pres. Venturini - Rel. Cattaneo.

**IVA - art. 60 bis d.p.r. n. 633/72 - solidarietà - cessione di autoveicoli - valore normale - criteri di determinazione.**

Ai fini dell'applicazione dell'art. 60-bis d.p.r. n. 633/72 con riguardo alla cessione di autoveicoli occorre individuare il valore normale della cessione, tenuto conto che l'art. 14 d.p.r. n. 633/72 lo definisce come prezzo mediamente praticato per beni della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza, e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni sono stati acquistati e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi. Per compiere questa valutazione è possibile ricorrere, non solo ai prezzi di listino indicati nelle riviste specializzate, ma anche ad altri elementi che tali riviste possono non prendere in considerazione quali, ad esempio, lo stato della carrozzeria, il numero di optional presenti sul mezzo, il chilometraggio della vettura ceduta.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 16 gennaio 2019, n. 85 - Pres. Delucchi - Rel. Assandri.

**IVA - prestazione principale - realizzazione di immobili - opere di urbanizzazione correlate a tale costruzione - natura accessoria - configurabilità.**

Ai fini IVA, le opere di urbanizzazione (quali quelle di consolidamento scarpata, movimento terra, opere di sistemazione terra, sistemazione a verde, strade carrabili di accesso e parcheggio) devono considerarsi prestazioni "accessorie" a quella di realizzazione di immobili di edilizia residenziale ai sensi della "Legge Tupini". Conseguentemente, se la realizzazione degli immobili sconta un'IVA al 4%, analoga aliquota dovrà esser applicata sui compensi dovuti per le accessorie opere di urbanizzazione, non sussisten-

do in capo al cessionario alcun obbligo di regolarizzazione delle fatture ricevute a tale ultimo titolo (nella specie, l'Ufficio, contestando il carattere accessorio delle opere di urbanizzazione, le riteneva soggette all'aliquota IVA del 10% e non al 4% applicata per la realizzazione degli immobili, contestando al cessionario la sanzione di cui all'art. 6, c. 8, d.lgs. n. 471/97, per la mancata regolarizzazione delle fatture ricevute).

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 30 agosto 2018, n. 108 - Pres. Cardino - Rel. Romano.

**PROCESSO - termini - tardività appello - decadenza.**

**ACCERTAMENTO - imposte sui redditi - invito a produrre documenti - causa di giustificazione - tempestiva esibizione documenti richiesti - utilizzabilità documenti esibiti.**

L'atto di appello depositato il 3.11.2016, a seguito della spedizione dello stesso in data 4.10.2016, risulta tempestivo rispetto alla sentenza depositata il 3.3.2016. (Nel caso di specie, il Collegio ha fondato la propria decisione sull'art. 2963 c.c., già citato dall'Agenzia quale disposizione fondante la questione preliminare volta ad opporre la tardività dell'atto di appello del contribuente)

In tema di accertamento delle imposte sui redditi, l'art. 32 del D.p.r. 600/73 stabilisce che i documenti non esibiti (o non trasmessi) a seguito degli inviti formulati dall'ufficio, non possono essere presi in considerazione - a favore del contribuente - ai fini dell'accertamento in sede amministrativa e contenziosa salvo che il contribuente non dichiari - contestualmente alla produzione di tali atti - di non aver potuto adempiere alle richieste degli uffici per causa a lui non imputabile. Ne consegue che, in mancanza della dimostrazione - da parte del contribuente - dell'esistenza di una causa di giustificazione che abbia impedito la tempestiva esibizione dei documenti richiesti, l'operato dell'Ufficio è legittimo. In particolare, non costituisce indice di (buona fede o) giustificazione il fatto che la raccomandata - contenente l'invito dell'Ufficio, a presentare i documenti - sia rimasta inesitata poiché è noto che l'avviso dell'Ufficio postale non indica assolutamente di quale atto si tratta e neppure chi sia il mittente.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 30 agosto 2018, n. 1083 - Pres. Cardino - Rel. Romano.

**PROCESSO - produzione documentale - deducibilità perdite sui crediti - elementi di prova.**

A norma dell'art. 101 comma 5 del D.p.r. n. 917/86, le perdite sui crediti sono deducibili se risultano anche dai documenti (prodotti della parte) quali perizie, lettere (anche dei legali) ed e-mail, in quanto prove "sufficientemente certe e precise" (ai sensi del predetto articolo). (Nel caso di specie, la CTR ha ritenuto che alla minaccia di intraprendere azioni legali era seguita una risposta contenente la prova che tale azione non avrebbe portato ad alcun esito proficuo. Sempre all'interno della fattispecie, la Commissione ha ritenuto che il rifiuto - del creditore della prestazione - a ricevere una prestazione riparatoria a seguito di un inadempimento del debitore - avesse comportato per il contribuente debitore l'inesigibilità del corrispettivo).

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 10 dicembre 2018, n. 1599 - Pres. Celle - Rel. D'Avanzo.

**PROCESSO - sentenza penale di assoluzione - efficacia di giudicato nel processo tributario - esclusione.**

**IVA - operazioni oggettivamente inesistenti - onere della prova - riparto.**

*Nel processo tributario la sentenza penale di assoluzione per il reato tributario emessa con la formula "perchè il fatto non sussiste" non spiega automaticamente efficacia di giudicato, ancorchè i fatti accertati siano gli stessi. L'imputato assolto in sede penale, anche con formula piena, può essere ritenuto fiscalmente responsabile qualora l'atto impositivo risulti fondato su validi indizi, insufficienti per un giudizio di responsabilità penale ma ritenibili adeguati, sino a prova contraria, nel giudizio tributario.*

*In caso di operazioni oggettivamente inesistenti spetta all'Ufficio provare che le operazioni contestate, oggetto delle fatture, non sono mai state poste in essere, indicando gli elementi sui quali fonda la sua contestazione anche in merito all'eventuale conoscibilità della fittizietà delle operazioni da parte del cessionario/commitente, anche mediante presunzioni che devono però essere gravi precise e concordanti. Il contribuente è invece onerato della dimostrazione della fonte legittima del costo sostenuto, altrimenti indeducibile e, eventualmente, della sua inconsapevolezza di partecipare ad una operazione fraudolenta, pur in presenza di scritture formalmente regolari.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 8 gennaio 2019, n. 68 - Pres. Celle - Rel. Maggio.

**PROCESSO - revocazione - errore revocatorio - qualificazione.**

*L'errore di fatto revocatorio deve derivare da una pura e semplice errata od omessa percezione del contenuto meramente materiale degli atti del giudizio, la quale abbia indotto l'organo giudicante a decidere sulla base di un falso presupposto fattuale, ritenendo così un fatto documentale escluso, ovvero inesistente un fatto documentale provato; deve attenere ad un punto non controverso e sul quale la decisione non abbia espressamente motivato; deve essere stato un elemento decisivo della decisione da revocare, necessitando perciò un rapporto di causalità tra l'erronea presupposizione e la pronuncia stessa; inoltre, l'errore deve apparire con immediatezza ed essere di semplice rilevanza, senza necessità di argomentazioni induttive o indagini ermeneutiche; esso è configurabile nell'attività preliminare del giudice, relativa alla lettura ed alla percezione degli atti. acquisiti al processo quanto alla loro esistenza ed al loro significato letterale, ma non coinvolge la successiva attività d'interpretazione e di valutazione del contenuto delle domande e delle eccezioni, ai fini della formazione del convincimento; in sostanza l'errore di fatto, eccezionalmente idoneo a fondare una domanda di revocazione, è configurabile solo riguardo all'attività ricognitiva di lettura e di percezione degli atti acquisiti al processo, quanto a loro esistenza e a loro significato letterale, per modo che del fatto vi siano due divergenti rappresentazioni, quella emergente dalla sentenza e quella emergente dagli atti e dai documenti processuali; ma non coinvolge la successiva attività di ragionamento e apprezzamento, cioè di interpretazione e di valutazione del contenuto delle domande, delle eccezioni e del materiale probatorio, ai fini della formazione del convincimento del giudice (nella specie, applicando tale principio, la CTR ha ritenuto revocabile la decisione che aveva ritenuto configurata la tardiva presentazione di una domanda di rimborso allorquando dalla documentazione prodotta in atti risultava che la domanda era tempestiva).*

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 15 gennaio 2019, n. 1 - Pres. Zerilli - Rel. Salassa.

**PROCESSO - pignoramento presso terzi - impugnabilità nanti le Commissioni Tributarie - ammessa.**

*In conformità a Cass., S. U., sent. n. 14667/2011, è ammessa l'impugnazione di un pignoramento presso terzi nanti il Giudice Tributario posto che, pur trattandosi di atto non rientrante nell'elenco degli atti autonomamente impugnabili costituendo il primo vero e proprio atto esecutivo del procedimento di riscossione coattiva, può comunque sussistere un interesse del ricorrente ad impugnare il contenuto del pignoramento, ossia degli atti che in esso sono indicati e riportati, nel caso in cui tale documento rappresenti il mezzo attraverso il quale il contribuente sia venuto a conoscenza di ingiunzioni di pagamento o di avvisi di accertamento, a fronte della dedotta mancanza od invalidità della notifica degli stessi.*

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 15 gennaio 2019, n. 3 - Pres. e Rel. Fugacci.

**PROCESSO - ricorso - copia notificata all'ufficio - mancata sottoscrizione - copia depositata in CTP - sottoscritta - conseguenza - ammissibilità.**

*È ammissibile il ricorso quando sia privo della firma solo la copia dell'atto notificato all'ufficio finanziario, sempre che l'originale sia sottoscritto e depositato presso la segreteria della CTP.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 5 dicembre 2019, n. 1591 - Pres. Delucchi - Rel. Venturini.

**REGISTRO - agevolazione "prima casa" - rettificabilità della dichiarazione resa alla stipula dell'atto - entro il termine di decadenza di 18 mesi - necessità.**

*Secondo la Suprema Corte (sent. n. 14117/2010) "non è dato rinvenire nell'ordinamento alcun principio generale immanente nel sistema secondo il quale un'agevolazione non richiesta al momento dell'imposizione sarebbe irrevocabilmente perduta, potendosi anzi dedurre il principio contrario secondo il quale (...) è possibile rimediare all'erronea imposizione (...) sia pure con ovvi limiti temporali". Conseguentemente, è ammessa la possibilità di presentare dichiarazione integrativa al fine di far valere il diritto all'agevolazione "prima casa" sulla base di una condizione diversa da quella richiesta in sede di acquisto dell'immobile, purché siano rispettati i limiti temporali previsti per la fruizione dell'agevolazione (nella specie, in sede di atto di acquisto la contribuente ha richiesto l'agevolazione dichiarando l'intenzione di trasferire nel Comune la residenza entro 18 mesi; con successiva dichiarazione integrativa, presentata quattro anni dopo la stipula dell'atto, la contribuente ha dichiarato che intendeva fruire dell'agevolazione facendo valere l'equivalente motivazione consistente nel fatto che in Genova svolgeva fino da allora la propria attività lavorativa, circostanza che avrebbe ammesso la spettanza dell'agevolazione anche in assenza del trasferimento della residenza).*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 10 dicembre 2018, n. 1600 - Pres. Celle - Rel. D'Avanzo.

**REGISTRO - agevolazione "prima casa" - immobile - qualificazione come "di lusso" - PRG - zona "a ville" - approvazione successiva alla costruzione dell'immobile - irrilevanza.**

*Il contribuente ha diritto ai benefici fiscali prima casa se il piano regolatore generale (PRG), che destina la zona "a ville" è stato approvato in epoca successiva alla costruzione dell'immobile. Risulta, infatti, irrilevante per la qualificazione dell'abitazione come*

"di lusso" l'adozione di uno strumento urbanistico che destini l'area a "villa" o "parco privato" successivamente alla realizzazione della costruzione stessa.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 10 dicembre 2018, n. 1608 - Pres. Celle - Rel. D'Avanzo.

**REGISTRO - agevolazione "prima casa" - immobile - trasferimento ad un trust di famiglia - perdita dell'agevolazione - sussiste.**

È legittimo il disconoscimento dell'agevolazione prima casa nel caso in cui, prima del quinquennio, l'immobile sia stato ceduto ad un trust di famiglia.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 8 gennaio 2019, n. 60 - Pres. Celle - Rel. D'Avanzo.

**REGISTRO - agevolazione "prima casa" - abitazione di lusso - superficie utile - definizione.**

Ai fini della concessione dell'agevolazione "prima casa" l'abitazione non deve essere considerata "di lusso". È classificabile tale l'abitazione che, tra l'altro, possiede una superficie utile superiore a 240 mq. In particolare, la "superficie utile" non deve essere valutata al netto degli spazi calpestabili ma deve comprendere anche i muri perimetrali e divisorii con esclusione dei balconi, terrazze, cantine, soffitte, scale e posti auto.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 5 dicembre 2018, n. 1593 - Pres. Pasca - Rel. Alba.

**RISCOSSIONE - concessionario - art. 26, d.p.r. n. 600/73 - notifica diretta - ammissibilità.**

Come riconosciuto anche dalla Corte Costituzionale, sent. n. 175/2018, la disciplina speciale che consente all'agente per la riscossione di procedere alla notificazione diretta ex art. 26, primo comma, delle cartelle di pagamento, trova giustificazione nella natura sostanzialmente pubblicistica della posizione e dell'attività del concessionario della riscossione, il quale, per legge, è depositario del ruolo formato dall'amministrazione finanziaria e, per conto di quest'ultima, procede alla riscossione coattiva. Si tratta, quindi, di un organo indiretto dell'amministrazione finanziaria, cui è delegato l'esercizio di poteri pubblicistici funzionali alla riscossione delle entrate pubbliche.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 7 gennaio 2019, n. 1 - Pres. e Rel. Sgambati.

**RISCOSSIONE - cartella di pagamento - notificazione a mezzo pec - estensione ".pdf" - validità.**

In conformità a Cass., S.U., sent. n. 10266/2018, che ha equiparato le firme digitali di tipo "CADES" e "PADES", è valida la cartella di pagamento notificata a mezzo pec che abbia un'estensione ".pdf" e non "p7m".

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 8 gennaio 2019, n. 22 - Pres. di Napoli - Rel. Previati.

**RISCOSSIONE - attestazione di conformità - mancanza - eccezione - sanatoria.**

**RISCOSSIONE - ruolo - 36 bis d.p.r. n. 600/73 - con-**

**trolli automatizzati - iscrizione a ruolo per interessi e sanzioni - esclusione.**

Nel caso di notificazione di una cartella di pagamento a mezzo pec, la contestata mancanza dell'attestazione di conformità dell'atto è sanata dalla produzione in giudizio, da parte del contribuente, dell'atto da lui ricevuto se la conformità con l'atto spedito a mezzo pec non è oggetto di contestazione.

Nel caso di iscrizione a ruolo effettuata ai sensi dell'art. 36 bis d.p.r. n. 600/73, cioè mediante semplice controllo automatizzato, vincolato dal legislatore alla verifica dei dati inseriti in dichiarazione, di eventuali errori formali, ritenute e deduzioni esposti, l'applicazione di interessi e sanzioni configura un vizio di eccesso di potere per sviamento, con conseguente annullabilità dell'atto impugnato, in applicazione dell'art. 21 octies, comma 1, L. 241/1990.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 16 gennaio 2019, n. 87 - Pres. Delucchi - Rel. Pennucci.

**RISCOSSIONE - credito tributario di uno stato estero - titolo esecutivo straniero - notifica al contribuente - necessità.**

La riscossione di un credito tributario di uno Stato estero da parte dell'Amministrazione finanziaria italiana, per poter essere valida, richiede che al contribuente sia notificato il titolo esecutivo formato dallo Stato straniero. Non è quindi sufficiente che la cartella di pagamento notificata al contribuente si rechi un ruolo formato dall'Agenzia delle Entrate italiana. Depone in tal senso l'art. 5 del D.Lgs. n. 69/2003 in base al quale "su domanda dell'autorità richiedente, il Ministero dell'economia e delle finanze, sulla base dei titoli esecutivi ricevuti, dà corso al recupero dei crediti sorti nello Stato richiedente".

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 19 dicembre 2018, n. 1641 - Pres. Delucchi - Rel. Venturini.

**SUCCESSIONI - dichiarazione di successione tardiva - sanzionabilità - esclusione - principio di emendabilità della dichiarazione - applicabilità.**

In tema di imposta di successione, la violazione del D.Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, art. 31, a norma del quale la denuncia di successione dev'essere presentata entro sei mesi dalla data di apertura della successione, non è più sanzionata specificamente, a meno che non trasmodi in vera e propria omissione, la quale, come si evince dall'art. 33, comma 1, si verifica allorché, scaduto il termine, l'accertamento d'ufficio preceda la dichiarazione del contribuente. Inoltre, gli errori commessi dal contribuente nella dichiarazione sono in ogni caso emendabili, sia in virtù del principio generale secondo cui la dichiarazione non ha valore confessionario e non è fonte dell'obbligazione tributaria, sia in virtù dei principi costituzionali di capacità contributiva e buona amministrazione, nonché di collaborazione e buona fede che devono improntare i rapporti fra l'Amministrazione finanziaria ed il contribuente. Alla correzione non osta né l'intervenuta scadenza del termine per la presentazione della denuncia di successione, che non ha natura decadenziale, né l'art. 31, comma 3, del d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, che concerne le modifiche da apportare agli elementi oggettivi e soggettivi della dichiarazione, né l'eventuale notifica di un avviso di liquidazione, riflettendosi tale circostanza solo sul regime dell'onere della prova in giudizio.

## Sezione di diritto penale

# Sentenze e Ordinanze

### I

Tribunale di Genova, sez. III, ord. 20 marzo 2018, n. 117-Pres. Est. Orsini.

**CASELLARIO giudiziale - mancata previsione dell'eliminazione dell'iscrizione dell'ordinanza che dispone la sospensione del procedimento con messa alla prova a seguito di esito positivo della messa alla prova - mancata previsione, quale eccezione alle iscrizioni nel certificato generale del casellario giudiziale richiesto dall'interessato, della sentenza che dichiara l'estinzione del reato per esito positivo della messa alla prova.**

*Sono rilevanti le questioni di costituzionalità dell'art. 5, comma 2, decreto del Presidente della Repubblica n. 313/2002 e dell'art. 24 del decreto del Presidente della Repubblica n. 313/2002, «Testo unico sul casellario giudiziale», per contrasto con gli articoli 3 e 27, comma 3 della Costituzione, nella parte in cui il primo non prevede l'eliminazione nel casellario dell'iscrizione dell'ordinanza che ai sensi dell'art. 464-quater c.p.p. dispone la sospensione del processo per messa alla prova quando il procedimento penale viene concluso con sentenza che dichiara l'estinzione del reato a seguito di esito positivo della messa alla prova; il secondo perché non prevede quale eccezione alle iscrizioni nel certificato generale del casellario giudiziale richiesto dall'interessato, la sentenza che dichiara l'estinzione del reato a seguito dell'esito positivo della messa alla prova. (1)*

### II

Tribunale di Genova, sez. II, ord. 27 marzo 2018, n. 118 - Pres. Est. Merlo.

**CASELLARIO giudiziale - previsione che nel certificato generale e nel certificato penale richiesti dall'interessato venga riportata l'iscrizione della sentenza che dichiara l'estinzione del reato per esito positivo della messa alla prova.**

*Sono rilevanti le questioni di costituzionalità degli art. 24 e 25 del decreto del Presidente della Repubblica n. 313/2002, «Testo unico sul casellario giudiziale», per contrasto con gli articoli 3 e 27 comma 3 della Costituzione, nella parte in cui non prevedono, quale eccezione alle iscrizioni nel certificato generale del casellario giudiziale richiesto dall'interessato, la non iscrizione della sentenza che dichiara l'estinzione del reato a seguito dell'esito positivo della messa alla prova. (2)*

### III

Corte Costituzionale, sentenza 7 novembre 2018, n. 231 - Pres. Lattanzi - Est Vigano.

**CASELLARIO giudiziale - certificati del casellario - certificato generale - certificato penale - iscrizioni - iscrizioni nel certificato generale e nel certificato penale, richiesti dall'interessato, dell'ordinanza di sospensione del processo con messa alla prova e della sentenza di estinzione del reato per esito positivo della messa alla prova - violazione degli artt. 3 e 27 cost. - illegittimità costituzionale parziale.**

*Sono incostituzionali gli artt. 24 e 25 del d.P.R. 14 novembre 2002*

*n. 313, recante «testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti» (nel testo anteriore alle modifiche, non ancora efficaci, recate dal decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 122) nella parte in cui non prevedono che nel certificato generale e nel certificato penale del casellario giudiziale richiesti dall'interessato non siano riportate le iscrizioni dell'ordinanza di sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato ai sensi dell'art. 464 - quater, c.p.p. e della sentenza che dichiara l'estinzione del reato ai sensi dell'art. 464 - septies, c.p.p. (3)*

(... Omissis...)

### III

**Considerato in diritto.**

1. Con quattro ordinanze di contenuto analogo, il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Firenze e i Tribunali ordinari di Palermo e di Genova hanno sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 27, comma terzo, della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale degli artt. 24 e 25 del decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002, n. 313, recante «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti (Testo A)» (d'ora in poi, anche: t.u. casellario giudiziale), nel testo anteriore alle modifiche, non ancora efficaci, recate dal decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 122 (Disposizioni per la revisione della disciplina del casellario giudiziale, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 18 e 19, della legge 23 giugno 2017, n. 103), nella parte in cui non prevedono che nel certificato generale e nel certificato penale del casellario giudiziale chiesti dall'interessato non siano riportate le ordinanze di sospensione del processo emesse ai sensi dell'art. 464-quater del codice di procedura penale e le sentenze di estinzione del reato per esito positivo della messa alla prova, ex art. 464-septies cod. proc. pen.

(... Omissis...)

4. In via ancora preliminare, occorre dare atto che, nelle more del presente giudizio, è sopravvenuto il già citato d.lgs. n. 122 del 2018, con cui il Governo ha provveduto a riformare, tra l'altro, anche le disposizioni oggetto delle censure formulate nelle ordinanze dei giudici a quibus.

Oltre a rendere esplicito, all'art. 1, comma 1, l'obbligo di iscrivere nel casellario giudiziale - accanto alle ordinanze che sospendono il processo e concedono la messa alla prova ai sensi dell'art. 464-quater cod. proc. pen. - anche le sentenze che dichiarano estinto il reato in seguito all'esito positivo della messa alla prova ai sensi dell'art. 464-septies cod. proc. pen., la novella fa confluire in un unico documento i certificati generale e penale del casellario giudiziale, rilasciati a richiesta dell'interessato, previsti dalla previgente normativa (art. 4, comma 1, lettera b); e, per quanto qui più direttamente rileva, esclude la menzione in tale certificato unico di entrambi i provvedimenti concernenti la messa alla prova (art. 4, comma 1, lettera b, n. 5, che aggiunge le lettere m-bis e m-ter all'elenco contenuto nell'art. 24, comma 1, del t.u. casellario giudiziale). (...omissis...)

La sopravvenuta modifica legislativa, tuttavia, non impone la restituzione degli atti ai giudici remittenti, essendo essa ininfluente nei giudizi a quibus. Il decreto legislativo n. 122 del 2018 (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del 26 ottobre 2018, n. 250, Supplemento ordinario n. 50), infatti, prevede che le disposizioni in esso contenute «acquistano efficacia decorso un anno dalla data della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale» (art. 7).

5. Nel merito, le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 24, comma 1, e 25, comma 1, t.u. casellario giudiziale, nel testo anteriore alle modifiche, non ancora efficaci, recate dal d.lgs. n. 122 del 2018, sono fondate. (... *Omissis*...)

5.2. Rispetto alle censure formulate in relazione all'art. 3 Cost., occorre osservare come l'implicito obbligo di includere i provvedimenti relativi alla messa alla prova nei certificati del casellario richiesti dai privati finisca per risolversi in un trattamento deteriore dei soggetti che beneficiano di questi provvedimenti, orientati anche a una finalità deflattiva con correlativi risvolti premiali per l'imputato, rispetto a coloro che - aderendo o non opponendosi ad altri procedimenti, come il patteggiamento o il decreto penale di condanna, ispirati essi pure alla medesima finalità - beneficiano già oggi della non menzione dei relativi provvedimenti nei certificati richiesti dai privati.

Rispetto in particolare al patteggiamento, questa Corte ha in effetti già avuto modo di qualificare il beneficio ex lege della non menzione delle sentenze ex art. 444 e seguenti cod. proc. pen. nel certificato del casellario giudiziale come un incentivo finalizzato a indurre «l'imputato a pervenire sollecitamente alla definizione del processo» (sentenza n. 223 del 1994). Poiché tanto la messa alla prova quanto il patteggiamento costituiscono procedimenti «diretti ad assicurare all'imputato] un trattamento più vantaggioso di quello del rito ordinario» (sentenza n. 91 del 2018), non è conforme a ragionevolezza che il beneficio della non menzione venga riconosciuto ex lege a chi si limiti a concordare con il pubblico ministero l'applicazione di una pena sulla base di un provvedimento equiparato a una sentenza di condanna, salve le eccezioni previste dalla legge (art. 445, comma 1-bis, cod. proc. pen.), e non - invece - a chi eviti la condanna penale attraverso un percorso che comporta l'adempimento di una serie di obblighi risarcitori e riparatori in favore della persona offesa e della collettività, per effetto di una scelta volontaria, e con esiti oggettivamente e agevolmente verificabili: e ciò nella medesima ottica di risocializzazione cui avrebbe dovuto tendere la pena, qualora il processo si fosse concluso con una condanna. (... *Omissis*...)

5.3. Fondate sono, altresì, le questioni sollevate in relazione all'art. 27, terzo comma, Cost.

Come affermato da una recente sentenza delle Sezioni unite dalla Corte di cassazione, già citata in senso adesivo da questa Corte (sentenza n. 91 del 2018), la sospensione del procedimento con messa alla prova costituisce «istituto che persegue scopi specialpreventivi in una fase anticipata, in cui viene "infranta" la sequenza cognizione-esecuzione della pena, in funzione del raggiungimento della risocializzazione del soggetto (Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza 31 marzo 2016, n. 36272)». In tale ottica, l'istituto - al quale va riconosciuta una dimensione processuale e, assieme, sostanziale - costituisce parte integrante del sistema sanzionatorio penale, condividendo con il patteggiamento la base consensuale del procedimento e del trattamento che ne consegue (così, ancora, la sentenza n. 91 del 2018). L'istituto non può, pertanto, che essere attratto dal finalismo rieducativo, che l'art. 27, terzo comma, Cost. ascrive all'intero sistema sanzionatorio penale.

La menzione dei provvedimenti concernenti la messa alla prova nei certificati richiesti dai privati appare, tuttavia, disfunzionale rispetto a tale obiettivo, costituzionalmente imposto. La menzione relativa risulta, anzi, suscettibile di risolversi in un ostacolo al reinserimento sociale del soggetto che abbia ottenuto, e poi concluso con successo, la messa alla prova, creandogli - in particolare - più che prevedibili difficoltà nell'accesso a nuove opportunità lavorative, senza che ciò possa ritenersi giustificato da ragioni plausibili di tutela di controinteressi costituzionalmente rilevanti, dal momento che l'esigenza di garantire che la messa alla prova non sia concessa più di una volta (art. 168-bis, comma 4, cod. pen.) è già adeguatamente soddisfatta dall'obbligo di iscrizione dei menzionati provvedimenti sulla messa alla prova e della loro indicazione nel certificato «ad uso del giudice» (rispettivamente artt. 3, comma 1, lettera i-bis, e 21, comma 1, del t.u. casellario giudiziale).

Non v'è invece alcuna ragione plausibile perché si debba menzionare anche sui certificati richiesti dai privati - con gli effetti pregiudizievoli di cui si è detto, a carico di un soggetto che la Costituzione pur vuole sia presunto innocente sino alla condanna definitiva - un provvedimento interinale come l'ordinanza che dispone la messa alla prova, destinata comunque a essere travolta da un provvedimento successivo (la sentenza che dichiara l'estinzione del reato, nella normalità dei casi; ovvero l'ordinanza che dispone la prosecuzione del processo, laddove la messa alla prova abbia avuto esito negativo).

D'altra parte, una volta che il processo si sia concluso con l'estinzione del reato per effetto dell'esito positivo della messa alla prova, la menzione della vicenda processuale ormai definita contrasterebbe con la ratio della stessa dichiarazione di estinzione del reato, che comporta normalmente l'esclusione di ogni effetto pregiudizievole - anche in termini reputazionali - a carico di colui al quale il fatto di reato sia stato in precedenza ascritto.

#### P.Q.M.

La Corte Costituzionale riuniti i giudizi,

1) dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 24, comma 1, e 25, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002, n. 313 (... *Omissis*...)

**(1-3) La Corte Costituzionale include i provvedimenti sulla messa alla prova tra le ipotesi di esclusione dall'obbligo di iscrizione nei certificati del casellario richiesti dall'interessato.**

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 231 del 7 novembre 2018 (G.U., 1<sup>a</sup> Serie Speciale, 12 dicembre 2018, n. 49) ha accolto la questione di costituzionalità, sollevata con quattro ordinanze, di cui due provenienti dal Tribunale ordinario di Genova, rispettivamente la n. 117 del 20 marzo 2018 e la n. 118 del 27 marzo 2018, in riferimento agli artt. 24 e 25 del d.P.R. 14 novembre 2002 n. 313 (G.U., 1<sup>a</sup> Serie Speciale, 19 settembre 2018, n. 37, pagg. 7 - 10).

Tali ordinanze traevano origine da una situazione fattuale sostanzialmente identica: il Tribunale veniva chiamato a pronunciarsi, in sede di esecuzione, su un ricorso proposto da un soggetto, nei cui confronti era stata emessa una sentenza di estinzione del reato per esito positivo della messa alla prova, il quale domandava la cancellazione dell'iscrizione dell'ordinanza di sospensione del processo, ai sensi dell'art. 464 bis c.p.p. e della sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato. Stante l'impossibilità, in applicazione della normativa vigente, di accogliere tale richiesta, il Tribunale di Genova, dubitando

della costituzionalità degli art. 24 e 25 del d.P.R. 14 novembre 2002 n. 313, provvedeva ad adire la Corte Costituzionale rilevando la sussistenza di un potenziale conflitto delle anzidette disposizioni con i principi di cui agli articoli 3 e 27, c. 3, della Costituzione.

Prima di procedere alla disamina della sentenza in epigrafe, occorre evidenziare che le disposizioni oggetto delle ordinanze di rimessione, sono state riformate con il d.lgs. n. 122 del 2018, approvato nelle more del giudizio di costituzionalità.

Con tale novella, intervenuta proprio in considerazione dell'esigenza di superare le irragionevoli disparità di trattamento e la violazione del principio rieducativo della pena, si è provveduto ad escludere la menzione nel certificato del casellario giudiziale rilasciato a richiesta dell'interessato di entrambi i provvedimenti concernenti la messa alla prova.

Tuttavia, come peraltro chiarito dalla stessa Corte Costituzionale, tale modifica legislativa risulta del tutto ininfluenza rispetto alle questioni prospettate dai giudici remittenti, atteso che il legislatore ha disposto che le innovazioni contenute nel d.lgs. 122 del 2018, acquistino efficacia alla decorrenza di un anno dalla sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.

La pronuncia in commento, pertanto, appare di particolare rilevanza sotto un duplice aspetto.

In primo luogo, in quanto il giudice costituzionale ha provveduto ad assicurare, in via immediata, tutela al diritto (in capo al soggetto che si è sottoposto alla misura della messa alla prova) alla non menzione nel certificato generale e nel certificato penale del casellario giudiziale richiesti dall'interessato, sia dell'ordinanza di sospensione del processo con messa alla prova che della sentenza che dichiara l'estinzione del reato.

Inoltre, e soprattutto, la sentenza appare particolarmente significativa in considerazione del principio di diritto enunciato, nell'accogliere la questione di costituzionalità, in riferimento alla finalità rieducativa della pena ex art. 27 comma 3 Costituzione. Ed invero, la Corte Costituzionale ha accolto la questione di legittimità costituzionale sotto un duplice profilo.

Innanzitutto, è stato ravvisato un contrasto tra gli artt. 24 e 25 del d.P.R. 14 novembre 2002 n. 313 con il principio di uguaglianza. In particolare, è stato osservato come la mancata concessione del beneficio della non menzione dei provvedimenti relativi alla messa alla prova nei certificati del casellario richiesti da privati, comporti un trattamento peggiore rispetto a quello previsto per i soggetti che scelgano di sottoporsi ad altri procedimenti speciali (come il patteggiamento ed il decreto penale di condanna) che al contrario beneficiano della non menzione dei relativi provvedimenti nei certificati richiesti dai privati.

In secondo luogo, come anticipato, la Corte Costituzionale ha ritenuto l'assetto normativo oggetto di questione di costituzionalità incompatibile con il principio della finalità rieducativa della pena ex art. 27, comma 3 Costituzione.

La pronuncia si inserisce nell'articolato iter interpretativo affrontato dalla giurisprudenza costituzionale in merito alla natura dell'art. 27, 3 comma, Cost., che ha portato ad una progressiva metamorfosi della portata del principio del finalismo rieducativo da limite negativo a vincolo positivo di tutte le scelte legislative penali.

Sul punto, la Corte Costituzionale, a partire dalla fondamentale sentenza n. 204 del 1974, ha riconosciuto che l'art. 27 Cost., pur certamente non escludendo l'aspetto afflittivo delle sanzioni penali, afferma altrettanto chiaramente che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato, vincolando il legislatore non solo a strutturare l'esecuzione delle pene a chiari fini di risocializzazione, ma anche a predisporre tutti i mezzi idonei a realizzare tale obiettivo e le forme atte a garantirlo.

Ed ancora, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 313/1990, pronunciandosi sulla sfera applicativa di tale principio, ha affermato che il precetto dell'art. 27, 3 comma, "vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza nonché per le stesse autorità penitenziarie", provvedendo in tal modo a chiarire che il finalismo rieducativo debba orientare tanto la dimensione statica della pena (la pena stabilita dal legislatore e determinata dal giudice) quanto la proiezione dinamica (esecuzione della pena come trattamento penitenziario).

La sentenza in esame si pone in linea di continuità con tale percorso interpretativo, volto alla progressiva espansione dell'importanza e della portata del principio del finalismo rieducativo della pena, realizzando, a ben vedere, un ulteriore passo in avanti.

La Corte Costituzionale, infatti, nell'affermare che l'istituto della messa alla prova viene attratto dal "finalismo rieducativo che l'art. 27, c. 3, ascrive all'intero sistema penale" estende, di fatto, l'ambito di applicazione di tale principio, non solo alle ipotesi di sanzione penale in senso stretto, ma anche ad un istituto (la messa alla prova) che pur non presentando tale natura, viene comunque considerato parte del "sistema sanzionatorio penale".

Ed invero, l'introduzione della messa alla prova trae origine da un profondo ripensamento del sistema sanzionatorio che ancora oggi gravita totalmente intorno alla detenzione muraria, ripensamento che muove dal presupposto che la pena detentiva non può essere la conseguenza ineluttabile di ogni reato. In particolare, l'istituto della messa alla prova presenta una duplice finalità deflattiva e special preventiva, volta all'agevolazione del percorso di risocializzazione dell'imputato, realizzata proprio tramite la rottura della sequenza cognizione - condanna - esecuzione della pena.

Per raggiungere tali obiettivi, risulta indispensabile che il soggetto che opti per questo particolare percorso, in caso di esito positivo dello stesso si veda riconosciuto il diritto al riconoscimento del beneficio della non menzione sul casellario.

Appare evidente che il riconoscimento di tale beneficio rappresenti un ulteriore incentivo all'utilizzo dell'istituto della messa alla prova, già di per sé caratterizzato da un evidente intento premiale, dal momento che l'esito positivo di tale procedimento determina l'estinzione del reato.

Pertanto, dopo aver chiarito l'applicabilità del principio del finalismo rieducativo di cui all'art. 27, c. 3, Cost., al particolare istituto della messa alla prova, la Corte Costituzionale ha osservato come l'obbligo di menzione dei provvedimenti inerenti a tale procedimento nei certificati richiesti dai privati, disposto dagli artt. 24 e 25 del d.P.R. 14 novembre 2002 n. 313, contrasti con l'obiettivo di risocializzazione dettato dall'art. 27, c. 3., Cost., poiché si risolve in un ostacolo al reinserimento sociale del soggetto che abbia ottenuto e poi concluso con successo la messa alla prova.

Sotto diverso profilo, è stato evidenziato come tale obbligo sia incompatibile con la stessa *ratio* della dichiarazione di estinzione del reato (conseguente all'esito positivo della messa alla prova) che dovrebbe comportare l'esclusione di ogni effetto pregiudizievole, anche in termini reputazionali, a carico dell'imputato.

**Dott. Federico Oneto**  
Praticante Avvocato del Foro di Genova

## Massime

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 8 gennaio 2019 - Giudice Lepri.

**DELITTI contro il patrimonio - indebito utilizzo di carte di credito o debito - frode informatica - assenza di alterazione o falsificazione della carta - assorbimento.**

(Art. 55 c. 9 prima parte D.L.vo 231/07 e 640 ter c.p.)

*Nel caso in cui l'imputato abbia prelevato denaro utilizzando la carta di debito della persona offesa, senza alterare o falsificare la carta, conoscendo il PIN della carta stessa per pregressi prelievi autorizzati, il reato di cui all'art. 640 ter c.p. deve ritenersi assorbito nella previsione di cui all'art. 55 c. 9 prima parte D.L.vo 231/07, atteso che la condotta di indebito utilizzo di carte di credito o di debito, fuori dei casi di alterazione o falsificazione della carta, presuppone necessariamente il compimento di operazioni sul sistema bancario.*

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 10 gennaio 2019 - Giudice Lepri.

**DELITTI contro la persona - maltrattamenti contro familiari e conviventi - autore e vittima legati da vincoli di coniugio o filiazione - stabile convivenza - presupposto della fattispecie - non necessario.**

(Art. 572 c.p.)

**DELITTI contro la persona - maltrattamenti contro familiari e conviventi - unilaterali dell'iniziativa vessatoria ed abitualità delle condotte vessatorie - necessità.**

(Art. 572 c.p.)

*La stabile convivenza non rappresenta un presupposto della fattispecie di cui all'art. 572 c.p. la quale può essere integrata anche nei confronti di persona non convivente con l'agente a condizione che quest'ultimo e la vittima siano legati da vincoli nascenti dal coniugio o dalla filiazione.*

*Il requisito della unilaterali dell'azione vessatoria costituisce un rilevante, se non indefettibile, indice della ricorrenza della condotta maltrattante*

*Il requisito dell'abitualità delle condotte vessatorie costituisce un indefettibile requisito della fattispecie di maltrattamenti.*

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 10 gennaio 2019 - Giudice Petri.

**DELITTI contro la pubblica fede - bolletta doganale - rilevanza pubblicistica - sussistenza - indicazione allo spedizioniere di un valore delle merci inferiore al reale - falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico - sussistenza.**

(Art. 483 c.p.)

*La bolletta doganale è documento di rilevanza pubblicistica che deve dare conto con precisione e completezza del contenuto dei contenitori avviati all'esportazione e del valore delle merci.*

*Commette falsità ideologica in atto pubblico il privato che consegna allo spedizioniere documentazione attestante un valore delle merci presenti nei contenitori inferiore a quello reale di talché questi, inconsapevolmente, redige e sottoscrive una bolletta doganale falsa.*

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 8 gennaio 2019 - Giudice Staricco.

**REATI contro la fede pubblica - contraffazione di targhe temporanee tedesche - eliminazione della parte indicante la scadenza - falso grossolano - insussistenza.**

(Art. 477 e 482 c.p.)

*La grossolanità della contraffazione, che dà luogo al reato impossibile, si apprezza solo quando il falso sia "ictu oculi" riconoscibile da qualsiasi persona di comune discernimento ed avvedutezza e non si debba far riferimento né alle particolari cognizioni ed alla competenza specifica di soggetti qualificati, né alla straordinaria diligenza di cui alcune persone possono essere dotate.*

*Nel caso di specie essendo stata asportata la parte terminale delle targhe temporanee tedesche, parte che indica la data di scadenza delle stesse, tanto da renderle in tutto simili alle targhe per esportazione, la contraffazione non può farsi rientrare nel falso grossolano.*

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 15 gennaio 2019 - Giudice Baldini.

**REATI contro la Pubblica Amministrazione - resistenza ad un pubblico ufficiale mediante speronamento dell'autovettura di servizio - sussistenza. (art. 337 c.p.)**

**REATI contro la Pubblica Amministrazione - resistenza ad un pubblico ufficiale mediante speronamento dell'autovettura di servizio - concorso del passeggero - elemento soggettivo - mera presenza sull'auto - insussistenza.**

(Art. 337 c.p.)

*La condotta consistita nello "speronamento" dell'auto dei Carabinieri finalizzato a sottrarsi al controllo e darsi alla fuga integra senza dubbio la fattispecie delittuosa del reato di resistenza a pubblico ufficiale.*

*L'elemento soggettivo nel concorso di persone si caratterizza nella consapevole rappresentazione e nella volontà partecipe di cooperare con altri soggetti alla comune realizzazione della condotta delittuosa. Stante la subitaneità della condotta del guidatore e la mancanza di un qualsivoglia contributo, anche semplicemente sotto il profilo morale, nella condotta serbata dal passeggero, non può la mera presenza sull'auto essere indicativa di una partecipazione consapevole all'attività delittuosa.*

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 15 gennaio 2019 - Giudice Vinelli.

**REATI stradali - violazione dell'obbligo di fermarsi e prestare soccorso - tamponamento con esplosione del**

**lunotto posteriore dell'auto tamponata - elemento soggettivo - sussistenza.**

(Art. 189, c. 1, 6 e 7 D. Lgs. 285/1992)

**REATI stradali - violazione dell'obbligo di fermarsi e prestare soccorso - pluralità di violazioni - sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida - calcolo durata - metodo della somma algebrica.**

(Art. 189, c. 1, 6 e 7 D. Lgs. 285/1992)

*L'imputato che si sia avveduto dell'esplosione del lunotto posteriore dell'auto tamponata, ovvero di un evento dal quale è del tutto possibile e probabile che potesse essere derivato un danno alle*

*persone e che queste necessitassero assistenza e che si allontanò dal luogo del sinistro omette coscientemente di fermarsi e di prestare assistenza.*

*Sussiste in capo allo stesso l'elemento psicologico sia del reato di cui all'art. 189 c.6 C.d.s., ovvero la consapevolezza di aver causato un incidente idoneo ad arrecare danno alle persone, sia del reato di cui all'art 189 c. 7 C.d.s., ovvero il dolo eventuale ravvisabile in capo all'utente della strada che, in caso di incidente ricollegabile al suo comportamento ed avente connotazioni tali da evidenziare in termini di immediatezza la concreta eventualità che dall'incidente sia derivato un danno alle persone, non si fermi per accertare le conseguenze lesive della sua condotta, rappresentandosi la possibilità della loro verifica ed accettandone il rischio.*

## Documenti

### *Di ponti che crollano, del paesaggio e dei limiti della responsabilità penale.*

**Michele Marchesiello**

*Magistrato*

Da genovese devo confessare - come molti tra noi - di essermi reso conto del ponte Morandi, della sua difficile ma audace bellezza, del suo far parte del paesaggio e della esperienza quotidiana dei genovesi - solo dopo il crollo, improvviso e funesto. Così, quando scompare una persona a noi cara, ma alla cui presenza ci eravamo abituati al punto di non 'vederla' più, solo allora ci accorgiamo di quanto le volessimo bene, di quanto vuoto abbia lasciato quella persona unica e davvero 'bella'.

Il vuoto segnato dai due monconi che sembrano volersi allungare inutilmente l'uno verso l'altro ci ha resi tardivamente consapevoli di quel 'pieno' così ardito, ma così fragile, che segnava il paesaggio della val Polcevera.

Io stesso non mi ero mai soffermato a considerarlo diversamente da come si considera un manufatto: per la sua utilità. Solo da qualche tempo provavo un vago malessere nell'attraversarlo, dopo le notizie di stampa che gli assegnavano una imminente 'scadenza'.

E così, dal 14 agosto del 2018 ho cominciato tardivamente a 'volergli bene', a rimpiangerne la mancanza, non solo a causa dei disagi, enormi, che il suo crollo provoca, ma soprattutto per il danno incalcolabile creato al paesaggio: quello naturale e quello mentale.

'Paesaggio': vorrei ora fermarmi su questa parola e sul significato che assume, o può assumere, per il diritto penale, e non solo.

Che rapporto può esserci, tra un ponte che cade, il paesaggio in cui esso si inseriva e la scienza penalistica?

Non mi riferisco al senso - ovvio - dell'azione penale nei confronti dei possibili colpevoli, promossa in termini di attentato alla sicurezza dei trasporti, disastro e omicidio colposi, ben noti delitti previsti dal Codice. E neppure mi riferisco alle questioni risarcitorie che, nella sede civile o in quella penale, riguardano chi è stato vittima del crollo o comunque ne ha subito un danno personale.

Vorrei soffermarmi piuttosto su un aspetto, di sicuro interesse pubblico, che tocca anche l'interesse di cui è titolare ogni cittadino e non solo l'utente del ponte o quanti dal crollo hanno ricevuto un danno diretto, morale o patrimoniale.

Vittima del crollo - per il mio discorso - può considerarsi anche il paesaggio in quanto tale? E in che senso un ponte (il ponte Morandi, nella specie) può essere ritenuto farne parte integrante ed essenziale?

Può configurarsi un crimine di *leso paesaggio*?

E, ancora prima, cosa intende il diritto, in particolare il diritto penale, quando parla di 'paesaggio'? Quale definizione ne danno legge e giurisprudenza?

Alla non facile soluzione della questione definitoria dà oggi un contributo decisivo la Convenzione Europea del Paesaggio, firmata a Firenze il 20 ottobre 2000 e ratificata in Italia con la legge 9 gennaio 2006 n. 14.

Nel 'preambolo' della Convenzione si leggono a questo proposito i seguenti 'considerando':

*"Constatando che il paesaggio svolge importanti funzioni di interesse generale, sul piano culturale, ecologico, ambientale e sociale e costituisce una risorsa favorevole all'attività economica e che, se salvaguardato, gestito e pianificato in modo adeguato, può contribuire alla creazione di posti di lavoro;*

*"Consapevoli del fatto che il paesaggio coopera all'elaborazione delle culture locali e rappresenta una componente fondamentale del patrimonio culturale e naturale dell'Europa, contribuendo così al benessere e alla soddisfazione degli esseri umani e al consolidamento dell'identità europea;*

*"Riconoscendo che il paesaggio è in ogni luogo un elemento importante della qualità della vita delle popolazioni: nelle aree urbane e nelle campagne, nei territori degradati come in quelli di grande qualità, nelle zone considerate eccezionali come in quelle della vita quotidiana;*

*"Osservando che le evoluzioni delle tecniche di produzione agricola, forestale, industriale e pianificazione mineraria e delle prassi in materia di pianificazione territoriale, urbanistica, trasporti, reti, turismo e svaghi e, più generalmente, (che) i cambiamenti economici mondiali continuano, in molti casi, ad accelerare le trasformazioni dei paesaggi;*

*"Desiderando soddisfare gli auspici delle popolazioni di godere di un paesaggio di qualità e di svolgere un ruolo attivo nella sua trasformazione;*

*"Persuasi che il paesaggio rappresenta un elemento chiave del benessere individuale e sociale, e che la sua salvaguardia, la sua gestione e la sua pianificazione comportano diritti e responsabilità per ciascun individuo. (...omissis...)"*

Su queste premesse, la Convenzione stabilisce che 'paesaggio' designa

*"una determinata parte di territorio, così come è percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni"*

Per 'paesaggio' deve quindi intendersi una 'determinata parte di territorio', non solo e non tanto in sé considerata (vale a dire fisicamente e geograficamente) ma in quanto ('così come') viene percepita dalle popolazioni che lo abitano. Il paesaggio si configura giuridicamente non solo come entità materiale ma anche - soprattutto - come entità culturale, la cui percezione e determinazione sono fatte dipendere dalle popolazioni che 'abitano' su quel territorio determinato. Non solo, ma - fatto ancora più rilevante - per il diritto il paesaggio non è 'dato in natura'. Esso costituisce, piuttosto, il portato mobile e continuamente mutevole dell'interazione di fattori che possono essere - e normalmente sono - sia naturali che squisitamente umani.

Quella del paesaggio è prima di tutto una costruzione mentale, una rappresentazione per mezzo della quale l'uomo si identifica con un determinato territorio.

L'uomo, 'abitandola', collabora con la natura (a volte addirittura alterandola) nella creazione continua del paesaggio: questo è soprattutto vero in un Paese come il nostro, così profondamente antropizzato da costituire esso stesso un complesso, variegato, mobile 'paesaggio' che ci si è spinti addirittura a identificare con la nostra 'Patria' (Lo stesso termine 'patrimonio' utilizzato dal legislatore allude alla comune radice).

Proprio questo vuole ricordarci la sentenza 309 /2011 della Corte Costituzionale (est. Cassese) quando, nel considerare parte del paesaggio anche il profilo, o la sagoma degli edifici, richiama

la relazione illustrativa alla legge 11 giugno 1922 n.778, 'Per la tutela delle bellezze naturali e degli immobili di particolare interesse storico'. La Relazione a questa legge, conosciuta anche come 'legge Croce', per esserne stato il filosofo (e pro tempore ministro della pubblica istruzione) il principale promotore e autore, definisce il paesaggio come

"...la rappresentazione materiale e visibile della Patria, coi suoi caratteri fisici particolari, con le sue montagne, le sue foreste, le sue pianure, i suoi fiumi, le sue rive, con gli aspetti molteplici e vari del suo suolo, quali si sono formati e sono pervenuti a noi attraverso la lenta successione dei secoli".

E il Codice dei Beni culturali (D.Lgvo 22 gennaio 2004 n.42), che di quella prima legge costituisce una continuazione ideale, nel distinguere all'art.2 i 'beni culturali' in senso stretto ( *cose mobili o immobili* che presentano interesse storico, artistico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico, e le altre cose individuate dalla legge come testimonianze di civiltà) dai 'beni paesaggistici', definisce questi ultimi come

"...gli immobili e le aree indicati all'art. 134, costituenti espressione dei valori storici, culturali, naturali, morfologici ed estetici del territorio, e gli altri beni individuati dalla legge o in base alla legge".

Come nella definizione data dalla Convenzione Europea, il 'bene' paesaggio è caratterizzato da una componente fisica e territoriale, non però considerata in se stessa, ma dal punto di vista del valore spirituale o ideale, in senso lato 'culturale', che ad essa viene attribuito dalle popolazioni. Il paesaggio, in sostanza, non è una *cosa* né può esservi ridotto, ma è uno specifico territorio cui viene attribuito - prima di tutto dai suoi abitanti - un valore estetico, storico e - infine - etico. Paesaggio è quella parte dell'ambiente (*Umgebung, Environment*) che ci circonda e in cui siamo immersi, in cui ci identifichiamo, venendone formati e contribuendo a formarlo, come soggetti 'culturali' e come popolo. In questo senso il paesaggio è un inestimabile bene collettivo e come tale deve essere tutelato, anche dal diritto penale. Esso si distingue dai 'beni' culturali in senso stretto che, come abbiamo visto, devono essere *cose*, mobili o immobili ma sempre, come tali, suscettibili di appropriazione: di venire sottomesse al 'terribile diritto'.

'Cosa' è ciò che può essere posseduto e cadere in proprietà.

Il paesaggio, al contrario, non può essere oggetto di proprietà, pubblica o privata: non è possibile 'appropriarsene'. E' questa la specifica qualità del paesaggio, la fonte della sua - diciamo pure - moralità.

Il ponte Morandi, bene collettivo, faceva dunque parte a pieno titolo di quella realtà composita e inappropriabile: non semplicemente e brutalmente data in natura ma parte specificamente umanizzata di essa.

La natura non è *paesaggio* se non quando viene investita dallo sguardo creativo e dall'opera dell'uomo. *Il paesaggio è il territorio reso umano.*

Nessuno, in questo senso, può dubitare che il ponte Morandi fosse parte fondamentale del paesaggio della nostra città. Prova ne è il fatto che - da subito - i due monconi sono divenuti a loro volta l'espressione drammaticamente 'paesaggistica' della sua mancanza, immagine-simbolo del crollo, tragico vuoto venuto a sostituire il 'pieno' armonioso del ponte. Simbolo egualmente espressivo di una crisi più profonda, di una ferita ancora più grave di quella - pur grave - inferta dal crollo.

Il punto è il seguente: come può, o avrebbe potuto il diritto penale tutelare questo specifico bene pubblico così gravemente ferito e umiliato? Esiste un reato di '*leso paesaggio*'? E - nel caso di specie - quali conseguenze ne deriverebbero, avuto riguardo alla spinosa, apparentemente irrisolvibile questione della revoca della concessione alla società privata che lo doveva gestire? E' suf-

ficiente a questo fine condurre agli estremi termini il puntuale (e obbligatorio) esercizio dell'azione penale nei confronti delle persone ritenute direttamente - e causalmente - responsabili del crollo?

Esistono altre strade che il diritto penale potrebbe o dovrebbe poter percorrere per ottenere risultati più soddisfacenti (anche in funzione preventiva e deterrente) in vista della tutela del paesaggio?

Non si vuole intendere che il paesaggio, a tutt'oggi, sia privo di una sua tutela penale.

Questa tutela prende le mosse, come è noto, dall'articolo 9 comma 2 della nostra Costituzione, a norma del quale la difesa del paesaggio è un compito fondamentale e qualificante della Repubblica. Sullo sfondo di questo principio (frutto a sua volta di una lunga, pregressa elaborazione anche internazionale, in particolare di quella espressa dalla Costituzione di Weimar(1)) devono essere valutate sia la sopravvissuta normativa del codice penale (risalente al 1930) che quella contenuta nel nuovo 'codice' dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. n.42 del 2004).

Nella giurisprudenza costituzionale la nozione di paesaggio è interpretata in modo estensivo, sino a comprendervi l'intero *habitat* dell'uomo (l'*abitare* o l'*essere abitato dall'uomo* dà vita a qualcosa che non esisteva prima: il paesaggio, appunto).

Il codice penale Rocco denuncia ancora sotto questo profilo importanti limiti di applicazione, sia con riferimento alle fattispecie considerate che con riferimento al sistema sanzionatorio.

L'art.734 Riguarda esclusivamente le 'bellezze naturali', punendo chi le altera o distrugge con la sola pena dell'ammenda da 1.032 euro a 6.197 euro.

L'art.733 punisce il danneggiamento, la distruzione o il deterioramento di un 'monumento o di un'altra *cosa propria*' (corsivo nostro): solo il proprietario, il possessore o il detentore del bene possono quindi essere puniti, con l'arresto fino a un anno o con l'ammenda non inferiore a 2.065 euro.

L'art.733 bis punisce con l'arresto sino a 18 mesi e l'ammenda non inferiore a 3.000 euro chiunque distrugga o comunque deteriori - compromettendone lo stato di conservazione - un *habitat* all'interno di un sito protetto.

Hanno natura delittuosa - e la qualità di bene culturale della cosa offesa comporta una specifica aggravante - i reati di danneggiamento (art.635) e deturpamento o imbrattamento di cose di interesse storico o artistico (art.639).

Il Codice dei beni culturali prevede a sua volta (artt. Da 169 a 172) reati contravvenzionali a tutela dei beni culturali (distinti come si è detto dai beni 'paesaggistici') e reati, delitti o contravvenzioni (artt. da 173 a 176) a tutela del patrimonio culturale nazionale. La specifica tutela penale dei beni paesaggistici è limitata all'art.181, che riguarda "Chiunque senza la prescritta autorizzazione o in difformità da essa esegue lavori di qualsiasi genere su beni paesaggistici": sono quindi soggette a sanzione la non rispondenza di lavori edilizi rispetto alla misura autorizzativa, o la mancanza dell'autorizzazione ad essere punite in quanto tali, ma non l'offesa da quei lavori arrecata eventualmente al paesaggio. Le pene previste sono poi quelle - meramente contravvenzionali - stabilite in materia di abusi edilizi, mentre la pena della reclusione sino a quattro anni è prevista solo per una serie di ipotesi concernenti immobili o aree dichiarati di notevole interesse pubblico o altrimenti tutelati per legge.

Come giustamente osservato dalla relazione al disegno di legge n.4220 presentato nella XVII legislatura sotto il titolo 'Delega al Governo per la riforma della disciplina sanzionatoria in materia di reati contro il patrimonio culturale', di cui si dirà più avanti, "*La repressione penale delle condotte* (che aggrediscono il patrimonio culturale, n.d.a.) ... non è affidata dall'ordinamento giuri-

dico (vigente, ndr) a un'unica e apposita categoria di reati, preordinata in via esclusiva o prevalente alla tutela penale dell'interesse della collettività alla conservazione del patrimonio culturale nella sua integrità, anche a beneficio delle generazioni future. Viceversa, tali condotte sono di volta in volta riferibili a figure di reato diverse, aventi una collocazione non omogenea nel sistema delle fonti e spesso rispondenti a finalità tra loro dissimili."

A questa critica si espongono sia le norme contenute nel 'Codice dei beni culturali e paesaggistici' che quelle contenute nel Codice Penale.

La relazione segnalava inoltre - molto opportunamente - come le condotte criminose che hanno a oggetto beni culturali o paesaggistici risultino spesso 'plurioffensive',

"...in quanto lesive anche di altri interessi giuridici penalmente tutelati, primo fra tutti quello all'integrità del patrimonio del proprietario dei beni stessi: interesse, questo, chiaramente ritenuto dal legislatore e sanzionato in modo particolarmente severo".

Ne consegue che

"...molte delle condotte aventi a oggetto beni culturali e paesaggistici ricadono nelle comuni fattispecie di reati contro il patrimonio e solo occasionalmente sono distinte e assoggettate a un trattamento differenziato rispetto alle condotte aventi a oggetto beni privi di tale interesse."

Benché il sistema vigente di repressione penale sia stato oggetto di alcuni interventi modificativi, questi interventi hanno presentato

"...un carattere episodico e asistemico, tanto da rendere evidente la necessità di ulteriori modifiche normative, improntate a un disegno di ampio respiro".

La 'Relazione' sottolineava dunque, oltre al carattere 'episodico e asistemico' degli interventi legislativi succedutisi a tutela del patrimonio culturale e in particolare dei beni paesaggistici, il loro porsi essenzialmente a salvaguardia dell'integrità del patrimonio del proprietario dei beni stessi, e quindi del diritto di proprietà, solo occasionalmente distaccandosi da questa particolare, tirannica esigenza.

A ben vedere, è proprio il conflitto tra interesse collettivo e proprietà privata ad avere segnato la tortuosa vicenda della tutela dei beni culturali, paesaggistici in particolare, nel nostro Paese.

Basti ricordare come l'inizio del secolo scorso avesse assistito al sorgere, in tutta Europa, di movimenti per la conservazione del paesaggio. Anche grazie a loro l'Europa cercava di darsi un'immagine, un volto poi devastato dall'ultimo conflitto.

Ma l'avanzata di quei movimenti, in Italia, fu subito contrastata dalle più forti esigenze di tutela della proprietà privata (e soprattutto del libero commercio e sfruttamento economico dei beni culturali da parte dei privati) che si opponevano a quelle dettate dalla *publica utilitas*.

Mancò da allora, o rimase minoritaria, una visione pubblica e genuinamente sociale del problema, anche in questo caso rilevato dai Padri costituenti quando vollero porre, all'art.42, il limite dell'*utilità sociale* al pieno godimento della proprietà privata. Mancò, come si può dire manchi tuttora, una tutela giuridica rigorosa del paesaggio italiano, relegato in genere - mentre si consentiva che venisse deturpato - nell'ambito di quel 'pittoresco' così caro ai turisti stranieri.

A questa paradossale situazione (proliferare di norme blande, frammentarie, disorganiche, a fronte di un sostanziale abbandono del paesaggio al saccheggio privato) sembrava voler porre rimedio, sul piano del diritto penale, il già citato disegno di legge n.4220, dal titolo 'Delega al Governo per la riforma della disciplina sanzionatoria in materia di reati contro il patrimonio culturale', presentato dai ministri Franceschini e Orlando sul finire della scorsa legislatura. Il cammino del d.d.l., approvato alla Camera il 22 giugno 2017, si è purtroppo interrotto per lo spirare

della Legislatura e non sembra che la sua ripresa rientri tra le priorità dei ministeri interessati.

All'origine il disegno di legge conteneva una delega al Governo per la riforma delle disposizioni di carattere penale in tema di patrimonio culturale. Successivamente, in sede di Commissione Giustizia, era emersa la necessità di accelerare la riforma modificando la delega originaria e inserendovi puntuali modifiche al codice penale. Venne previsto, in questo senso, l'inserimento nel Codice Penale di un titolo (VIII bis, sotto la rubrica 'Dei delitti contro il patrimonio culturale'), comprendente nuove fattispecie, già previste come semplici aggravanti di fattispecie già esistenti. In particolare - per quanto interessa il nostro argomento - si delegava il Governo a prevedere i delitti di 'distruzione, danneggiamento nonché deturpamento o imbrattamento di beni culturali o paesaggistici', comminando per ciascuno di questi nuovi delitti la pena della reclusione non inferiore a un anno e non superiore a cinque anni. Si voleva inoltre che le condotte in esame fossero punite anche a titolo di colpa, stabilendosi per tale ipotesi una riduzione della pena in misura non superiore alla metà, e la procedibilità d'ufficio.

La previsione di reati specifici contro i beni paesaggistici ma - soprattutto - della loro punibilità anche per sola colpa e della loro perseguibilità d'ufficio costituirebbero un decisivo contributo del diritto penale a una non più rinviabile politica di difesa dell'ambiente come bene collettivo e di quella sua fondamentale espressione che è il paesaggio.

E' una condotta colposa, infatti, a caratterizzare la gran parte delle offese al patrimonio paesaggistico italiano, il dolo rappresentandone una eccezione spesso provvidenziale per i responsabili, attesa la speciale difficoltà connessa all'*onus probandi* gravante sull'accusa.

La procedibilità d'ufficio segnerebbe inoltre il ritorno a una visione pubblicistica e non meramente 'patrimonialistica' di questa tipologia di reati. La procedibilità d'ufficio - collegata all'obbligatorietà dell'azione penale - consentirebbe a ogni cittadino, *quisque de populo*, di adire il giudice per la difesa dell'integrità di un bene che appartiene a ciascuno di noi. (2)

Siamo convinti che riprendendo questa strada interrotta il diritto penale rivelerebbe potenzialità sino a oggi poco esplorate o trascurate.

Proprio con riferimento alla tipologia cui appartengono i reati contestati a singoli individui in occasione del crollo del ponte Morandi, il diritto penale sembra in difficoltà, costretto entro limiti che finiscono per pregiudicarne l'efficacia e, spesso, la credibilità agli occhi dell'opinione pubblica.

La ricerca dei soggetti responsabili di grandi disastri (si tratti del crollo di manufatti, di incidenti nel funzionamento e nella gestione di impianti industriali, persino di eventi naturali quali alluvioni, eruzioni vulcaniche o terremoti: le cosiddette 'catastrofi') deve quasi sempre misurarsi con enti, strutture, organismi caratterizzati da grande complessità e da una egualmente complessa articolazione di specializzazioni, funzioni, responsabilità, tale da rendere molto difficile l'individuazione dei soggetti alle cui azioni od omissioni poter riferire causalmente le conseguenze dell'evento dannoso.

Quella che per i crimini di guerra si chiama 'chain of command', la 'catena di comando' è anche in questo caso non poco ardua da risalire da parte degli inquirenti: spesso debole, incerta, piena di biforcazioni, trabocchetti e sovrapposizioni. L'indagine penale, sin dall'inizio procede a tentoni e per ipotesi, non solo nella ricostruzione dell'evento ma anche nella precisa individuazione delle responsabilità, del loro distribuirsi e articolarsi secondo una scala e una 'gerarchia' in cui la stessa solidità dell'impostazione accusatoria può finire per smarrirsi o indebolirsi. Ne risultano sentenze

di condanna - o di assoluzione - tra loro non coerenti o tali da suscitare insoddisfazione e anche indignazione, vuoi dal punto di vista dei cosiddetti 'garantisti', in caso di condanna, sia da quello degli altrettanto cosiddetti 'giustizialisti' in caso di assoluzione.

Sotto questo particolare profilo si rivela dunque il limite intrinseco del pur sacrosanto principio costituzionale (art.27 della Costituzione) per cui la responsabilità penale è personale.

Vi sono casi, infatti, in cui quella responsabilità personale non solo è difficile da individuare, ma appare - per così dire - 'incommensurabile' rispetto all'evento, almeno in situazioni diverse da quella della sua dolosa preordinazione. Chi ha ordinato cosa, chi ha consentito a che, chi ha omesso di vigilare...: in tutti questi casi (come nel già citato esempio della *chain of command*) la risalita verso le responsabilità somiglia molto a quella del fiume Congo da parte del protagonista di 'Cuore di Tenebra'. I risultati, quando ve ne sono, arrivano quasi sempre troppo tardi, non tanto a causa della troppo favoleggiata 'lentezza' della giustizia, quanto a causa della speciale difficoltà delle indagini, non ultime quelle relative all'individuazione dei responsabili.

A fronte di questa situazione, non deve evidentemente chiedersi al diritto penale di tirare - per così dire - i remi in barca, rinunciando alla ricerca dei 'colpevoli', cui lo vincolano i principi 'sacri' dell'obbligatorietà dell'azione penale e quello della personalità della responsabilità penale.

Ma - e il legislatore si è mosso in questa direzione - il diritto penale può dotarsi di strumenti, procedure e meccanismi sanzionatori di portata più ampia, paralleli e coordinati rispetto a quella ricerca, strumenti di natura non propriamente 'penale' ma aventi tratti marcatamente 'amministrativi', diretti a colpire quelle entità (persone giuridiche, società, associazioni) alle cui dipendenze e in vista delle cui finalità hanno agito i soggetti, le persone che assumono la veste concreta di imputati.

E' questo il fine del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, recante il titolo 'Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art.11 della legge 29 settembre 2000 n.300'.

Questa legge - applicata in sordina, fatta eccezione per alcuni casi clamorosi e di rilevanza politica - può esercitare un effetto davvero rivoluzionario sul diritto penale, tradizionalmente incentrato sul principio (ma a volte anche sul mito) della responsabilità personale. Grazie ad essa è oggi possibile, per determinati reati e in presenza di precise condizioni - oggettive e soggettive - coinvolgere nel processo penale, e sanzionare adeguatamente, quei soggetti 'impersonali' la cui intrinseca complessità finisce spesso per offrire un alibi ai veri colpevoli, o renderne comunque difficile la sicura individuazione.

Come è noto, la 'punibilità' dell'impresa - in base alla legge 231 - è legata alla commissione di specifici e ben individuati reati, di cui la legge stessa contiene un catalogo tassativo, commessi da soggetti a loro volta individuati in base alla specifica loro relazione con l'impresa oltre che in base alle finalità - private ovvero funzionali agli obiettivi sociali - delle azioni od omissioni loro addebitate.

L'elenco dei reati suscettibili di mettere in moto questo meccanismo ('proiezione' della responsabilità penale sull'impresa) è tassativo ma si è andato arricchendo via via in modo abbastanza disordinato e sull'onda di contingenze particolari (artt. Da 24 a 25 undecies, relativo quest'ultimo ai reati 'ambientali'). Compagiono in questo catalogo, tra gli altri, i reati informatici, quelli di criminalità organizzata, concussione e corruzione, societari, di eversione e terrorismo, mutilazione degli organi genitali femminili, abuso di mercato, omicidio colposo o lesioni gravi e gravissime, purché commessi - questi ultimi - con violazione delle norme

sulla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro. Vi sono compresi, infine, i reati ambientali di cui al Codice Penale e al Codice dei beni culturali.

Non compare nell'elenco (né potrebbe allo stato attuale) il reato, puramente teorico e solo ipotizzato, consistente nella distruzione, nel danneggiamento, deturpamento o imbrattamento di beni culturali o - per quanto interessa - *paesaggistici*.

Anche sotto questo profilo, tuttavia, il disegno di legge per la riforma della disciplina sanzionatoria in materia di reati contro il patrimonio culturale aveva molto opportunamente delegato il governo a integrare il d.lgs.231 del 2001, prevedendo la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche quando i delitti contro il patrimonio culturale e paesaggistico venissero commessi da determinati soggetti in presenza delle condizioni previste dallo stesso d.lgs.231. A tal fine, il catalogo dei reati per cui era prevista la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche doveva essere integrato da due nuovi articoli, il 25 terdecies e il 25 quaterdecies.

Interrottosi a metà strada il cammino del d.lgs., sarebbe auspicabile che il nuovo Governo riprendesse l'iniziativa, anche per la doverosa attuazione della Convenzione sul Paesaggio del 2001. Cosa accadrebbe, come rilevarebbe - nel caso del ponte Morandi - l'esistenza del reato di distruzione di un bene paesaggistico quale il ponte stesso doveva ritenersi, in base a quanto detto sopra? Ma, soprattutto, quali sarebbero le conseguenze della configurabilità di una responsabilità amministrativa, ex lege 231, attribuibile al gestore del ponte Morandi, vale a dire alla società Autostrade?

Vediamo allora quali sarebbero le condizioni poste dalla legge per il verificarsi di una simile ipotesi.

-Il reato o i reati ipotizzati dovrebbero, come si è detto, essere compresi tra quelli di cui agli artt.24 e seguenti del d.lgs.231;

-Il reato o i reati dovrebbero essere commessi:

a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso,

ovvero

b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a).

-Le persone di cui sopra devono avere agito nell'interesse proprio dell'ente (non quindi nell'interesse proprio o di terzi), ma nell'interesse e a vantaggio dell'ente.

-L'ente, a sua volta è responsabile se:

a) non ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, *modelli di organizzazione e di gestione idonei* a prevenire i reati della specie di quello verificatosi;

b) non ha affidato il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento a un *organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo*;

c) vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui sub b).

La responsabilità è infine esclusa se le persone di cui sopra hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione.

Le ipotesi di responsabilità dell'ente che si possono formulare - in base a questa normativa - vanno dalla mancata adozione di modelli di organizzazione (peraltro non obbligatoria), alla loro inefficace attuazione, alla mancanza dell'organismo preposto all'attuazione e all'aggiornamento dei modelli, ovvero alla mancanza nello stesso organismo di idonei poteri di iniziativa e controllo, all'omessa, infine, o insufficiente vigilanza da parte dell'apposito organismo.

Soddisfatte queste condizioni, l'ente è esposto al regime punitivo previsto dalla legge 231, che si articola essenzialmente in *sanzioni pecuniarie e sanzioni interdittive*. Le prime vengono applicate 'per quote', in un numero non inferiore a cento e non superiore a mille. Le seconde (che si applicano in presenza delle condizioni di cui all'articolo 13: profitto di rilevante entità, gravi carenze organizzative, reiterazione dell'illecito) possono consistere:

1. nell'interdizione dall'esercizio dell'attività;
2. nella sospensione o nella revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito;
3. nel divieto di contrattare con la Pubblica Amministrazione;
4. nell'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi.

L'esistenza di un delitto di 'leso paesaggio' e il suo inserimento nel 'catalogo' dei reati che comportano la responsabilità amministrativa dell'ente renderebbero quindi concretamente ipotizzabile l'applicazione all'ente (nella specie alla società Autostrade) delle relative sanzioni pecuniarie e di quelle interdittive: in modo particolare la sanzione interdittiva consistente nella sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito.

Col che diventerebbe realizzabile quello stesso obiettivo (revoca della concessione) intorno al quale si stanno ingaggiando - sul piano civilistico e amministrativo - scontri economicamente rovinosi e dall'esito più che incerto.

Lo strumento penale non è più, oggi, quell'arma letale e impassibile che soleva essere nel passato. Di passaggio, si può osservare che vi è stato - nei decenni - un progressivo ravvicinamento e reciproco 'aggiustamento' tra le due dimensioni, quella civilistica e quella penalistica, che hanno per così dire imparato a collaborare e coordinarsi per un equo soddisfacimento di esigenze e interessi sia pubblici che privati.

Esempio classico di questo coordinamento è, nel diritto anglosassone, la composita figura dei *punitive damages*, in cui la funzione risarcitoria del danno (di natura civilistica) viene associata nella decisione giudiziaria a una funzione squisitamente 'punitiva'. I *punitive damages* - come è noto - possono essere riconosciuti dal giudice in funzione sanzionatoria, anche in assenza di un danno civile risarcibile, ogni volta che l'illecito appaia particolarmente riprovevole sotto il profilo etico e giuridico.

A questo proposito - sulla linea di una speciale 'flessibilità' e adattabilità del diritto penale - è il caso di rilevare come la stessa legge 231, all'articolo 15 ('commissario giudiziale') preveda che - ove sussistano i presupposti per l'applicazione di una misura interdittiva che determinerebbe l'interruzione dell'attività dell'ente, "*...il giudice, in luogo dell'applicazione della sanzione, dispon(ga) la prosecuzione dell'attività dell'ente da parte di un commissario per un periodo pari alla durata della pena interdittiva che sarebbe stata applicata, quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni:*

- a) *l'ente svolg(a) un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione può provocare un grave pregiudizio alla collettività;*
- b) *l'interruzione dell'attività dell'ente p(ossa) provocare - tenuto conto delle sue dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato - rilevanti ripercussioni sull'occupazione*".

Si potrebbe dire - allora - che il diritto penale - consapevole della natura micidiale e irreversibile delle proprie armi - stia imparando a limitarsi e procedere in modo 'chirurgico', come *ultima ratio* rispetto a situazioni di speciale delicatezza e complessità.

A riprova di questo atteggiamento del legislatore penale, è il caso di richiamare l'articolo 17 del d.lgs 231, dal titolo 'Riparazione delle conseguenze del reato':

*"Ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie, le sanzioni interdittive non si applicano quando, prima della dichiarazione di apertura*

*del dibattimento di primo grado, concorrono le seguenti condizioni:*

- a) *l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose e pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso;*
- b) *l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;*
- c) *l'ente ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca*".

Il legislatore penale ha voluto in sostanza avvertire l'ente responsabile, prima che gli venga applicata la sanzione estrema, dicendogli: "*Ex ante*", ti conviene dotarti di un modello organizzativo e di un organismo idonei a prevenire quei reati, verificandone l'efficienza e garantendone l'autonomia; '*ex post*', ti conviene scegliere la via del 'ravvedimento operoso', adoperandoti efficacemente' per eliminare le conseguenze dannose o pericolose del reato e prevenirne il ripetersi, anche eliminando le carenze organizzative che hanno determinato il reato stesso." Particolarmente apprezzabile sembra infine la previsione della nomina da parte del giudice di un *commissario giudiziale* per la prosecuzione dell'attività dell'ente: gestione straordinaria che dovrebbe includere la destinazione dei profitti o di parte di essi all'eliminazione delle conseguenze dannose del reato e ai relativi risarcimenti.

Nel caso del ponte Morandi, in assenza di un quadro normativo quale quello che si è cercato di delineare, il Governo sembra vincolato - quanto al tema della revoca della concessione - a clausole contrattuali (sino a ieri mantenute 'segrete') che rendono quanto meno problematico e comunque assai costoso, non solo in termini monetari, il conseguimento di quel risultato.

Il percorso 'penale' che si è voluto additare, a tutela prima di tutto del bene comune 'paesaggio', costituirebbe per il futuro un'alternativa importante, sia perchè agevolerebbe non poco la ricerca dei responsabili diretti del reato e il risarcimento dei danni alle vittime, sia - soprattutto - per il suo creare un più che significativo deterrente per le imprese, in particolare per quelle che si riproponevano - in condizioni di sostanziale impunità - di mettere mano al bene comune 'paesaggio', se non di mano-metterlo, in vista del conseguimento di privati e ingenti profitti.

Questo sarebbe, crediamo, il modo migliore di rendere omaggio alle vittime del crollo del ponte Morandi e ai cittadini della città di Genova, così violentemente e gravemente privata di un bene collettivo che le apparteneva e che - solo ora ce ne rendiamo conto - le era così caro.

Note.

(1) Art.150 della Costituzione di Weimar (1919): 'I monumenti storici, le opere d'arte, le bellezze della natura e il paesaggio, sono protetti e curati dal Reich'. La Costituzione di Weimar è tra quelle che, per suggerimento di Giorgio La Pira, vennero tradotte e distribuite ai membri dell'Assemblea Costituente.

(2) L'*actio popularis* era stata prevista dal disegno di legge che, dopo un iter particolarmente accidentato, sarebbe sfociato nella legge 20 giugno 1909 n.364 contenente 'Norme per l'inalienabilità delle antichità e delle belle arti (Legge Rava-Rosati)'. L'articolo 36, per cui 'ogni cittadino che gode(ss) dei diritti civili e ogni ente legalmente riconosciuto (avrebbe potuto) agire in giudizio nell'interesse del patrimonio archeologico, artistico e storico della Nazione contro i violatori della legge' venne soppresso nella versione finale della legge stessa, sacrificato al 'terribile' diritto di proprietà. Non era ammissibile che un singolo cittadino potesse agire giuridicamente in nome del popolo, in difesa dei beni comuni come l'aria, le acque, i mari e - infine - il paesaggio, 'bene comune' per eccellenza.