

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 Vigliotti, Stefano Andrea Vignolo (ST.VGN.)

Sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale:

Pasquale Costanzo, Lara Trucco

Sezione di diritto tributario:

Antonio Lovisolo

Sezione di diritto penale:

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

Collaborano

Sezione di diritto civile:

Erika Adamo, Federica Adorni (F.AD.), Chiara Alinovi (A.C.), Marco Baghino (M.BAG.), Francesca Bagnasco (F.BGN.), Stefano Baldissin (S.BL.), Francesca Bartolini (F.BART.), Giulia Bastianelli Naticchi (G.B.N.), Alexander Beecroft (A.BEE.), Massimo Benoit Torsegno (M.B.T.), Elisa Benvenuto (EL.BNV.), Silvio Bertieri (SB), Enrico Bet, Alessandro Bigoni (A.BI.), Marzio Bini (MA.BN.), Antonio Bisignani, Paola Blengino, Tiziana Blengino (T.BLE.), Nicola Boggiano (NIC.BO.), Costanza Bracciforti (C.BC.), Elisa Brigandi (EL.BR.), Ilaria Busca (I.B.), Francesca Butera (F.B.), Carlo Alberto Calcagno, Alessandra Caldini, Sonia Canata (SO.C.), Chiara Canepa (CH.CNP), Matteo Caniglia Cogliolo (M.C.C.), Simone Carrea, Emanuela Casaleggio (E.C.), Alessandro Castino, Massimiliano Cattapani (M.C.), Ivano Cavanna, Stefano Cavanna (S.C.), Valentina Cavanna (V.CAV.), Mirko Cavazzana (MK.C.), Chiara Cellerino (C.CELL.), Lara Cipriani (LA.CIP.), Sandra Compiano (SA.COM.), Antonio Maria Corzino (A.M.C.), Maria Chiara Costabile (M.C.S.), Michela Cucich (M.CH.), Elena Curretto (EL.C.), Pierpaolo Curri (P.P.CU.), Francesca Dagnino (F.DA.), Marina Damonte (MA.DMT.), Michele Dasso, 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 Gamenara (M.GA.), Stefano Garbarino (S.GARB.), Laura Garibbo (L.GRB.), Paola Gatti (PA.GAT.), Andrea Gegoli (A.GE.), Chiara Gianelli (C.GIA.), Cristina Girardi, Vittorio Grasso (V.GR.), Christian Graziano (C.GRA.), Domenico Griffo (D.G.), Marco Grimani (MA.GRI.), Luca Guerrini (LU.GRR.), Silvia Guglielminetti, Giuseppe Inglese (G.ING.),

Vladimir Kusmic (V.K.), Viviana Isola, Paola M. Ivaldi (P.M.I.), Andrea La Mattina (A.LA.M.), Walter Laganà (W.L.), Tiziana Landi (TZ.LND.), Elena Lanzi, Anita Liporace (A.LI.), Franco Longo (F.LO.), Francesca Maberino (F.MA.), Francesca Maisano (FR.MA.), Fiammetta Malagoli (F.MLG.), Natalina Mancini (NI.MA.), Francesca Maoli, Valentina Massara (V.M.), Andrea Maura (A.MAU.), Federica Marchese (FED.MH.), Cristina Marras, Chiara Medinelli (C.MED.), Francesco Simone Melandri (F.S.M.), Jenny Meloni (J.MLN.), Eugenio Migliorini (EU.MI.), Giulia Milanti (G.M.), Patrizia Monferrino (P.MO.), Federico Montaldo, Sonia Nadali (S.NA.), Alessandro Nicolini (A.Nic.), Raffaele Nicolini (RAF.NIC.), Diego Nocera (DI.NO.), Diego Nucifora (D.NCF.), Anna Maria Occasione (A.M.OC.), Silvia Olcese (SI.OL.), Annalisa Olivieri (A.O.), Nicola Orecchia (N.OR.), Francesca Orfanelli (F.O.), Giorgia Orsi, Francesca Paderno (F.P.), Carlo Pasero (C.PA.), Clizia Pastorino (CLI.P.), Sara Pasquini (S.PSQ.), Pier Luigi Luciano Pesce, Nicolò Pescetto (N.P.), Federico Piva (F.PI.), 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 (GU.R.), Anna Ruberto, Alessandro Saccomani (A.SAC.), Aldo Salvadé (AL.S.), Giulia Santoni (G.S.), Beatrice Scalfidi (B.S.), Francesca Scamuzzi (FR.SCA.), Giorgia Scuras, Michele Sivarado (M.SIV.), Laura Sommazzi, Alberto Spinelli (ALB.SPIN.), Paolo Tarnassi, Maurizio Temesio, Federica Testini, Stefano Torchio (S.TOR.), Fabio Toriello, Filippo Maria Torresi, Serena Torri (S.T.), Andrea Trucchi, Elisabetta Varni (E.VAR.), Andrea Vené, Valentina Ventura (V.V.), Jenny Verduci (J.V.), Andrea Viaggi (A.V.), Valeria Vignolo (V.VGN.), Giacomo Viotti, Andrea Vistosi (A.VST.), Enrico Zanelli (E.Z.), Fabio Zanoli (FA.ZA.), Filippo Andrea Zorzi (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.), 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.), Alessia Baldassarre (A.BAL.), Stefano Betti, Andrea Bodrito, Luca Costanzo (L.C.), Giuseppe Croce (G.C.), Filippo Da Passano (F.P.), Massimo Di Paolo, Massimiliano Ferrando (M.F.), Elizabeth Frixione (EL.FRX.), Andrea Giolo (AN.GI.), Fabio Graziano (F.G.), Marco Grimani (MA.GRI.), Andrea Machiavello (A.M.), Claudia Nouvion (C.N.), Caterina Oliva, Roberta Pera (R.P.), Alessandra Piccardo (A.P.), Agnese Querci (A.Q.), Lorenzo Ugolini (L.U.), Andrea Viaggi (A.V.)

Sezione di diritto penale:

Luca Barontini, Cristina Brigneti (CR.BR.), Francesco Brignola (FR.BR.), Francesca Bruzzone (FR.BRZ.), Ilaria Busca, Annalisa Carella (AN.CAR.), Michele Ciravegna (M.CIR.), Luca Aldo Forlani, Franco Augusto Gastaldo, M. Francesca Lanznaster, 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, Fiorenza Oriana, Paola Pepe (P.PE.), Paolo Pittaluga (PA.PITT.), Renato Ramondo, Luigi Sannino (L.SN.), Cristina Senes (CR.SEN.), Alessandro Torri (A.T.), Ilaria 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

---

**Editoriale** **3**  
di Giuseppe Conte e Andrea Fusaro

---

## Sezione di diritto civile

**Sentenze, Ordinanze e Decreti**  
Corte d'Appello di Genova, 18 ottobre 2018 **5**

Tribunale di Genova, 10 ottobre 2017 **6**  
*Tutti i fori sono uguali, ma qualcuno è più uguale degli altri.*

*Il foro del consumatore*  
nota di Annalisa Olivieri **8**

Tribunale di Genova, 8 novembre 2018 **9**

Corte d'Appello di Genova, 15 aprile 2016 **10**

Tribunale di Genova, 30 ottobre 2018 **13**

Corte d'Appello di Genova, 24 ottobre 2018 **18**

Tribunale di Savona, 1 marzo 2018 **20**

Tribunale di Savona, 21 novembre 2017 **21**

**Massime** **27**

## Documenti

*La regola del precedente e i suoi "falsi amici"*  
Guido Alpa **32**

*Un'apertura verso i patti prematrimoniali dalla sentenza delle Sezioni Unite sull'assegno di divorzio?*  
Andrea Fusaro **36**

*Hestia ed Hermes. Beni mobili e immobili tra religione e diritto. Una ricerca di antropologia giuridica sulla "grande divisione" tra gli "oggetti di diritti".*  
Marcello Castiglione **41**

*Arbitrato e negoziazione assistita dagli avvocati: quali opportunità per l'avvocatura*  
Carlo Alberto Calcagno **46**

*Su alcuni riferimenti biblici alla figura del magistrato*  
Antonio Fontana **52**

## Recensioni

SERGIO MARIA CARBONE, CHIARA TUO, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*

Filippo Maria Torresi **54**

AVV. AURELIO DI RELLA TOMASI DI LAMPEDUSA, *Avvocati di Genova. Arringhe*

Alessandro Barca **57**

AVV. FRANCO LONGO, *Il sistema sanzionatorio nel diritto di famiglia*

Alessandro Barca **58**

---

## Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

### Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Genova, ord. 6 settembre 2018 **59**

*Il sequestro dei fondi della Lega: brevi osservazioni all'ordinanza del Tribunale del riesame di Genova del 6 settembre 2018*

nota di Simone Frega **60**

**Massime** **62**

---

## Sezione di diritto tributario

**Massime** **64**

## Documenti

*Acquisti e sponsorizzazione di beni artistici e culturali: differenze di regime fra reddito d'impresa e di lavoro autonomo*  
Antonio Lovisolo **71**

---

## Sezione di diritto penale

### Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Genova, 25 maggio 2018 **73**

**Massime** **75**

## Documenti

*La consulta sopperisce all'inerzia del legislatore ed "allarga" il termine di sospensione dell'ordine di esecuzione per l'affidamento in prova "allargato"*

Luca Barontini **78**

# Editoriale

## Omaggio a Guido Alpa\*

**Giuseppe Conte**

*Presidente del Consiglio dei ministri della Repubblica Italiana  
già Ordinario di diritto privato presso l'Università di Firenze  
e presso l'Università LUISS Guido Carli di Roma*

Illustri Professori, illustri Ospiti, cari studenti, oggi una rappresentativa porzione della comunità accademica specificamente dedicata agli studi giuridici si è data appuntamento per rendere omaggio al percorso di studi compiuto da un suo illustre esponente: Guido Alpa. La data scelta non è casuale: oggi ricorre il settantunesimo genetliaco dell'onorato e per prima cosa desidero rivolgere a lui il mio più sincero e affettuoso pensiero augurale.

Insieme agli amici Andrea Fusaro, Alessandro Somma, Vincenzo Zeno Zencovich, dopo avere riflettuto sulla modalità migliore per promuovere l'occasione di un festoso simposio, abbiamo convenuto che fosse più confacente raccogliere in un unico volume alcuni contributi ad opera di un gruppo ristretto di amici, scontando gli inevitabili dispiaceri generati in capo a coloro che non sono stati resi partecipi dell'iniziativa.

Come pure abbiamo scritto nel foglio di presentazione, questo dono è improntato a sobrietà, scaturisce nel segno di una opzione minimalista. Costituisce un piccolo tributo di riconoscenza per l'intelligenza e la passione con cui Guido Alpa ha indagato il mondo dei segni giuridici, nonché per la straordinaria generosità intellettuale con cui ha inteso condividere con noi i risultati delle sue ricerche.

Permettetemi una testimonianza personale. Io non appartengo alla scuola di Guido Alpa. Mi sono laureato qui alla Sapienza, e ho avuto, quale mentore accademico, il prof. Giovanni Battista Ferri, esponente della scuola romana che faceva capo a Rosario Nicolò, caratterizzata - tradizionalmente - da una forte vocazione dogmatico-sistematica, che pure si è declinata nel corso del tempo in modo articolato, in base agli itinerari di ricerca delle varie personalità scientifiche che l'hanno interpretata.

Ho conosciuto Alpa molti anni dopo, quando ormai avevo compiuto la prima fase del mio percorso di formazione ed ero diventato ricercatore di Diritto privato nell'Università di Firenze.

Ma se avessi conosciuto Guido Alpa anche prima, dubito che avrei potuto far parte di una sua scuola. Guido Alpa non è mai stato un maestro, secondo l'accezione più tradizionale di questo termine. Egli non si è mai posto, con i numerosi giovani che pur negli anni lo hanno affiancato nell'ambito delle attività accademiche, come colui che interviene a iniziarli nell'attività di ricerca, delineando itinerari e trasmettendo consapevolezza nell'impiego di determinati strumenti teorici e utensili concettuali; non si è mai posto come colui che accompagna

e suggerisce ai meno provetti le scelte da compiere nei più significativi passaggi di carriera.

Lui stesso, pur avendo maturato passione per gli studi giuridici seguendo da presso giuristi che hanno fortemente influenzato la sua formazione anche per la novità di indirizzo di cui erano portatori, da Tarello a Trimarchi a Rodotà, ha percorso un complesso e fruttuoso itinerario di studi dipanandolo nella dimensione della più assoluta "libertà", libertà dell'oggetto di ricerca e libertà di come ricercarlo.

Non inganni, tuttavia, il chiaro ripudio del formalismo positivisticò e del dogmatismo-sistematico che caratterizza le sue ricerche. L'approdo di questo approccio antiformalista non è mai stato nell'area indistinta di un generico eclettismo metodologico o di un sincretismo contenutistico.

In verità, l'opzione metodologica che ricaviamo dalle ricerche giuridiche di Alpa rimette, con sufficiente approssimazione, alle correnti giusrealistiche, in particolare nordamericane, poiché per mezzo delle sue indagini egli ha concretamente operato una sistematica revisione di tutti i più consolidati postulati della cultura giuridica italiana:

- ha posto in discussione la natura *imperativa* della norma giuridica a favore della sua più complessa dimensione sociale;
- ha contribuito a incrinare il concetto di *sistema*, comunemente inteso come insieme di norme strettamente coordinate sul piano logico-formale;
- ha partecipato alla decostruzione di tutti i processi decisionali che presiedono al *farsi* del diritto, denunciando l'ipocrisia sottesa alla rappresentazione delle attività del giurista e del giudice come attività di natura logiche, che si dipanano nel segno della neutralità;
- ha contestato la *supremazia* della legge, rispetto alle altre fonti anche non scritte del diritto.

In virtù di questa impostazione il Nostro ha derivato la convinzione che il diritto sia fondamentalmente uno *strumento pratico*, da indagare e analizzare sulla base della sua più tangibile dimensione fenomenica, che coinvolge, ad un tempo, risvolti di ordine politico, economico, sociale, culturale.

Il sapere giuridico, in altre parole, non può affidarsi a modelli, categorie e forme ordinanti che, nell'auspicio di giungere a una conoscenza razionale, espongono all'ipotesi dei concetti. Il sapere giuridico deve piuttosto svilupparsi sul piano della sua *esperienza funzionale*, concretamente declinata sul piano applicativo.

Questo approccio spiccatamente *pragmatico* ha reso Alpa particolarmente disponibile al confronto con indirizzi e metodi di analisi anche differenti tra loro, sul presupposto tuttavia che da essi siano desumibili pratiche argomentative e strumenti discorsivi idonei a ricavare la regola del caso concreto.

Dovendo scegliere tra l'univocità del metodo diletta da Cartesio e la prospettiva pluralistica della scienza giuridica evocata da Leibniz, non v'è dubbio che Alpa abbia sempre e costantemente inclinato verso quest'ultima, sulla base, tuttavia, di una ben precisa prospettiva *funzionale*.

Gli eccellenti risultati da lui raggiunti non si giustificano, peraltro, con la bontà del metodo, che può essere certamente ostativo, quando inidoneo, ma che di per sé non è garanzia di successo,

\* Intervento preparato in vista dell'Incontro "IL DIRITTO PRIVATO NEL PRISMA DELLE SCIENZE GIURIDICHE" organizzato all'Università di Roma "La Sapienza" il 26 novembre 2018 per festeggiare Guido Alpa in occasione del suo LXXI compleanno.

ma si giustificano sulla base di una passione e di una curiosità intellettuale davvero sorprendenti e di una devozione per lo studio inesauribile, che sfiorano la tensione morale e la testimonianza civica. Questa tensione, questa testimonianza costituiscono, peraltro, il più forte bilanciamento rispetto a una spiccata propensione per la scrittura - attestata da una produzione letteraria pressoché sterminata - che altrimenti sarebbe tramutata in vera e propria *scribendi cacoethes*.

Le sue ricerche hanno indagato pressoché tutti i settori di attività, tutte le manifestazioni comunitarie dell'agire umano, tutte le istituzioni erette dall'uomo. In molti di questi campi le sue indagini sono state pionieristiche. Guido Alpa ha indagato i temi e i problemi inseguendoli laddove questi si sono inoltrati, non limitandosi all'area del diritto civile, ma

svolgendo le sue ricerche nel campo del diritto commerciale, del diritto amministrativo, del diritto costituzionale, penetrando a fondo l'ordinamento europeo e comparando differenti ordinamenti giuridici.

Criterio ultimo e indirizzo determinante della sua ricerca - al di là delle norme e degli istituti, pur sempre intesi nella loro dimensione effettuale-sostanziale, giammai logico-formale - sono stati, costantemente, il valore e la centralità della persona. Del "rispetto dell'altro" Guido Alpa ha fatto una professione di vita, forte di un'intima convinzione e - direi - di una naturale inclinazione, ed è questo il dono forse più apprezzato dai suoi innumeri amici e, sicuramente, da chi personalmente scrive queste righe.

## Guido Alpa giovane didatta\*

**Andrea Fusaro**

Ordinario nell'Università di Genova  
Notaio

**Sommario:** 1. *Il metodo della didattica.* - 2. *Gli esami.* - 3. *Il gusto per il motto di spirito.*

Vorrei porgere una testimonianza storica circa Guido Alpa giovane didatta, che conobbi al primo anno del corso di Giurisprudenza all'Università di Genova nel 1979, quale mio professore di Istituzioni di diritto privato, poi rincontrai al terzo anno e ancora al quarto a diritto civile uno e due

### 1. Il metodo della didattica.

Nell'introdurre il corso di *privato* formulò un accalorato invito a leggere i quotidiani, possibilmente nazionali, anche non economici, in quanto miniere di notizie rilevanti per cogliere il senso del diritto, la prima fonte da cui attingere.

Durante le lezioni interpellava ripetutamente noi studenti circa la regola del caso proposto, ci sollecitava a intervenire per manifestare la nostra condivisione circa le soluzioni legali, tendeva insomma ad adottare un modello di lezione socratica, al tempo inconsueto, specie nell'ambito degli insegnamenti istituzionali. Presentava la regola legale illuminandone radici e condizionamenti storici e ideologici, porgeva più casi che categorie, ci sollecitava a suggerire la soluzione che avremmo privilegiato.

Dedicò molto spazio alla responsabilità civile, sottolineando la variabilità dei criteri per definire l'ingiustizia del danno, in un'epoca in cui le molte lesioni rimanevano prive di ristoro.

\* Intervento preparato in vista dell'Incontro "IL DIRITTO PRIVATO NEL PRISMA DELLE SCIENZE GIURIDICHE" organizzato all'Università di Roma "La Sapienza" il 26 novembre 2018 per festeggiare Guido Alpa in occasione del suo LXXI compleanno.

Anche nei corsi di diritto civile uno e due tene lezioni basate sul dialogo, illustrando saggi e sentenze che dava l'impressione di aver riletto appositamente per riferircene in classe; privilegiava, insomma, una didattica anticipatrice del modello ora diffuso.

### 2. Gli esami.

Agli esami programmaticamente faceva scorrere le domande dal generale al particolare, dal facile al difficile, all'evidente fine di graduare la valutazione, evitando di penalizzare i più deboli, ma senza sacrificare le eccellenze. Complessivamente la durata della singola prova d'esame era molto contenuta. Quando poi, una volta laureato, fui assoldato nella folta schiera degli assistenti, gli sentii considerare in modo giocoso che l'interrogazione dura dieci minuti, perché tre servono per individuare il voto, sette per convincere lo studente che se lo merita.

### 3. Il gusto per il motto di spirito.

Questo motto di spirito non è rimasto affatto isolato: ne ha confezionati in abbondanza, coltivando una vena spontanea, assai feconda, da ricordare, ancorché ovviamente troppo ricca per essere compiutamente censita.

Si è sempre studiato di riuscire lieve e arguto con noi - allora- giovanissimi, nelle varie occasioni, persino nelle manifestazioni di riconoscenza. Per rendermi merito di aver fotocopiato tutti i saggi che componevano i tre volumi dell'antologia "Lo spirito del diritto civile"- edita nel 1984- , nella prefazione indirizzò un pensiero grato verso l'"umile pazienza"; per attestare il contributo che avevo fornito all'avvio della Nuova Giurisprudenza Civile Commentata (da lui fondata insieme a Paolo Zatti) - in termini di note a sentenza e rassegne- disse che avevo scritto tutto il primo fascicolo e metà del secondo.

E come si può conciliare didattica e ricerca, accademia e professione? Bisogna fare i miracoli, gli ho sentito rispondere. Certamente l'omaggiato miracoli ne ha fatti tanti.

## Sezione di diritto civile

**Sentenze e Ordinanze**

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 18 ottobre 2018, n. 1585 - Rel. Marroni - Z. (Avv.ti Montobbio e Guidorzi) c. I. S.r.l. (Avv. Colella).

**ARRICCHIMENTO senza causa - spese condominiali - liquidate in base a vecchia tabella millesimale già superata al momento dell'approvazione - configurabilità - sussistenza - esperibilità da parte del condomino impoverito nei confronti di quello arricchito.**

*Qualora una delibera assembleare ripartisca l'onere di lavori straordinari sulla base delle tabelle millesimali vigenti, ma tali tabelle non rispecchino più la reale situazione di fatto (essendo nel frattempo intervenuto il frazionamento di un appartamento), il condomino - che pure è tenuto a corrispondere gli oneri condominiali secondo tale ripartizione (non essendo opponibile al condominio la mutata situazione di fatto fino all'approvazione delle nuove tabelle) - può esperire l'azione di arricchimento nei confronti dell'altro condomino che di tale situazione si sia avvantaggiato.*

(...Omissis...)

**Motivi della decisione.**

Con atto di citazione avanti al Tribunale di Genova, notificato l'8.3.2007, Z. conveniva in giudizio I. S.r.l. affermando di essere proprietaria dell'appartamento interno 11, posto all'ultimo piano del condominio al civico ... di Via C.; che tale appartamento, nella originaria configurazione dell'edificio, era l'unico appartamento avente accesso dal pianerottolo dell'ultimo piano; che la I. S.r.l. era proprietaria dell'appartamento interno 10, che, sempre nell'originaria configurazione dell'edificio, era posto su due livelli, in parte al penultimo piano ed in parte all'ultimo piano, con l'accesso unicamente dal pianerottolo del penultimo piano; che nel 1999, I. S.r.l. manifestò in assemblea condominiale l'intenzione di frazionare l'interno 10, creando due distinti ed autonomi appartamenti mediante l'apertura di una porta all'ultimo piano, assumendo gli oneri delle opere inerenti al pianerottolo dell'ultimo piano per la creazione dell'accesso al nuovo interno 12 ed impegnandosi altresì a rimborsare all'interno 11, allora di proprietà del Sig. T., le conseguenti differenze di spese che ne sarebbero derivate; che l'originario appartamento interno 10 venne diviso in due distinte unità immobiliari, con il "nuovo" appartamento interno 12, avente accesso dall'ultimo piano tramite porta di nuova creazione; che, a seguito della creazione di una nuova unità immobiliare, le quote millesimali di pertinenza dei singoli alloggi del Condominio di Via C. ... subirono necessariamente variazioni e le quote millesimali dell'appartamento della Sig.ra Z. avrebbero dovuto essere modificate per la riduzione dei valori delle porzioni immobiliari nonché dell'uso dei servizi comuni, che pertanto la Sig.ra Z. invitava formalmente il Condominio a modificare le tabelle millesimali; che le nuove tabelle millesimali vennero approvate dall'assemblea del 13 Aprile 2006; che, ancora nel vigore delle vecchie tabelle, il condominio approvava, in data 13.3.2003, il riparto spese straordinarie per i lavori fatti a prospetti e tetto, in data 15.4.2003, l'installazione di un impianto ascensore e, con assemblea del 15.4.2003, approvava la relativa tabella di riparto spese; che tali lavori vennero addebitati alla

signora Z. in base alle tabelle millesimali allora vigenti, ma di fatto non più corrispondenti alla situazione reale per la creazione dell'interno 12, con addebito alla medesima di una quota di spese condominiali di competenza del medesimo interno 12; che in particolare la Sig.ra Z. versò, sulla base dei riparti del 31.1.02 per facciate e tetto e del 7.2.2005 per rifacimento scale, Euro 38508,68 quale quota di spesa facciate e tetto ed Euro 17323,12 quale quota di spesa scale, quote calcolate sui millesimi allora imputabili e già dalla medesima contestati, secondo il diverso calcolo effettuato sulla base delle nuove tabelle, conformi al mutamento dello stato di fatto, ma non ancora approvate a quella data.

In base a tali nuovi valori millesimali, infatti, essa avrebbe dovuto versare cifre ben più modeste, ovvero Euro 32610,95 quale quota di spesa facciate e tetto ed Euro 8542,81 quale quota di spesa scale. Ritenendo pertanto di aver versato al Condominio somme di competenza dell'interno 12 e di aver, con ciò, incrementato il patrimonio della I. S.r.l., l'attrice chiedeva la condanna dell'I. alla restituzione delle somme corrisposte in maggior misura, sulla base delle vecchie tabelle condominiali.

Si costituiva I. S.r.l. la quale contestava la fondatezza della domanda ed, esaurita la fase di trattazione, la causa veniva trattenuta in decisione dal Tribunale.

Veniva emessa la sentenza n. 589/2010 dell'11,2,2010, la quale respingeva la domanda attorea e quella convenuta di condanna ex art. 96 c.p.c. e condannava l'attrice al pagamento delle spese di causa.

Con atto di citazione regolarmente notificato il 4.10.2010, Z. proponeva appello sostenendo la contraddittoria ed errata valutazione della fattispecie da parte del Giudice di primo grado. Si costituiva I. S.r.l. che chiedeva la conferma della sentenza gravata con favore delle spese del grado.

Con ordinanza 26.7.2016, la Corte, esaminati gli atti, rimetteva la causa in istruttoria per l'espletamento di CTU, nominando il Geom. D.L. E formulando i seguenti quesiti: 1) ponendo a raffronto le tabelle millesimali approvate nel 2006 dal Condominio di Via C. ... con le tabelle precedentemente vigenti, dica quali variazioni siano intervenute nei valori attribuiti alle proprietà delle parti in causa; 2) specifichi se tali variazioni siano derivate dal frazionamento di un unico immobile diviso in due attribuiti alle parti in causa o da altre ragioni interessanti anche proprietà di altri condomini; 3) proceda al riparto virtuale delle spese condominiali per cui è causa secondo le nuove tabelle e al raffronto col riparto effettivo in base alle vecchie tabelle, specificando se vi sarebbe stata una minore spesa per la attrice e una corrispondente maggiore spesa per la convenuta e la quantifichi": Depositata la CTU in data 19.5.2017, veniva fissata l'udienza del 23.01.2018 per la discussione finale e per la precisazione delle conclusioni con concessione alle parti dei termini massimi di legge per il deposito di conclusioni e memorie di replica.

L'appellante ha chiesto la riforma della sentenza per il seguente motivo: - erronea valutazione di fatto e di diritto dell'art. 2041 c.c. per aver ritenuto sussistere fra le parti il rapporto condominiale impeditivo ai sensi dell'art. 2012 c.c., nonostante la qualificazione dell'azione come domanda

di arricchimento senza causa. In particolare chiedeva la riforma della sentenza con l'accoglimento delle domande proposte in primo grado, perché la sentenza gravata aveva motivato il rigetto della domanda di arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c., sulla circostanza che i pagamenti erano avvenuti in base ad un riparto approvato dall'assemblea del condominio e, "di conseguenza in forza di un rapporto compiutamente regolato, rapporto che ha efficacia vincolante fra le parti", ritenendo così sussistere l'impedimento dell'art. 2042 c.c..

L'appello è fondato.

Preliminarmente, la Corte rileva che la sentenza gravata afferma a pag. 4, senza alcuna contestazione delle parti sul punto: "in effetti la Sig.ra Z. ha versato la sua quota al condominio, essendovi tenuta in base al riparto approvato dall'assemblea, ma è pur vero che già in tale momento si erano verificati tutti i presupposti per la variazione della ripartizione".

Alla luce di tale circostanza, non oggetto di contestazione né impugnazione da nessuna delle parti, deve ritenersi accertato definitivamente che, al momento dell'approvazione del rendiconto e riparto finale delle opere straordinarie da parte dell'assemblea del Condominio, la situazione di fatto dei millesimi di proprietà non corrispondeva alla situazione delle tabelle millesimali, modificate solo con approvazione dell'assemblea 13.4.2006.

Nel caso di cui trattasi, la Z. ha dovuto, effettivamente, in virtù del rapporto condominiale procedere al pagamento delle spese, sulla base delle tabelle millesimali vigenti, ma non più corrispondenti alle modifiche conseguenti alla creazione del nuovo interno 12.

Pertanto, essa ha dovuto corrispondere, senza poter nulla opporre al condominio, somme, che in realtà non avrebbe dovuto versare, in caso di tempestivo adeguamento delle tabelle alla nuova situazione di fatto. Di conseguenza, si è prodotto, per tali somme un arricchimento senza causa della società I., cui sarebbe spettato, invece della Z., il versamento della suddetta differenza millesimale, con il correlativo depauperamento patrimoniale dell'odierna appellante.

Diversamente da quanto affermato dal primo giudice, vi sono dunque le condizioni per l'accoglimento dell'azione di arricchimento senza causa, da ritenere, oltre che ammissibile, validamente esperita, al di fuori del diverso ed autonomo rapporto condominiale, che ne costituisce la mera occasione. Infatti, il rapporto condominiale, che non consente al condomino azioni utili al recupero delle somme, non è, tuttavia, preclusivo della presente azione, costituendo esso l'occasione - ovvero il fatto unico - che ha determinato l'arricchimento ingiustificato di un condomino ai danni dell'altro: "In tema di ingiustificato arricchimento, una volta accertata l'unicità del fatto da cui derivano la locupletazione di un soggetto e la correlativa diminuzione patrimoniale di un altro, e l'assenza di una causa idonea a giustificare, - omissis - l'arricchito non è esonerato dall'obbligo di indennizzare la controparte, né diminuisce l'entità dell'indennizzo dovuto" (Cass. Civ. 20.3.1997, n. 2484, 23.7.2003 n. 11454, 10.3.2011 n. 5690).

La corte ha, pertanto, ammesso la CTU ed il consulente, sulla base di tutti gli elementi forniti dalle parti e prodotti in causa, ed in particolare delle tabelle "effettivamente utilizzate per i pagamenti di ogni condomino" - CTU pag. 5, ha risposto ai quesiti in modo sufficientemente e tecnicamente condivisibile, oltretutto alle osservazioni dei CT di parte nella "risposta alle osservazioni dei CTP" del 18.5.2017.

Dopo aver verificato e determinato la variazione delle tabelle millesimali, prima e dopo il 13.4.2006, data di adeguamento

delle tabelle millesimali alla situazione di fatto esistente, il CTU ha individuato, con concisa ma idonea motivazione, la causa di tale variazione nel "frazionamento dell'interno 10, dal quale è nato l'interno 12" - CTU pag. 4. Infine, ha determinato le somme corrisposte dalla Z. che ne hanno provocato la diminuzione patrimoniale. Precisamente, dalle conclusioni risulta che, per le spese scale, la stessa avrebbe dovuto pagare in meno la somma di Euro 6.123,73, mentre per le spese generali (Lavori tetto e facciate) avrebbe dovuto pagare in meno la somma di Euro 476,32. La somma dei due valori, pari ad Euro 6600,05, corrisponde alla diminuzione patrimoniale subita dalla Zona a favore della I., tenuta, pertanto, alla restituzione di tale somma.

La somma così determinata produce interessi compensativi che decorrono dalla data dell'effettivo ed integrale pagamento delle spese condominiali per i lavori straordinari, coincidente con quella dell'arricchimento (Cass. Civ., 28.01.2013, n. 1889).

(... Omissis...)

## I

Tribunale di Genova, sez. II civ., ord. 10 ottobre 2017, Giudice Unico Canepa - C. e M. (Avv. Bardi) c. R. (Avv. Radice e Bianchi).

**COMPETENZA civile - controversia tra cliente ed avvocato - competenza territoriale - foro del consumatore - derogabilità - ammissibilità.**

(Artt. 18, 19, 20, 47 e 48 c.p.c.; Art. 63 D.Lgs. 206/2005)

*In tema di controversie tra cliente ed avvocato si applica la disciplina sul foro del consumatore che individua un criterio di competenza esclusivo ed inderogabile, a nulla rilevando che nella proposizione simultanea di un'unica domanda uno dei soggetti non abbia optato per il proprio foro del consumatore, operando anche nei suoi confronti la deroga alla competenza per territorio in favore del foro del consumatore degli altri attori in ossequio al generale principio del giusto processo e della concentrazione della tutela giurisdizionale. (1)*

## II

Corte di Cassazione, sez. VI civ., ord., 28 settembre 2018, n. 23624 - Pres. D'Ascola - Rel. Carrato - C. e M. (Avv. Bardi e De Bonis) c. R. (Avv. Radice e Bianchi).

**COMPETENZA civile - controversia tra cliente e avvocato - competenza territoriale - foro del consumatore - derogabilità - ammissibilità.**

(Artt. 3 e 33 D.Lgs. 206/2005)

*Il foro del consumatore di cui all'art. 33 comma II lett. u) del D.Lgs. 206/2005, che individua un criterio di competenza esclusivo ed inderogabile, si applica anche alla controversia tra cliente ed avvocato, indipendentemente dal ruolo di parte processuale, essendo indiscusso che il cliente rivesta la qualità di "consumatore" ai sensi dell'art. 3 comma I lett. a) del D.Lgs. 206/2005, mentre l'avvocato quella di professionista esercente un'attività professionale che si concretizza nella prestazione d'opera intellettuale. Ciononostante, il singolo consumatore può rinunciare ad*

avvalersi del foro inderogabile ogniqualvolta agisca nella qualità di attore e ciò in quanto le disposizioni apprestate dal Codice del consumo sono previste per la sua tutela: ne consegue che la violazione della regola della competenza non è rilevabile né dalla controparte, a cui vantaggio non opera, né dal giudice d'ufficio, non comportando perciò la necessaria applicazione dei fori generali contemplati dagli artt. 18, 19 e 20 c.p.c. (2)

## I

(...*Omissis*...)

### Motivi della decisione.

Esaminata l'eccezione preliminare di difetto di competenza del giudice adito, si osserva che secondo la giurisprudenza della Suprema Corte:

“Il foro del consumatore, previsto dall'art. 63 del codice del consumo (D.Lgs. 6 settembre 2005 n. 206), è derogabile da parte del consumatore, anche unilateralmente, con l'introduzione della domanda innanzi al giudice territorialmente competente ai sensi degli artt. 18, 19 e 20 c.p.c., oppure in forza di una clausola contrattuale, in quanto la competenza prevista dal codice del consumo è inderogabile unicamente ad opera del professionista, attesa la funzione della disposizione, volta alla tutela del consumatore medesimo, al quale quindi non può essere precluso di scegliere uno dei fori alternativi, se egli lo ritenga, nel caso concreto, più rispondente ai propri interessi (nella specie, alcuni acquirenti di prodotti finanziari, con domicilio in molteplici città, avevano deciso di concentrare le controversie presso un unico foro, quello in cui la società convenuta aveva sede, invece che proporre presso fori diversi, così da garantire uniformità di giudicato e contenimento dei costi e, in definitiva, l'economia processuale, v. Cass. Ord. n. 1875 del 08/02/2012)”;

“Nelle controversie concernenti contratti negoziati fuori dai locali commerciali relativi a strumenti finanziari, il consumatore può adire un giudice diverso da quello determinato ai sensi dell'art. 63 del codice del consumo (D.Lgs. 6 settembre 2005 n. 206), competente per territorio in base ad uno dei criteri di cui agli artt. 18, 19 e 20 c.p.c., o indicato nel contratto, senza che, in accoglimento della relativa eccezione sollevata dal professionista ovvero d'ufficio, tale giudice possa dichiarare la propria incompetenza a svantaggio del consumatore, e cioè in pregiudizio dell'interesse di quest'ultimo (v. Cass. Ord. n. 5974 del 16/04/2012)”;

“Nelle controversie concernenti i contratti negoziati fuori dai locali commerciali relativi a strumenti finanziari, il consumatore può adire un giudice diverso da quello determinato ai sensi dell'art. 63 del codice del consumo (D.Lgs. 6 settembre 2005 n. 206), ove ravvisi maggiormente rispondente al proprio interesse derogare, anche unilateralmente, al c.d. “foro del consumatore”, e così adire il giudice competente per territorio in base ad uno dei criteri di cui agli artt. 18, 19 e 20 c.p.c., ovvero quello indicato nel contratto, senza che il giudice adito, in accoglimento della relativa eccezione sollevata dal professionista ovvero rilevata d'ufficio, possa dichiarare la propria incompetenza a svantaggio del consumatore, e cioè in pregiudizio dell'interesse di quest'ultimo, la cui scelta non scalfisce l'esigenza di tutela contro l'unilaterale predisposizione ed imposizione del contenuto contrattuale da parte del “professionista”, che la disciplina in argomento è funzionalmente volta a garantire (nel caso di specie, i consumatori, domiciliati in luoghi diversi, avevano ritenuto più vantaggioso concentrare la vertenza presso il tribunale del luogo in cui aveva sede legale

l'istituto di credito convenuto in giudizio, piuttosto che adire ciascuno, singolarmente, il foro del consumatore, conseguendo così l'obiettivo di garantire non solo l'uniformità del giudicato, ma anche un sensibile contenimento dei costi ed una maggiore celerità ed economia processuale, v. Cass. Ord. n. 8167 del 04/04/2013”;

“Cass., sez. VI civ., ord. 13 settembre 2017, n. 21187, Pres. Amendola, Rel. Olivieri: con ordinanza in data 16/06/2016, la Corte di legittimità ha dichiarato la competenza per territorio del Tribunale di Roma in quanto la controversia oggetto del contendere verteva “in pretese aventi titolo in un rapporto d'opera” e “la questione di competenza va risolta alla stregua del principio di diritto secondo cui nei rapporti tra avvocato e cliente quest'ultimo riveste la qualità di consumatore ai sensi dell'art. 3 comma 1 lett. a) del D.Lgs. 6 settembre 2005 n. 206. Ne consegue che alla controversia tra cliente ed avvocato in tema di responsabilità professionale si applicano le regole del foro del consumatore di cui all'art. 33 comma 2 lett. u) del D.Lgs. 6 settembre 2005 n. 206”.

Per effetto della Legge 69/2009, la decisione sulla competenza assume la forma di ordinanza.

Ritenuto che l'eccezione di incompetenza territoriale è infondata, rimessa al definitivo ogni decisione in ordine alle spese di lite, la respinge

### P.Q.M.

Rigetta l'eccezione di incompetenza territoriale, e per l'effetto dichiara la competenza per territorio del Tribunale di Genova; (...*omissis*...)

## II

(...*Omissis*...)

### Motivi della decisione.

Osservato che secondo la concorde giurisprudenza della S.C. (richiamata anche nell'impugnata ordinanza), non può discutersi che nei rapporti tra avvocato e cliente quest'ultimo riveste la qualità di “consumatore”, ai sensi dell'art. 3 comma I lett. a) del D.Lgs. 206/2005, a nulla rilevando che il rapporto sia caratterizzato dall'*intuitu personae* e sia non di contrapposizione, ma di collaborazione (quanto ai rapporti esterni con i terzi), non rientrando tali circostanze nel paradigma normativo (cfr. Cass. Ord. n. 1464/2014; Cass. Ord. n. 21187/2017) ed essendo altresì pacifico che la disciplina sulla tutela del consumatore si applica anche nei confronti dell'avvocato, quale professionista esercente un'attività professionale che si concretizza nella prestazione d'opera intellettuale;

Opinato che alla controversia tra cliente e avvocato (ed indipendentemente dal ruolo di parte - se attore o convenuto e viceversa - che ognuno di essi riveste) si applica la disciplina sul foro del consumatore di cui all'art. 33 comma II lett. u) del D.Lgs. 206/2005, che individua (da ultimo cfr. Cass. Ord. n. 1951/2018) un criterio di competenza esclusivo ed inderogabile (a meno che il professionista non dimostri che la clausola di deroga in favore di altri sia stata oggetto di trattativa individuale tra le parti, ipotesi non ricorrente nel caso di specie);

Considerato inoltre che nella controversia cui si riferisce il regolamento proposto è incontestato che gli attuali resistenti M.M.D. e C.E.D. abbiano correttamente adito il Tribunale di Genova, quale foro del consumatore, mentre, con riguardo alla posizione e alla scelta adottate da C.M.D. deve conditarsi il progresso indirizzo giurisprudenziale della S.C. in

base al quale il singolo consumatore può rinunciare ad avvalersi del foro inderogabile fissato dal citato art. 33 del D.Lgs. 206/2005 ogniqualvolta agisca nella qualità di attore, e ciò anche in virtù della considerazione che le disposizioni apprestate dal c.d. codice del consumo sono previste per la sua tutela, onde la violazione della regola della competenza fissata dalla predetta norma non è rilevabile dalla controparte, a cui vantaggio non opera, nè dal giudice d'ufficio (cfr. Cass. Ord. n. 13994/2014; Cass. Ord. n. 5933/2012), non comportando perciò la necessaria applicazione dei fori generali contemplati dagli artt. 18, 19 e 20 c.p.c.; rilevato che quest'ultima conseguenza non viene a verificarsi nemmeno nel caso - come quello in esame - di proposizione simultanea di un'unica domanda (avente ad oggetto un rapporto di consumo) da parte di più soggetti, dei quali solo qualcuno non abbia inteso optare per il foro del consumatore, poiché in tal caso opera, anche nei confronti di quel soggetto, la deroga alla competenza per territorio in favore del foro del consumatore, da ritenersi foro più speciale ed inderogabile di ogni altro (cfr. Cass. Ord. n. 5705/2014), anche in ossequio al generale principio del giusto processo e alla valorizzazione del preferenziale criterio della concentrazione della tutela giurisdizionale in capo ad un unico giudice;

#### P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso (...*Omissis*...)

(1-2) **Tutti i fori sono uguali, ma qualcuno è più uguale degli altri. Il foro del consumatore.**

**Sommario:** 1. *I fatti di causa.* 2. *Il cliente-consumatore ed il foro competente.*

#### 1. I fatti di causa.

Con ricorso *ex art.* 702 *bis* c.p.c. i sigg.ri C. (residente a Pavia) e M. (residente a Genova), convenivano nanti il Tribunale di Genova l'Avv. R., deducendo di essersi avvalsi delle sue prestazioni professionali per un contenzioso successorio e di essere creditori della somma di Euro X ciascuno, pari alla differenza tra il compenso concordato per iscritto con l'avvocato ed il compenso liquidato dal Giudice. Conseguentemente i ricorrenti chiedevano all'adito Tribunale di Genova di condannare R. a corrispondergli l'importo di Euro X ciascuno. Alla prima udienza, il Tribunale di Genova disponeva il mutamento del rito e fissava l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. in cui si è svolta discussione sull'eccezione di incompetenza territoriale del Giudice adito *ex adverso* sollevata e, all'esito, il Giudice si riservava. Con ordinanza datata 10.10.2017, il Giudice respingeva la predetta eccezione, e concedeva termini per le memorie *ex art.* 183 comma 6 c.p.c.

#### 2. Il cliente-consumatore ed il foro competente.

Il D.Lgs. 206/2005 riunisce sotto un'unica disciplina organica tutte le norme vigenti in materia di rapporti contrattuali tra consumatori e professionisti, attuando così numerose direttive di matrice europea, nell'ottica di rafforzare la tutela della figura del consumatore, parte contrattuale debole nei rapporti di consumo, e di favorirne le esigenze. Vale il principio affermato dalla S.C. (Cass. Civ. 12865/2011), che la Direttiva comunitaria del 05.04.1993 n. 93 CEE non limita il suo ambito di applicazione alle at-

tività commerciali come comunemente intese, atteso che al suo decimo "considerando" afferma espressamente l'applicabilità a qualsiasi contratto stipulato tra un professionista ed un consumatore. Il D.Lgs. 206/2005 art. 3 lett. a), come modificato dal D.Lgs. 221/2007, definisce il consumatore come "la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale artigianale o professionale eventualmente svolta". Lo stesso art. 3 lett. c) definisce il professionista come "la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta". Queste definizioni fanno riferimento all'esercizio di attività "imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale" che nel nostro ordinamento rispecchia la distinzione tra imprenditore, artigiano e prestatore d'opera professionale: è evidente quindi che la disciplina del consumatore si applichi anche al professionista prestatore d'opera intellettuale (art. 2229 c.c.), come l'avvocato.

Premesso quindi che:

- l'avvocato che conclude un contratto d'opera professionale intellettuale deve ritenersi un professionista ai sensi del D.Lgs. 206/2005, art. 3, il quale individua la figura del professionista nella persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario;
- il consumatore è invece la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta, ai sensi del D.Lgs. 206/2005, art. 3 lett. a, come modificato dal D.Lgs. 221/2007;

è evidente che nella fattispecie si versi nell'ipotesi di contratto (d'opera professionale art. 2229 c.c.) stipulato tra il professionista (l'avvocato), che tipicamente conclude quel tipo di contratto nella sua attività professionale, ed un cliente - consumatore (cfr. Corte Giustizia UE sez. IX 15 gennaio 2015, n. 537; Cass. civ. 19 gennaio 2016, n. 780; Cass. civ. 24 gennaio 2014, n. 1464; Cass. civ. n. 12685/2011). Solo se il soggetto persona fisica agisca per uno scopo relativo ad "attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale" è esclusa la sua qualità di consumatore. Le già cennate esigenze di tutela (non a caso costantemente valorizzate nella giurisprudenza del Giudice delle leggi, cfr. Corte Cost. n. 180/2009; Corte Cost. n. 372/2008; Corte Cost. n. 428/2000), non potevano non avere una sponda anche sul terreno processuale, attraverso la previsione di un foro comodo per l'utente, essendo di intuitiva evidenza che l'obbligo di sostenere il giudizio in una località diversa da quella di residenza o di domicilio, limiterebbe fortemente il diritto del consumatore di agire in giudizio. Proprio la stretta connessione funzionale della agevole accessibilità del giudice competente a conoscere di questo genere di cause alla effettività della protezione riconosciuta dall'ordinamento, marca la necessità di connotare quel foro come foro esclusivo e tendenzialmente preminente, posto che, in caso contrario, esso sarebbe destinato a essere agevolmente spazzato via attraverso la previsione, non importa se contrattuale o legale, di un foro vantaggioso per la controparte professionale.

Qualora il cliente dell'avvocato sia qualificabile come consumatore (essendo una persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta), il giudice territorialmente competente a conoscere la domanda è quindi quello di residenza di quest'ultimo (cfr. Cass. civ. 12 marzo 2014, n. 5703).



Il consumatore può tuttavia rinunciare al foro inderogabile fissato *ex lege* dall'art. 33 D.Lgs 206/2005 qualora agisca in giudizio come attore, in quanto le disposizioni sono previste a sua specifica tutela quale parte debole del rapporto contrattuale.

In linea generale, comunque, qualora una domanda abbia ad oggetto un rapporto di consumo, opera, nei confronti di tutte le restanti parti, la deroga alla competenza per territorio in favore del foro del consumatore, in quanto foro più speciale e più inderogabile di ogni altro. Ciò in ragione dei principi del giusto processo, avuto riguardo all'aspetto della concentrazione della tutela giurisdizionale in capo a un unico giudice, aspetto centrale della ragionevole durata del processo, della sua effettività e della sua efficacia (cfr. Raccomandazione CM/Rec 2010 12 del Comitato dei Ministri agli stati membri sui giudici adottata dal Comitato dei Ministri il 17 novembre 2010 in occasione della 1098<sup>a</sup> riunione dei Delegati dei Ministri), e dell'esigenza di evitare giudicati contrastanti relativi ad una medesima vicenda fattuale.

Annalisa Olivieri  
Avvocato

Tribunale di Genova, sez. IV civ., 8 novembre 2018 - Pres. e Rel. Canepa - Signore X e Y (Avv.ti Fiorini e Gibelli) c. Comune di Genova e c. Prefettura di Genova.

**FILIAZIONE - maternità surrogata - riconoscimento doppia maternità - illegittimo rifiuto ufficiale di stato civile.**

*La genitorialità della madre non biologica deve avere un riscontro anche formale nel certificato emesso dallo Stato Civile cui consegue e che consente quella stessa tutela che hanno i figli di coppie eterosessuali.*

(...*Omissis*...) visto il parere del P.M. del 19-10-2018, emette il seguente decreto

**In fatto.**

Le Signore X e Y dall'estate dell'anno 2012 intrattengono una stabile relazione sentimentale e convivono presso l'abitazione di proprietà della Y, in Genova; sulla base di un comune progetto di famiglia le ricorrenti hanno maturato la decisione di avere un figlio; nel dicembre del 2016 si sono rivolte alla clinica "W" della città di Z, Spagna, al fine di iniziare la "Fecondazione in vitro reciproca con trasferimento embrionario e congelamento embrionaria con ovociti ottenuti da una delle pazienti (paziente donatrice) e trasferimento embrionario nell'utero della compagna (paziente ricevente)", le ricorrenti hanno convenuto che la X si sarebbe sottoposta alla stimolazione ovarica, al fine di poter fecondare i di lei ovuli, mentre la Y avrebbe ricevuto l'embrione fecondato e avrebbe portato avanti la gravidanza; nel mese di febbraio 2017 gli ovuli della X sono stati fecondati con gli spermatozoi di un donatore anonimo e successivamente un embrione è stato impiantato nell'utero della Y, il 16 novembre 2017, presso l'Ospedale di Genova, è nata la bambina a cui è stato dato il nome Sofia.

In data 20 novembre 2017 le ricorrenti hanno presentato istanza di riconoscimento della doppia maternità al Comune di Genova, con indicazione nel certificato di nascita di Adele in qualità di genitori sia di Y, madre che la ha partorita, sia X.

In data 11/12/17 il Comune di Genova ha reso il rifiuto "di iscrivere la bambina nata il 16/11/17, cui è stato imposto il nome di Sofia, con l'indicazione della qualità di madre sia della Sig.ra Y, sia della Sig.ra X" che è oggetto del ricorso in oggetto.

**In diritto**

La giurisprudenza di merito nell'ambito di situazioni di adozioni di bambini da parte di coppie omosessuali si è più volte pronunciata «nell'ipotesi di minore concepito e cresciuto nell'ambito di una coppia dello stesso sesso, sussiste il diritto ad essere adottato dalla madre non biologica, secondo le disposizioni sulla adozione in casi particolari ex art. 44 lett. D della Legge 4 maggio 1983, n. 184, sussistendo, in ragione del rapporto genitoriale di fatto instauratosi fra il genitore sociale ed il minore, l'interesse concreto del minore al suo riconoscimento; la sussistenza di tale rapporto genitoriale di fatto e del conseguente superiore interesse al riconoscimento della bigenitorialità devono essere operate in concreto sulla base delle risultanze delle indagini psico-sociali».

La Corte Suprema ha aderito e fatto proprio questo indirizzo giurisprudenziale con la sentenza 26 maggio 2016 osservando che l'ipotesi di adozione in casi particolari ex art. 44 lett. D della Legge 4 maggio 1983, n. 184 può trovare applicazione anche in caso di impossibilità giuridica di affidamento preadottivo per non essere il minore dichiarato in stato di abbandono sussistendo un genitore biologico che ne ha cura; la norma può pertanto trovare applicazione anche nel caso in cui sussista l'interesse concreto del minore al riconoscimento del rapporto genitoriale di fatto instauratosi con l'altra figura genitoriale sociale, seppure dello stesso sesso.

In ambito legislativo è intervenuta la legge n. 76 del 2016 che ha fatto rientrare nel concetto di famiglia anche le coppie formate da persone dello stesso sesso, ove sussistenti vincoli affettivi, con l'articolo 1 comma 20: "al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184."

Quale naturale prosecuzione e sviluppo di un filone giurisprudenziale che ha ritenuto legittima l'adozione di un bambino ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d) l. n. 184/1983 da parte di una coppia omosessuale, non esistendo nell'ordinamento italiano alcun divieto al riconoscimento della genitorialità di coppie dello stesso sesso.

Si richiama nella giurisprudenza di merito in questa direzione orientata l'evoluzione del diritto di famiglia italiano, con riferimento specifico alla determinazione dello status filiationis e, dunque, dei diversi modelli di genitorialità che ad esso possono dare luogo e rispettivamente, quella da procreazione naturale, quella adottiva, e quella da procreazione medicalmente assistita, in merito a tale ultimo modello di genitorialità, nell'ambito della quale assume importanza centrale la consapevole assunzione di responsabilità genitoriale all'atto di intraprendere un percorso di procreazione assistita: in tale tipo di procreazione "l'elemento volontaristico/consensuale è assolutamente preminente rispetto al dato della derivazione ge-

netica ai fini della determinazione della filiazione e dell'acquisizione dei relativi status" e, pertanto, accanto ad una genitorialità biologica esiste, nel nostro ordinamento, una "genitorialità affettiva e psicologica" oggetto di specifica disciplina nella legge n. 40/2004, con riguardo agli effetti del consenso alla tecnica di p.m.a. sulla determinazione della filiazione disciplinati agli artt. 6, 8 e 9, modalità di determinazione della filiazione inserita in un percorso evolutivo del nostro ordinamento che, anche in relazione alla genitorialità biologica, ha riconosciuto rilievo sempre maggiore non solo e non tanto alla salvaguardia di situazioni di fatto consolidate, ma anche alla loro conservazione sulla base del consenso dei soggetti interessati, richiamando anche i principi sottesi alla pronuncia della Corte Costituzionale n. 272/17 per cui l'eventuale illiceità della tecnica procreativa cui si sia fatto ricorso non cancella automaticamente l'interesse del minore alla conservazione dello status così acquisito, tanto che la legge n. 40/2004 facendo discendere la determinazione della filiazione al consenso alla tecnica, indipendentemente dalla sua liceità in attuazione dei principi fondanti l'unicità dello status di figlio nella riforma della filiazione.

La non contrarietà all'ordine pubblico dell'omogenitorialità, l'evoluzione del diritto di famiglia, la più ampia tutela riconosciuta alle unioni affettive diverse dal matrimonio, sia eterosessuali che omosessuali, costituiscono il perno di diverse sentenze di merito secondo cui l'omogenitorialità si inserisce nelle diverse forme di esercizio dell'autodeterminazione affettiva e familiare riconosciute dal nostro ordinamento, per cui "se l'unione tra persone dello stesso sesso è una formazione sociale ove la persona 'svolge la sua personalità' e se la scelta di diventare genitori e di formare una famiglia costituisce 'espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi delle persone... deve escludersi che "la tutela offerta alle coppie dello stesso sesso sia solo di tipo orizzontale e che esista a livello di principi generali dell'ordinamento un divieto per le coppie dello stesso sesso di accogliere e generare figli" .... "l'assetto giuridico è sempre più complesso e variegato ed in questo settore non si può più fare esclusivo riferimento ai concetti tradizionali di paternità, maternità, filiazione, derivanti dal dato procreativo naturale".

"Nel caso di minore nato...da coppia omosessuale, in seguito alla fecondazione medicalmente assistita eterologa con l'impianto di gameti da una donna all'altra, l'atto di nascita del fanciullo può essere trascritto in Italia poiché, nel caso in questione, non si tratta di introdurre ex novo una situazione giuridica inesistente ma di garantire la copertura giuridica ad una situazione di fatto in essere da diverso tempo, nell'esclusivo interesse di un bambino che è stato cresciuto da due donne che la legge riconosce entrambe come madri. Assume rilievo determinante la circostanza che la famiglia esista non tanto sul piano dei partners ma con riferimento alla posizione, allo status e alla tutela del figlio. Nel valutare il best interest per il minore non devono essere legati fra loro, il piano del legame fra i genitori e quello fra genitore-figli: l'interesse del minore pone, in primis, un vincolo al disconoscimento di un rapporto di fatto, nella specie validamente costituito fra la co-madre e un figlio." (v. Corte d'Appello di Torino, sezione famiglia, decreto del 29 ottobre 2014).

In conclusione e conseguenza, la genitorialità della madre non biologica deve avere un riscontro anche formale nel certificato emesso dallo Stato Civile, a cui consegue e che consente quella stessa tutela che hanno i figli di coppie eterosessuali, nelle ipotesi come quella in esame, per cui deve essere accolta la richiesta di rettifica.

Va dichiarato illegittimo il rifiuto dell'Ufficiale dello stato civile del Comune di Genova di attribuire a Sofia Y in aggiunta al cognome Y anche quello X e per l'effetto deve essere ordinata la rettificazione dell'atto di nascita.

**P.Q.M.**

il Tribunale accoglie il ricorso e ordina all'Ufficiale di stato civile del Comune di Genova di procedere alla rettificazione dell'atto di nascita della minore Sofia Y, nata a Genova il (...) con l'indicazione della doppia genitorialità in capo alle ricorrenti Y e X, mediante l'annotazione della ricorrente X quale secondo genitore della minore e l'inserimento del cognome X dopo quello Y, ordina l'annotazione di questo decreto a margine dell'atto di stato civile del Comune di Genova.

(...*Omissis*...)

I

Corte d'Appello di Genova, sez. lav., 15 aprile 2016, n. 157 - Pres. Vigotti - Rel. Ponassi - Ministero Interno c. X (Avv. Bava).

**GIURISDIZIONE civile - vittime del dovere - competenza dell'A.G.O. - assegno in favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata - estensione alle vittime del dovere - ammissibilità.**

(Art. 2 l. 407/98; art. 1 comma 562 e ss. l. 266/05 e artt. 1 comma a) e 4 d.p.r. 243/06)

*La giurisdizione in tema di vittime del dovere appartiene al Giudice Ordinario. L'assegno previsto per le vittime del terrorismo deve essere esteso alle vittime del dovere e compete nell'importo di euro 500,00 mensili.*

II

Corte di Cassazione, sez. lav., 16 ottobre 2018, n. 25853 - Pres. Manna - Rel. Calafiore - Ministero Interno c. X (Avv. Bava).

**GIURISDIZIONE civile - vittime del dovere - competenza dell'A.G.O. - assegno in favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata - estensione alle vittime del dovere - ammissibilità - soccombenza virtuale - sussiste nel caso di specie.**

(Art. 2 l. 407/98; art. 1 comma 562 e ss. l. 266/05 e artt. 1 comma a) e 4 d.p.r. 243/06)

*La giurisdizione in tema di vittime del dovere appartiene al Giudice Ordinario. L'assegno previsto per le vittime del terrorismo deve essere esteso alle vittime del dovere e compete nell'importo di euro 500,00 mensili. Nel caso di rinuncia al ricorso per Cassazione, non accettata da parte resistente, la causa deve essere decisa sulla base della c.d. "soccombenza virtuale", condannando alle spese la parte che sarebbe stata soccombente in assenza di rinuncia.*

I

(...*Omissis*...) **Motivi in fatto ed in diritto.**

Con ricorso notificato in data 27/2/2015 X, ex caposquadra dei vigili del fuoco al quale veniva riconosciuto lo status di vittima del dovere in seguito alle lesioni riportate durante operazioni di soccorso, chiedeva al giudice del lavoro del Tri-

bunale di Genova l'adeguamento ad euro 500,00 dell'assegno vitalizio di cui all'articolo 2 legge 23 novembre 1998 numero 407 esteso anche alle vittime del dovere, a decorrere dal 1 gennaio 2006, in base all'articolo 4 del d.p.r. n.243/2006.

Si costituiva il ministero dell'interno contestando la fondatezza del ricorso, eccependo in via preliminare il difetto di giurisdizione del giudice ordinario e, nel merito, l'infondatezza della domanda.

Il tribunale, con la sentenza oggetto dell'odierno appello, ritenuta la propria giurisdizione, accoglieva ricorso, dichiarando il diritto del Reborà all'assegno vitalizio nella misura mensile di euro 500,00.

Ha proposto appello il ministero dell'interno lamentando: l'erroneità della sentenza laddove ha ritenuto infondata l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice ordinario, osservando che l'evento da cui trae origine il diritto al beneficio assistenziale rientra nell'ambito del rapporto di lavoro che, in quanto rapporto di lavoro pubblico non privatizzato, risulta soggetto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo il quale quindi potrà conoscere anche delle questioni riguardanti i diritti soggettivi.

Nel merito, l'erroneità della sentenza laddove ha interpretato erroneamente l'articolo 4 d.p.r. 243/06 ritenendo che il tenore testuale della norma non escluda in alcun modo l'applicazione dell'aumento di cui all'articolo 4 comma 238 legge numero 350/2003, limitandosi detta norma ad indicare l'importo del beneficio al momento della sua istituzione e disciplinando esclusivamente la calendarizzazione della progressiva estensione dei benefici alle vittime del dovere senza disciplinare l'importo di tali benefici. Osserva l'appellante che l'estensione dell'assegno vitalizio di euro 500 viene riconosciuta ex lege alle sole vittime del terrorismo della criminalità organizzata e non anche alle vittime del dovere posto che detta estensione dell'assegno era stata effettuata con la legge 350/2003 articolo quattro comma 238, quindi in epoca precedente alla norma di cui al d.p.r. 243/2006: da ciò discende, secondo l'appellante, che l'utilizzo dell'espressione letterale riferita alla misura originariamente espressa intendeva proprio escludere l'estensione di cui alla legge 350/2003.

Precisa l'appellante che il vizio nel ragionamento del primo giudice risiede nell'aver attribuito rilevanza all'articolo 1 d.p.r. 243/2006, laddove definisce i benefici e le provvidenze di cui si occuperà, menzionando espressamente le leggi 466/80,302/90,407/98 e loro successive modificazioni, intendendo che in tale richiamo sarebbe implicito anche il richiamo all'estensione della misura del beneficio dell'assegno vitalizio prevista dalla legge 350/2003; secondo l'appellante, il primo giudice ha omesso di attribuire rilevanza al successivo articolo 4 che prevede espressamente l'attribuzione alle vittime del dovere dell'assegno di cui all'articolo 2 legge 407/98 "nella misura originariamente espressa", dando erroneamente maggiore rilievo all'espressione letterale dell'intestazione dell'articolo, intitolato "ordine di corresponsione delle provvidenze" piuttosto che alla dizione letterale contenuta nella norma stessa.

Si è costituito l'appellato ed ha resistito contestando in modo specifico gli assunti avversari sia sulla questione di giurisdizione che sul merito della vertenza.

All'udienza odierna questa Corte, ascoltate le conclusioni delle parti, emetteva all'esito l'allegato dispositivo.

L'appello del Ministero è infondato.

Priva di pregio è l'eccezione di difetto di giurisdizione del-

l'AGO riproposta dal Ministero appellante in questa sede, posto che nella presente causa si discute del diritto soggettivo ad una prestazione di natura assistenziale. La situazione giuridica soggettiva fatta valere dal ricorrente quindi non è connessa al pregresso rapporto di natura pubblicistica tra il ricorrente, ex Vigile del Fuoco, e lo Stato, ma trova fondamento in specifiche previsioni normative riguardanti differenti categorie di soggetti nella cui applicazione la pubblica amministrazione non è titolare di poteri discrezionali.

Infatti, sussiste la giurisdizione amministrativa per un pubblico dipendente non privatizzato solo allorché la domanda si fonda sulla violazione di obblighi specifici inerenti il rapporto di lavoro (cfr. Cass., sez. un., n. 4850/2013), laddove la domanda di benefici assistenziali per le Vittime del dovere non ha alcuna attinenza con un rapporto di impiego, come ha più volte precisato questa Corte con orientamento che qui si condivide secondo il quale "La sentenza appellata va innanzitutto confermata per quanto riguarda il riconoscimento della giurisdizione dell'AGO a pronunciarsi sulla domanda dell'attore essendo questa rivolta ad ottenere - non già il risarcimento del danno da lui riportato per la violazione di obblighi specifici, di natura contrattuale, che trovino la ragione d'essere nel rapporto di lavoro - ma i benefici previsti dalla legge a favore delle vittime del dovere, conseguenti alle menomazioni da lui subite nello svolgimento della sua attività di servizio, benefici che, in quanto indipendenti dall'accertamento in concreto della colpa dell'amministrazione e fondati sugli obblighi costituzionali di solidarietà che legano tutti i cittadini, devono ritenersi di natura assistenziale in senso lato. Non vale pertanto a fondare l'eccezione dell'appellante il richiamo del Ministero della difesa alla giurisprudenza della Cassazione secondo cui nelle controversie relative a rapporto di pubblico impiego non soggette alla privatizzazione, tra le quali rientra, per ragioni soggettive, quella in decisione (art. 63 comma 4 del d.lgs 165 del 2001), in cui venga in considerazione la responsabilità contrattuale dell'amministrazione, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo. La giurisdizione del giudice ordinario va nella fattispecie affermata, anche se ci troviamo in presenza di un rapporto di pubblico impiego che, in quanto relativo a un ex appartenente alle forze armate, non è tra quelli che sono stati privatizzati, in riferimento agli artt. 442 e 444 c.p.c. che rimettono a tale giudice tutte le controversie in materia di previdenza e assistenza obbligatoria indipendentemente dalla esistenza e dalla natura del rapporto di lavoro sottostante." (cfr. Corte Appello Genova sentenza n. 235/2014).

È altresì infondato il motivo di gravame relativo al merito della vertenza, laddove si sostiene che l'interpretazione testuale dell'art. 4 d.p.r. 243/06 dovrebbe comportare la spettanza di assegno in euro 258,23, valendo l'elevazione a 500,00 euro solo per le vittime del terrorismo e della criminalità organizzata, avendo detta norma anche valore sostanziale, non essendo limitata a disciplinare l'ordine di corresponsione dei benefici.

Tale opzione interpretativa non può essere condivisa, dovendo richiamarsi quanto già precisato sul punto da questa Corte, sulla base di argomentazioni che qui vengono condivise, affermando che "L'appello del Ministero è infondato anche per quanto riguarda l'importo dell'assegno vitalizio ex art. 2 della legge 407 del 1998 dovuto al ricorrente; secondo l'appellante l'innalzamento da € 258,23 a € 500,00 previsto dall'art. 1 comma 238 della legge 350 del 2003 non riguarderebbe le vittime del dovere, ma solo le vittime del

terrorismo per le quali la norma da ultimo citata lo ha espressamente previsto e ciò in quanto l'art. 4 del d.p.r. 243 del 2006 nello stabilire le decorrenze dei benefici estesi alle vittime del dovere fa riferimento alla misura originaria di 500 mila lire, pari a € 258,23 dell'assegno vitalizio in questione. Tale tesi è infondata in quanto l'art. 1 dello stesso d.p.r. 243 del 2006 stabilisce che, ai fini dello stesso regolamento, che disciplina l'estensione dei benefici, si intendono per benefici e provvidenze le misure di sostegno e tutela previste dalle leggi 466 del 1980, 302 del 1990 e 407 del 1998 e loro successive modificazioni." (cfr. sentenza Corte Appello Genova n. 129/2015).

Tale interpretazione è stata altresì sostenuta di recente dal Consiglio di Stato, in sede di ottemperanza a sentenze del G.O. che avevano attribuito dal 2006 l'assegno de quo e che l'amministrazione aveva pagato in euro 258,23, il quale ha affermato che "...l'esclusione dell'adeguamento economico dell'assegno vitalizio riconosciuto all'appellato, secondo la tesi propugnata dall'Amministrazione con il gravame all'esame, non risulta supportata da sufficienti ragioni giustificative ove si proceda ad una coordinata esegesi delle norme dettate in subiecta materia come cronologicamente intervenute, sulla scorta della quale si perviene a conclusioni di segno opposto a quelle sostenute dal Ministero.

L'art. 2 della legge n.407 del 1998 ha previsto la concessione, oltre ad altre elargizioni, di un assegno vitalizio non reversibile di lire 500.000 mensili, soggetto alla perequazione automatica di cui all'art.11 del d.lgs. n.503/92, in favore dei soggetti di cui ai commi 1,2, 3 e 4 della legge n.302/90, di coloro cioè che hanno subito una invalidità permanente in conseguenza di ferite riportate per atti terroristici, per fatti di criminalità organizzata e per azioni di repressione e prevenzione dei fenomeni di terrorismo e di criminalità organizzata.

Quindi la legge n. 350 del 2003, all'art. 4 comma 238, ha previsto che con effetto dal 1 gennaio 2004 i trattamenti mensili dei soggetti destinatari dell'assegno vitalizio di cui all'art.2 della legge 23 novembre 1998 n.407 sono elevati a 500 euro mensili.

Ora in base al tenore letterale di tali disposizioni si rileva:

a) che l'assegno vitalizio fissato nella misura 500.000 lire corrispondenti ad euro 258,23 è stato riconosciuto in favore sia delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata sia dei soggetti che hanno avuto conseguenze fisiche in occasione di azione volte a reprimere o prevenire azioni delittuose del genere di quelle sopra evidenziate, con una equiparazione quindi delle vittime del dovere come indicate ai commi 1,2,3 e 4 della legge n.302/1990;

b) che il legislatore, con la norma di cui al comma 238 dell'art.4 della legge n.350/2003, ha inteso unicamente elevare l'importo dell'assegno vitalizio de quo, originariamente fissato in 500.000 lire, (pari ad euro 258,23) portandolo ad euro 500,00, esattamente il doppio della misura in origine prevista e determinata (secondo il regime monetario della lira all'epoca vigente).

È intervenuto quindi il DPR n.243 del 2006, emanato in attuazione del comma 565 dell'art.1 della legge 23/12/2005 n. 266, che ha disciplinato i tempi e le modalità di erogazione delle provvidenze in parola, con la previsione di una graduatoria unica nazionale delle posizioni.

Detto regolamento, contrariamente a quanto sostenuto dalla parte appellante, non va a modificare in senso restrittivo l'ambito dei soggetti destinatari dei benefici in questione, se è vero che all'art.1 fa riferimento alle vittime del dovere e

alle categorie a queste equiparate, con ciò estendendo la elargizione dei benefici già riconosciuti alle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata a tutte le vittime che hanno riportate menomazioni e ferite nell'adempimento del dovere.

Per quanto attiene poi all'aspetto oggettivo, il successivo art.4 dello stesso d.p.r., relativamente alla corresponsione dell'assegno vitalizio mensile menziona direttamente l'importo originariamente previsto dalla legge n.407/98 (euro 258,23 pari a lire cinquecentomila), ai soli fini della individuazione del beneficio in questione, senza cristallizzare la misura dell'assegno stesso.

In base a siffatto quadro normativo di riferimento, non v'è quindi motivo per escludere l'adeguamento in euro 500 dell'importo dell'assegno in questione disposto dall'art.4 comma 238 della legge n.350/2003 nei confronti di alcuni soggetti che sono già stati in precedenza equiparati agli originari assegnatari delle provvidenze spettanti alle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata. Se così non fosse, si verrebbe a creare una ingiustificata disparità di trattamento tra categorie di soggetti posti sullo stesso piano in relazione alle conseguenze fisiche di tipo negativo riportate in occasione di eventi di violenza comune e terroristica." (cfr. Cons. Stato, sez. IV n.6156/13).

L'appello va pertanto respinto (...*Omissis*...).

**P.Q.M.**

Respinge l'appello (...*Omissis*...).

## II

(...*Omissis*...) 1. Con sentenza n. 8747 del 2015 il Tribunale di Genova ha condannato il Ministero dell'Interno a pagare a X - ex vigile del fuoco, riconosciuto vittima del dovere ai sensi dell'art. 1, comma 563, legge n. 266 del 2005, in quanto tale inserito nella apposita graduatoria cronologica - l'adeguamento dell'assegno mensile dovutogli ex art. 2 legge n. 407 del 1998 in misura pari ad Euro 500,00, oltre perequazioni ex lege, a decorrere dal 1°1.06, detratto quanto già percepito per il medesimo titolo.

2. Con sentenza n. 157 del 2016, la Corte d'appello di Genova ha rigettato l'appello del Ministero dell'Interno, che oggi ricorre per la cassazione di tale sentenza affidandosi a due motivi: con il primo sostiene il difetto di giurisdizione del giudice ordinario e con il secondo nega ad ogni modo che nel caso di specie sussista un diritto all'adeguamento dell'assegno e ciò vuoi per mancanza di copertura finanziaria vuoi perché non risulta ancora attuata la completa parificazione di trattamento per tutte le categorie di vittime del dovere, visti i vincoli di stanziamento e la necessità di operare una scelta perequativa di attribuzione dei fondi disponibili.

3. L'intimato resiste con controricorso, poi ulteriormente illustrato con memoria ex art. 378 c.p.c.

4. Prima della discussione parte ricorrente ha rinunciato ai due motivi di ricorso.

**Ragioni della decisione.**

1. Il 15 maggio 2018 il Ministero dell'Interno Dipartimento dei Vigili del fuoco Soccorso Pubblico e Difesa Civile, per il tramite dell'Avvocatura generale dello Stato, ha depositato regolare atto di rinuncia al ricorso, in considerazione della intervenuta sentenza delle Sezioni Unite 13 settembre 2016, n. 23300 - nella quale è stato chiarito che in relazione ai be-

nefici di cui all'art. 1, comma 565, della legge n. 266 del 2005 in favore delle vittime del dovere, il legislatore ha configurato un diritto soggettivo, e non un interesse legittimo e che tale diritto non rientra nell'ambito di quelli inerenti al rapporto di lavoro subordinato dei dipendenti pubblici ed ha natura prevalentemente assistenziale, sicché la competenza a conoscerne e regolata dall'art. 442 c.p.c. e la giurisdizione e del giudice ordinario, quale giudice del lavoro e dell'assistenza sociale - e la sentenza delle Sezioni Unite 27 marzo 2017, n. 7761, con la quale è stato precisato che in favore delle vittime del dovere e dei soggetti ad essi equiparati, l'ammontare dell'assegno vitalizio mensile e uguale a quello dell'analogo assegno attribuito alle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata, essendo la legislazione primaria in materia permeata da un simile intento perequativo ed in conformità al principio di razionalità-equità di cui all'art. 3 Cost., come risulta dal "diritto vivente" rappresentato dalla costante giurisprudenza amministrativa ed ordinaria.

2. Tali sopravvenienze hanno determinato il Ministero a rinunciare ai due motivi di ricorso ed il suindicato atto di rinuncia è stato regolarmente notificato alla controparte. La rinuncia e un atto unilaterale a carattere recettizio che, una volta pervenuto a conoscenza della controparte, produce i propri effetti a prescindere dalla accettazione, non presente nel caso di specie, che rileva esclusivamente ai fini del regime delle spese.

3. Va pertanto dichiarata l'estinzione del processo.

4. La parte rinunziante, in considerazione della sua soccombenza virtuale per essere state tutte le questioni poste con i motivi già risolte in senso sfavorevole al ricorrente come rappresentato dalle ragioni della rinuncia sopra indicate che il Collegio condivide, va condannata alle spese del presente giudizio in favore della contro ricorrente.

**P.Q.M.**

La Corte dichiara estinto il processo (...*Omissis*...)

---

Tribunale di Genova, sez. II civ., 30 ottobre 2018 - Giudice Unico Braccialini - X e X e Z (Avv. Ravera) - c. Banca Spa (Avv. Silvestri).

### **IPOTECA - estinzione - buona fede contrattuale - abuso del diritto - presupposti - esclusione nel caso di specie.**

*Nei casi di estinzione della garanzia ipotecaria accesa in favore di una banca, per consentire la liberazione del datore di ipoteca è necessaria, nel corso della contrattazione, una "leale cooperazione" del creditore, il quale deve evitare dei comportamenti che possano essere pretestuosi, contrari a buona fede e pertanto abusivi.*

*L'abuso del diritto è ravvisabile nei soli casi in cui il titolare del diritto esiga dei vantaggi ulteriori rispetto alla normale soddisfazione delle pretese riconducibili al diritto stesso. La richiesta di un istituto di credito di ottenere, per l'estinzione della garanzia ipotecaria, una (non necessaria) garanzia ulteriore dal debitore ovvero da terzi, ponendola come condizione essenziale per procedere alla cancellazione dell'ipoteca, può costituire un abuso del diritto di credito.*

*Non costituisce abuso del diritto di credito il comportamento tenuto dalla banca mutuante che, in sede di estinzione della garanzia ipotecaria, pretenda di essere tenuta indenne da possibili iniziative recuperatorie ovvero revocatorie promovibili da parte della Curatela del fallimento del mutuatario nei confronti dei datori di ipoteca. In tal caso, non si ravvisano gli estremi per ritenere il comportamento dell'istituto di credito strumentale*

*all'ottenimento di vantaggi ulteriori rispetto alle proprie legittime pretese, a maggior ragione se nessuna reale rassicurazione in merito alle predette azioni le sia fornita dal fallimento ovvero dai datori di ipoteca.*

CL.I.P.

(...*Omissis*...)

### **Svolgimento del processo.**

Con atto di citazione notificato l'11.12.2015 i sig.ri X e X e Z hanno convenuto in giudizio presso questo Tribunale la Banca Y, assumendo di aver subito un danno ingiusto a causa della condotta tenuta da Y nelle fasi estintive della garanzia ipotecaria da essi costituita in favore della convenuta Banca a fronte di mutuo ipotecario contratto dal loro congiunto (deceduto) sig. Roberto X per l'acquisto di un'abitazione nella Via Aurelia in Genova: pregiudizio consistito nel minor corrispettivo conseguito dalla vendita dell'immobile nell'autunno 2015, dopo che un precedente più favorevole contratto preliminare di vendita, con termine al 28.2.2015 per il perfezionamento del definitivo, era sfumato per lo strumentale e ingiustificato diniego della mutuante/creditrice di estinguere l'ipoteca. Più precisamente, le parti attrici esponevano che:

1. in data 5.12.2011 avevano stipulato un contratto di compravendita con cui, da un lato, il sig. Roberto X, padre di X e X, aveva acquistato l'usufrutto dell'immobile sito in Genova Via Aurelia n. 14 int. 7; dall'altro, le sig.re X e X unitamente al sig. Z avevano acquistato la nuda proprietà del predetto immobile. Contestualmente, con atto di accettazione di mutuo e concessione d'ipoteca volontaria, Banca Y S.p.a. aveva mutuato al sig. Roberto X la somma di € 165.000,00: con tale atto, gli odierni attori si erano costituiti quali terzi fideiussori e datori di ipoteca volontaria sul predetto immobile in favore del congiunto;

2. successivamente, in data 3.7.2014, il Tribunale di Genova aveva accolto l'istanza di fallimento proposta in proprio dal sig. Roberto X, il quale, a seguito di una grave e penosa malattia, non aveva più potuto proseguire l'attività commerciale di cui era titolare; ed era purtroppo deceduto di lì a poco, in data 16.7.2014;

3. le figlie X e X avevano immediatamente rinunciato all'eredità: per cui, al di fuori dalla vicenda successoria, si era consolidato in capo agli esponenti la piena proprietà sull'immobile sopraccitato;

4. non disponendo del denaro per far fronte alle rate di mutuo, gli odierni attori avevano deciso di vendere l'immobile con l'estinzione anticipata del debito nei confronti di Banca Y S.p.a.;

5. con proposta datata 1.12.2014 della sig.ra Sonia, e accettazione da parte degli attori del 4.12.2014, gli esponenti avevano perfezionato un contratto preliminare di vendita dell'immobile di Via Aurelia al prezzo di 175.000. La sig.ra Sonia si era impegnata al contempo a versare caparra confirmatoria di € 20.000,00 e il saldo alla stipulazione del definitivo da rogarsi entro il 28.2.2015. La stipula del definitivo non era però mai avvenuta, a causa - in tesi attorea - della condotta tenuta da Y, concretizzatasi nel rifiuto ingiustificato all'estinzione anticipata del mutuo e al contestale assenso alla rimozione dell'ipoteca.

**Sul punto dell'ingiustificato difetto di cooperazione della creditrice, le parti attrici facevano notare che:**

- stipulato il contratto preliminare, la sig.ra Sonia aveva incaricato il notaio G. per gli atti necessari al passaggio di pro-

prietà nonché per la contestuale estinzione del mutuo dei sig.ri X e X e Z. In occasione del primo incontro tra Banca Y Spa e tutte le altre parti, la Banca aveva posto quale condizione per l'assenso all'estinzione anticipata del mutuo - e alla cancellazione dell'ipoteca - che X e X e Z esibissero al Notaio una dichiarazione da parte del Curatore del Fallimento del Roberto X con cui si attestava di non aver pretese né nei confronti dei soggetti già nudi proprietari del bene; né sul diritto di usufrutto facente capo al fallito al momento dell'apertura della procedura fallimentare;

- pertanto gli esponenti avevano chiesto, avvalendosi del Commercialista Dott. Marco, tale dichiarazione al Curatore del Fallimento, il quale non aveva mai materialmente predisposto tale dichiarazione;

- in data 9.2.2015 il legale di essi attori aveva inviato una raccomandata a/r a Banca Y invitandola formalmente a prestare l'assenso all'estinzione anticipata del mutuo e alla cancellazione dell'ipoteca, nonché a porsi in contatto con il notaio G. al fine di perfezionare il contratto di compravendita entro il 28.2.2015.

Nella stessa messa in mora il legale di essi attori aveva anche avvertito Banca Y che in caso di rifiuto avrebbe ritenuto la Banca medesima responsabile di tutti i danni presenti e futuri per l'obbligo di restituzione del doppio della caparra cofirmataria, nonché per la differenza fra il prezzo di vendita pattuito e il futuro prezzo di vendita. Sempre nel corpo di tale diffida era stata illustrata l'inesistenza di valide ragioni al rifiuto di Banca Y, in quanto si specificava che la dichiarazione del Curatore era estranea alla sfera di disponibilità dei datori di ipoteca; si chiariva che non vi erano state azioni di sorta da parte del Curatore e che, in ogni caso, una siffatta azione sarebbe stata giuridicamente infondata;

- Banca Y non aveva dato riscontro alla raccomandata e, conseguentemente, la stipulazione del definitivo con la Sonia non si era perfezionata (peraltro, gli attori non avevano dovuto corrispondere il doppio della caparra per rinuncia a tale diritto da parte della Sonia);

- il 16.3.2015 il legale degli esponenti aveva nuovamente inoltrato a Y Spa una lettera con cui si dichiarava la disponibilità ad assolvere all'obbligazione di garanzia assunta con il contratto di mutuo a titolo di capitale ed interessi sino al 28.2.105 pari ad € 14.467; invitando la controparte a comunicare la disponibilità ad accettare il pagamento: in caso di rifiuto o silenzio, si sarebbe dato corso all'offerta reale ex art. 1209 c.c.;

- nel frattempo, gli esponenti incaricavano nuovamente l'immobiliare R. alla vendita dell'immobile e per l'effetto in data 19.3.2015 il sig. Michele firmava proposta di acquisto per euro 160.000,00;

- nelle more, dato il mancato riscontro alle precedenti lettere e solleciti, gli attori, con istanza di mediazione, chiedevano formalmente a Y: i) Il risarcimento del danno per la differenza tra il prezzo pattuito con la prima proposta di vendita e la seconda, pari ad euro 15.000,00; ii) I danni, quali costi per interessi sul capitale mutuato, imposte c.d. seconda casa, utenze e spese di amministrazione ordinarie e straordinarie.

A seguito di tale iniziativa,

- il legale incaricato da Banca Y riferiva la disponibilità della Banca a rilasciare dichiarazione di assenso all'estinzione anticipata del mutuato, e alla cancellazione dell'ipoteca iscritta a favore della Banca, dietro integrale estinzione del debito nascente dal contratto di mutuo e rilascio da parte dei fideiussori di un atto di rinuncia a rivalersi nei confronti di

Banca Y per qualsiasi eventuale contestazione o eccezione da parte della Curatela;

- gli esponenti rendevano tale dichiarazione e, pertanto, Y confermava la disponibilità all'estinzione anticipata del mutuo, nonché l'assenso alla cancellazione dell'ipoteca; - nel frattempo, la vendita con il sig. Michele era sfumata poiché lo stesso non era riuscito ad ottenere il mutuo immobiliare necessario per l'acquisto;

- solo in data 29.10.2015 gli esponenti avevano infine venduto l'immobile ai sig.ri Giovanni e Stefania, al prezzo di € 160.000,00 di cui 116.490,15 con assegni intestati a Banca Y. In tal modo, Banca Y accettava il pagamento a saldo e comunicava la possibilità di cancellazione dell'ipoteca; infine, in data 2.11.2015 il Notaio L. (che aveva curato le pratiche per la vendita) trascriveva la vendita.

Appurato quindi, secondo gli attori, che da un lato non vi era alcuna necessità di Y di richiedere il rilascio di una dichiarazione di disinteresse per il bene da parte del Curatore del Fallimento e, dall'altro, che vi era, semmai, la possibilità di richiedere la dichiarazione degli attori (come poi è avvenuto) già al momento della prima possibile stipula del contratto definitivo con la sig.ra Sonia, se ne desumeva che la condotta di Y anteriore al 28.2.2015 era stata illegittima ed ingiustificata: infatti la dichiarazione di rinuncia da parte degli attori era stata chiesta solo all'esito della procedura di mediazione: procedura che aveva così permesso la conclusione della compravendita dell'immobile a ottobre 2015. Pertanto la Banca doveva risarcire il danno causato agli attori, che essi hanno quantificato in € 19.970,84 comprensivo: della differenza di € 15.000,00 fra prezzo del preliminare e il prezzo effettivo della vendita conclusa in data 29.10.2015; della somma di euro 2827,65 per interessi pagati a Banca Y sul capitale mutuato dal 1.3.2015 (termine finale per stipula con sig.ra Sonia) al 29.10.2015 (data stipula con sig.ri Giovanni e Stefania); in euro 1047,19 per spese di amministrazione ordinaria e straordinaria; in euro 1096 per IMU; con i debiti accessori dall'1.3.2015.

**Con comparsa di risposta del 2 marzo 2016, Banca Y S.p.a. ha contestato la prospettazione e domanda degli attori, specificando che:**

- il sig. Roberto X era titolare di conto corrente in relazione al quale la sig.ra X aveva concesso fideiussione "omnibus"; l'ex cliente era inoltre assuntore di mutuo ipotecario stipulato in data 5.1.2011, rispetto al quale i sig.ri X e X e Z si erano resi terzi datori di ipoteca;

- in data 1 agosto 2014 la Banca Y, stante l'inadempimento degli obblighi assunti dal X, aveva revocato gli affidamenti e chiesto al debitore principale e al garante l'immediato pagamento al saldo complessivo (pari ad € 132.527,22);

- la X, dichiaratasi impossibilitata a far fronte al debito chirografario relativo al conto corrente sopraccitato, ne aveva proposto il pagamento a stralcio.

- il 22.12.14 la X aveva comunicato che avrebbe stipulato l'indomani un contratto preliminare di compravendita per l'immobile di Via Aurelia e le si era offerta la possibilità di pagare il debito che residuava per il contratto di mutuo.

In realtà, il contratto preliminare era stato stipulato già in data precedente e, pertanto, da tale particolare emergeva la mala fede della X che - per ottenere più favorevoli condizioni nell'estinzione dello scoperto di conto corrente - non aveva comunicato di aver già stipulato il contratto preliminare.

- non vi era prova del secondo preliminare di vendita, poi-

ché non assistito da data certa e poiché nulla si diceva sul recesso del promissario acquirente, al quale nessun addebito è stato probabilmente mosso.

In ogni caso, la vendita finale dell'immobile era "avvolta nel mistero" poiché non vi era l'indicazione del prezzo effettivamente convenuto.

Secondo le difese bancarie, mancava il nesso di causalità tra l'operato di Banca Y e la pretesa ed indimostrata perdita dell'occasione di vendita, dovendosi in particolare apprezzare la possibilità per le controparti di agire in modo diverso, in termini che avrebbero evitato conseguenze pregiudizievoli.

In tesi di Banca Y, infatti, si poteva procedere alla stipula del definitivo indipendentemente dal comportamento della banca mutuante, dal momento che il finanziamento era soggetto all'art. 40 bis del Testo Unico Bancario per cui, all'estinzione del mutuo, conseguiva l'automatica estinzione dell'ipoteca.

Le controparti potevano alternativamente procedere ex art. 792 c.p.c. alla c.d. purgazione dell'ipoteca, ovvero formulare l'offerta reale ex art. 1209 c.c.

Inoltre Banca Y sottolineava che la problematica circa possibili resistenze alla cessione da parte della curatela fallimentare era stata sollevata dal Notaio scelto per la stipula del contratto con la Sonia e non dalla Banca: se fossero state così infondate le pretese della curatela, promittenti e promissari avrebbero potuto procedere senza limitazioni alla stipula della compravendita senza coinvolgere la banca stessa. Per contro, proprio dalla dichiarazione di impegno che poi è stata resa alla Banca Y il 25.3.2015 si desumeva che anche gli attori fossero coscienti del fatto che le pretese restitutorie della Curatela X non erano per nulla inipotizzabili.

Tanto più che, nel caso specifico, l'azione revocatoria era possibile - come da Cass. SS.UU. 18541/2014 - poiché l'atto di compravendita era in realtà una donazione, con cui era stata devoluta alle figlie del Roberto X la nuda proprietà dell'immobile e, pertanto, era un negozio suscettibile di declaratoria di inefficacia.

Il Curatore poteva inoltre a sua scelta agire anche per simulazione, essendosi nel 2011 realizzato un atto in danno dei creditori del sig. Roberto X.

Da qui, conclusivamente, la più ferma contestazione circa alcuna strumentalità nella pretesa della convenuta di essere tenuta indenne in caso di iniziative recuperatorie da parte del Fallimento Roberto X.

(...*Omissis*...)

#### Motivi della decisione.

È evidente, dalla precedente sintesi delle vicende processuali, il fondamento della domanda risarcitoria azionata dalle parti attrici: queste ultime addebitano alla controparte bancaria la mancata cooperazione ai fini dell'estinzione della garanzia ipotecaria accesa in favore della stessa Banca Y, iscritta nel 2011 al momento dell'acquisto dell'abitazione di via Aurelia da parte del loro dante causa.

Un diniego, a dire degli eredi X e X, pretestuoso, contrario a buona fede e pertanto "abusivo".

Non vi è dubbio che la maggiore novità dell'ultimo ventennio nel panorama della giurisprudenza civile sia costituita dall'irrompere del principio di buona fede quale parametro valutativo delle contestazioni di adempimento/inadempimento nel contenzioso contrattuale.

Una "lunga marcia" che valorizza gli apporti della dottrina, diretti a dare una veste concreta a regole apparentemente solo deontologiche e scarsamente precettive, che muove dalla pro-

gressiva enfattizzazione del dovere di buona fede discendente dal dovere costituzionale di solidarietà, la quale ha trovato importanti momenti di conferma nelle note decisioni della Cassazione del 27.9.2001 n. 12093; 11.2.2005 n. 2853; 15.11.2007 n. 23726 (a Sezioni Unite); 5.3.2009 n. 5348.

Non è un caso che, fin dalla prima trattatistica che ha esaminato il tessuto normativo ed il panorama giurisprudenziale riferibile agli artt. 1175, 1375 c.c., appositi capitoli siano stati dedicati ai casi della liberazione dei garanti dalle ipoteche iscritte: situazione nella quale tipicamente viene in rilievo la necessità di una "leale cooperazione" del creditore per consentire la liberazione del datore di ipoteca e nella quale, pertanto, l'esigenza di "agire in modo da preservare gli interessi dell'altra parte" (Cass. 4.5.2009 n. 10182) risulta particolarmente pregnante.

Richiamato così, brevemente, un panorama giurisprudenziale che è in continua evoluzione - anche se con una direzione abbastanza univoca di valorizzazione delle indicate norme al fine di tracciare il confine (a volte labile) tra "esercizio" e "abuso" del diritto - va detto che l'abuso del diritto è ravvisabile nei casi di prospettazione strumentale di un situazione di vantaggio riconosciuta dall'ordinamento, quando il titolare esiga vantaggi ulteriori rispetto alla "fisiologica" soddisfazione delle pretese riconducibili al diritto stesso.

Nel caso qui in esame, tale elaborazione dottrinal/giurisprudenziale rileva certamente, perché è su di essa che le parti attrici fanno perno per il riconoscimento del risarcimento di un danno economico, che esse collegano alla strumentale e non fondata pretesa della Banca convenuta di ottenere una (non necessaria) garanzia ulteriore di non esposizione a pretese concorsuali riferibili al defunto usufruttuario dell'immobile, di loro proprietà, offerto in vendita dopo la morte del Roberto X; pretesa, posta quale condizione di Banca Y per assentire la cancellazione dell'ipoteca ancora gravante sull'immobile.

Il titolo stesso della domanda, nella definizione di cui all'art. 163 n. 4 c.p.c., è proprio il principio di buona fede, perché quello che si contesta a Banca Y è esattamente l'abusività di tale pretesa aggiuntiva - oltre l'ipoteca - che alla fine avrebbe impedito il perfezionamento del negozio traslativo dell'alloggio di Via Aurelia (nel febbraio 2015: promissaria Sonia) a condizioni più vantaggiose di quelle determinatesi all'atto dell'effettiva cessione ad altro soggetto, nell'autunno dello stesso anno (acquirenti Giovanni e Stefania): operazione economica, quest'ultima, che ha comportato l'incasso di un corrispettivo di 160 mila euro in luogo dei 175 mila previsti nel preliminare stipulato con la sig.ra Sonia.

Non pare per nulla superfluo, in questo contesto, dare analitico conto della scansione cronologica degli accadimenti e degli importanti scambi comunicativi tra le parti e/o loro rappresentanti, perché essa risulta illuminante e decisiva per stabilire se la pretesa della Banca censurata dalle parti attrici sia veramente abusiva o meno.

(...*Omissis*...)

Si tratta a questo punto - in linea di fatto - di rispondere ad una prima fondamentale domanda: la pretesa di una garanzia diretta da parte dei fideiussori-datori di ipoteca è una richiesta che muoveva originariamente dalla Banca, o è stata una richiesta del Notaio G., quando non uno scrupolo che si è posto il professionista che assisteva la famiglia X e X? La domanda non è peregrina, mentre ha scarso senso stabilire se i datori di ipoteca avrebbero potuto o meno liberarsi estinguendo il vincolo reale con il semplice conferimento del saldo del mutuo, come nella prospettiva dell'art. 40 bis del

TU bancario, ovvero avrebbero potuto adire la procedura di purgazione di cui agli artt. 792 e ss. c.p.c.

Per vero, la seconda via risultava in realtà impraticabile per i tempi di un contenzioso processuale effettivo, mentre la soluzione dell'art. 40 bis - a tutta prima, agevolmente percorribile - avrebbe potuto incontrare comunque l'opposizione di uno scrupoloso notaio richiesto del rogito, che avesse voluto garantire un trasferimento valido e non suscettibile di determinare appropriate reazioni del creditore ipotecario: il quale, a fronte di un negozio sospettabile di simulazione e/o esposto alla revocatoria ordinaria, avrebbe potuto reagire con determinazione a un atto estintivo che lo avrebbe privato della garanzia reale sull'immobile, posta a presidio dell'adempimento del mutuo fondiario.

La prima domanda, come sopra posta, introduce un secondo interrogativo decisivo: la richiesta di essere in qualche modo tenuta indenne della possibili iniziative recuperatorie della curatela fallimentare è una fisima o un pretesto di Banca Y, o è uno scrupolo e preoccupazione che aveva un condivisibile fondamento razionale?

Rispetto al primo interrogativo, in fatto, su quale parte o soggetto interessato al negoziato in corso per la cessione dell'abitazione abbia per primo posto sul tappeto il problema della posizione della Banca Y rispetto alle conseguenze del fallimento, prima, e del decesso - dopo - del Roberto X, l'assunzione della prova testimoniale offerta dalle parti attrici avrebbe fornito elementi di valutazione risolutivi, di fronte all'assunto difensivo di Banca Y secondo cui le obiezioni e perplessità sarebbero state introdotte dal Notaio scelto per rogare il contratto definitivo di cessione alla Sonia.

In particolare, il capitolo 4) dedotto nella memoria istruttoria del 18.5.2016 era congegnato in modo tale da ottenere la piena conferma degli assunti degli eredi X e X, per i quali invece fu la Banca Y a formulare obiezioni all'estinzione "de plano" della garanzia ipotecaria.

Pur in assenza di una precisa conferma testimoniale in proposito - la longevità del processo sconsiglia rimessioni istruttorie - è tuttavia condivisibile il giudizio di superfluità formulato dal precedente istruttore al riguardo, in quanto vi è sul punto un'apprezzabile ammissione sul fatto che la genesi delle perplessità in questione sia riferibile proprio all'interlocutore bancario.

Se si esamina la lettera-"resumè" di Banca Y datata 30.3.2015, in replica alle due diffide delle parti attrici inoltrate il 9.2 e 16.3.2015, vi si potrà leggere il seguente passaggio in cui la Banca, contestando i contenuti della messa in mora pervenutale dal legale dei X e X, obietta al mittente: "Ribadiamo quanto già riferito Le per le vie brevi, ovvero che la richiesta di ottenere la dichiarazione da parte del curatore del fallimento di nulla avere a pretendere in merito all'immobile ipotecato a nostro favore era ritenuta imprescindibile anche dal notaio rogante".

Si tratta pertanto di riconoscimento di valenza confessoria che contiene al suo interno anche una circostanza favorevole all'operatore bancario, nel momento in cui riferisce la totale condivisione da parte del notaio G. delle riserve avanzate da Banca Y.

Tale condivisione di perplessità sul procedimento estintivo dell'ipoteca può ritenersi provata non solo per la particolare valenza dimostrativa riconosciuta alle ammissioni contenenti l'aggiunta di fatti favorevoli al confitente, secondo il disposto dell'art. 2734 cod. civ., ma anche perché obiettivamente riscontrata dalle comunicazioni in uscita dallo studio notarile. Infatti nella comunicazione e-mail del 23.12.2014 h. 12.22,

seguita alla fondamentale missiva inoltrata poche ore prima dal dottor Marco quale fiduciario tecnico della collega X e dei congiunti di questa, con cui tale professionista abbozzava il testo di una garanzia che poteva a suo dire essere confermata dalla curatela del fallimento X, lo studio del notaio G. si dichiarava in attesa di ricevere la prevista comunicazione della Curatela, con ciò confermando la totale adesione al testo proposto in tali termini dal commercialista: ciò rende evidente che il Notaio condivideva le perplessità di Banca Y sulla linearità dell'operazione estintiva del mutuo/ipoteca prospettata dagli eredi X senza fare i conti con la Curatela fallimentare.

Ma è proprio dallo scambio iniziale di corrispondenza, che si traggono elementi decisivi per risolvere il secondo nodo problematico di causa, quello indubbiamente di maggiore consistenza, circa l'abusività o meno della condotta di Banca Y nella vicenda contrattuale in esame.

È vero che le perplessità e riserve dell'operatore bancario, che inizialmente parevano fermarsi al solo profilo del rapporto tra fallimento dell'usufruttuario e successivo decesso del Roberto X a breve distanza di tempo dalla sentenza dichiarativa di fallimento, obiettivamente potevano risultare di non insormontabile consistenza, alla luce del disposto dell'art. 978 c.c. circa l'effetto estintivo del diritto reale in questione; e in base alla considerazione che la massa fallimentare non può acquisire un bene o un diritto, che ad un certo punto "escano" dal patrimonio del fallito per fatto naturale, come il decesso del titolare.

Su tale questione si è registrata però la convergenza delle attenzioni sia del potenziale notaio rogante, che del fiduciario tecnico degli eredi X e X, il quale in particolare non ha realmente messo in discussione nei suoi contributi scritti le riserve della Banca proprio sulle sorti dell'usufrutto, ma si è piuttosto preoccupato di ottenere dal suo collega curatore rag. W, che seguiva la procedura concorsuale R.G. 00/0002, una dichiarazione di disinteresse per le sorti dell'usufrutto. Si può pertanto convenire, con la difesa delle parti attrici, che la questione della consecuzione tra fallimento e sorti dell'usufrutto fosse obiettivamente mal posta e, in un altro contesto e clima di fiducia tra le parti, sarebbe stata diversamente gestita e risolta.

Non bisogna dimenticare però il divario informativo che separava l'entourage degli eredi X e X (la stessa X, dottoressa commercialista; il suo consulente dottor Marco, apprezzato commercialista incaricato di importanti procedure fallimentari; il notaio G., altro noto professionista), rispetto alle capacità di inquadramento tecnico del retroterra negoziale e concorsuale che poteva pretendersi dai funzionari bancari, i quali solo in un secondo momento e solo per l'intervento di un legale esterno hanno evidentemente compreso il vero nodo di fondo dell'intera vicenda: la reale questione controvertibile, quella che ha trovato soluzione solo con l'assunzione da parte degli eredi X e X della garanzia.

Si tratta in effetti di un impegno di valenza "strategica", cui si deve la possibilità per il successivo Notaio rogante L. di stipulare la definitiva cessione dell'alloggio il 29.10.2015 in un clima totalmente sgombro da problemi con la Banca che aveva erogato il mutuo ipotecario, come desumibile dalla piana applicazione dell'articolo 40 bis del T.U.B., apprezzabile dalla consecuzione e destinazione dei pagamenti nel corpo del rogito in questione.

Ritornando un attimo indietro rispetto alla stipulazione di tale decisivo atto, e fermando l'esame alla situazione anteriore alla data fatidica del 28.2.2015 prevista per la defini-



tiva cessione dell'immobile alla Sonia, vi è quindi dire che, nel momento in cui la Banca temeva il venir meno della garanzia reale sul bene ipotecato per possibili iniziative recuperatorie della Curatela fallimentare, non erano pervenute confortanti indicazioni a smentire tale eventualità da parte dei congiunti X e X e dai loro consulenti.

La successione delle comunicazioni, sempre più preoccupate e "stringenti", inoltrate dal dr. Marco al Curatore della procedura Roberto X, pare veramente illuminante e dimostrativa del fatto che è al silenzio della procedura, malgrado i ripetuti solleciti a confermare il disinteresse per le sorti dell'usufrutto del fallito, semmai, che dovrebbe imputarsi il mancato perfezionamento del preliminare stipulato con la Sonia nel termine previsto del 28 febbraio 2015.

Non può concludersi altrimenti, in un contesto in cui l'attrezzato consulente dell'attrezzata parte attrice aveva inizialmente prospettato come già acquisito l'impegno verbale del collega curatore del fallimento Roberto X a non reclamare nulla in ordine all'usufrutto del fallito (vedi missiva mail del 23.12.2014 ore 7.09 ed il testo della bozza di dichiarazione della curatela inviato il 9.1.2015, sub 6): però a tali rassicurazioni non aveva fatto seguito alcuno scritto o contatto, ma solo il pericoloso silenzio della procedura.

Riesce così davvero difficile imputare alla creditrice ipotecaria un comportamento strumentale, visto che nessuna reale rassicurazione sui rapporti con il fallimento le era stata manifestata dalle sue controparti prima dell'indicato termine. Né alcuna disponibilità a negoziare un impegno "di manleva" veniva prospettata nella messa in mora del 9.2.2015, in cui si preannunciavano semmai, in termini poco concilianti, risarcimenti e danni.

Ma vi è di più, e sono le difese conclusive delle parti a fornire squarci illuminanti circa il reale noto problematico che stava sullo sfondo dell'acquisto immobiliare del 5.12.2011 e che non si limitava davvero alla mal posta questione delle sorti dell'usufrutto del Roberto X rispetto alla procedura fallimentare.

Appare scarsamente credibile che a professionisti del calibro di quelli coinvolti nella prevista cessione alla Sonia fossero sfuggiti i dettagli di una radicale discutibilità, a monte e ancora nell'ambito del quinquennio, dello stesso acquisto nel 2011 dell'immobile di via Aurelia da parte del X padre: ben più problematico profilo rispetto a quello che, fino alla primavera 2015, sembrava costituire il solo nodo contenzioso tra le odierne parti.

Lo scrivente per oltre un decennio ha trattato presso la Prima Sezione civile di questo Tribunale un numero apprezzabile di cause in materia di revocatoria/simulazione, in cui si registravano aspetti economici e negoziali assolutamente sovrapponibili a quelli dell'acquisto da parte del Roberto X dell'immobile di via Aurelia.

Un acquisto immobiliare che si caratterizza per l'intestazione alle figlie della nuda proprietà, ed al padre dell'usufrutto, con l'assunzione del mutuo ipotecario (e successiva maturazione del relativo debito per le rate in vase) esclusivamente in capo al solo X. Si ritiene in altri termini che ai promittenti venditori ed ai loro consulenti e fiduciari fosse abbastanza chiaro che in realtà la Curatela fallimentare avrebbe potuto reclamare non solo l'usufrutto, ma la proprietà intera dell'alloggio sia in riferimento all'azione di simulazione, sia in rapporto all'azione revocatoria ordinaria. Questo ordine di problemi diventa chiaro anche alla Banca - a giudizio del Tribunale - nel momento in cui interviene sulla scena, nell'interesse di Y, un legale esterno che assiste la Banca nelle

procedure stragiudiziali iniziate dopo la diffida e costituzione in mora inoltrate dal difensore delle odierne parti attrici.

Non si spiega altrimenti perché la garanzia assunta dagli eredi X e X nell'estate 2015, che risulta apparentemente sottoscritta il 15 marzo 2015, ma menziona corrispondenza dei successivi mesi di maggio e giugno dello stesso anno, ed è perciò sicuramente successiva - vada ben oltre l'ipotesi di un recupero dell'usufrutto da parte della procedura fallimentare e sia congegnata invece come un impegno da parte dei congiunti del Roberto X a tenere indenne la Banca per tutto lo spettro delle possibili azioni recuperatorie promovibili ad iniziativa della procedura concorsuale.

Tale "manleva", come già sopra anticipato, costituisce l'impegno di garanzia che ha fatto venire meno tutte le remore bancarie e ha consentito alle X ed al Z di stipulare in assoluta tranquillità la successiva cessione ai sigg.ri Giovanni e Stefania, il 29.10.2015, pur meno fruttuosa rispetto al compromesso stipulato con la Sonia. È quindi chiaro che non si può parlare di una pressione strumentale esercitata dalla creditrice sui datori di ipoteca, nel momento in cui Banca Y si sarebbe potuta trovare direttamente coinvolta nel contenzioso rivendicativo/recuperatorio che la procedura fallimentare avrebbe potuto ragionevolmente sviluppare mettendo in discussione l'acquisto immobiliare del 2011 da parte del X.

Dalle precedenti riflessioni emerge che il quadro negoziale a monte non corrispondeva per nulla alla sintesi minimizzante, che ne offre la difesa delle parti attrici, e confermano che proprio dal punto di vista obiettivo la posizione della Banca mutuante non era per nulla abusiva, ma richiedeva quella più efficace tutela che poi è stata trovata nella seconda fase delle relazioni tra le parti, iniziate nel momento in cui la Banca Y ha cominciato ad avvalersi della consulenza di un legale esterno. La situazione a febbraio 2015, peraltro, era quella tracciata nei precedenti passaggi, in cui l'aggregabilità dell'intero acquisto immobiliare -non solo dell'usufrutto- non era ancora totalmente chiara a Banca Y; tuttavia l'assicurazione circa un formale impegno della curatela fallimentare X a non interferire corso della trattativa, promessa e mai arrivata, era da sola ragione sufficiente a giustificare la mancata cooperazione della convenuta alla liberazione dei datori di ipoteca senza appropriate garanzie. Le quali, si è già abbondantemente detto, sono poi state fornite pochi mesi dopo e fanno perciò aggiungere allo scrivente che un approccio meno bellicoso e più accomodante, rispetto alla costituzione in mora del 9.2.2015 evocante profili risarcitori - quando erano i promittenti venditori che non avevano soddisfatto le esigenze di garanzia del creditore ipotecario rispetto alla procedura fallimentare - avrebbe consentito di conseguire rapidamente il consenso della Banca all'estinzione del mutuo ipotecario e, con ciò stesso, l'eliminazione della garanzia reale che ostacolava la cessione immobiliare.

Alla luce di tali considerazioni, conclusivamente, non si ravvisano gli estremi in fatto e diritto per potersi addebitare alla Banca convenuta una tutela strumentale delle sue legittime pretese e, con ciò stesso, per potersi disporre alcun ristoro economico in favore delle parti attrici: ne discende l'integrale rigetto della domanda per sua infondatezza.

(... *Omissis*...)

#### P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, ogni altra domanda, eccezione e difesa disattesa, RESPINGE la domanda delle parti attrici mandando assolta Banca Y dalla pretesa risarcitoria azionata con la citazione introduttiva.

(... *Omissis*...)

Corte d'Appello di Genova, 24 ottobre 2018 - Pres. Alparone - Rel. Castiglione - E. (Avv. Turco) c. Azienda Sanitaria Locale (Avv. Pesce).

**RESPONSABILITÀ civile - intervento chirurgico per installazione di protesi - responsabilità della struttura sanitaria - presupposti - risarcimento del danno in conseguenza dell'intervento - suddivisione dell'onere probatorio.**

(Artt. 1218 e 2697 c.c.)

*Secondo i principi che governano la responsabilità contrattuale, la struttura sanitaria convenuta in giudizio, in ipotesi di responsabilità professionale medica, deve fornire la prova di avere adempiuto esattamente la sua prestazione ed, in difetto, deve rispondere dell'inadempimento e dei danni che ne sono conseguiti.*

*Ai fini dell'onere probatorio, il paziente danneggiato deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto o il "contatto sociale" e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia, allegando l'inadempimento a carico della struttura sanitaria, che sia astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato. Rimane a carico del "debitore" dimostrare o che l'inadempimento non vi è stato, ovvero che pur esistendo, non è stato eziologicamente rilevante e che gli esiti negati dell'intervento sono stati determinati da un evento impreveduto, imprevedibile ed inevitabile, costituendo "caso fortuito".*

(Conf.: Cass., sez. un., 11 gennaio 2008 n. 577)

RO.NE.

(...Omissis...)

**Fatto.**

Con l'atto introduttivo del giudizio la signora E. affermava di essere stata sottoposta ad un intervento di artroprotesi totale all'anca destra il giorno 18.02.05 presso l'Ospedale X. Dopo tre anni dall'intervento aveva dovuto sottoporsi ad un nuovo intervento chirurgico per la sostituzione della protesi che risultava irrimediabilmente sublussata. Il fatto doveva attribuirsi a difetto della protesi, impiegata nella prima operazione, che aveva dato segni precoci di usura. Imputava il fatto a responsabilità dell'Ospedale che doveva rispondere dei danni.

Si costituiva in giudizio la ASL, la quale eccepiva pregiudizialmente il difetto di legittimazione passiva dell'Ospedale, che costituiva una articolazione interna della ASL di appartenenza ed era pertanto privo di personalità giuridica.

Nel merito osservava che l'inconveniente lamentato dall'attrice doveva attribuirsi non a cattiva esecuzione dell'intervento chirurgico, che era stato eseguito correttamente, ma alla rottura della testa in ceramica della protesi: fatto: questo di cui non poteva rispondere l'Ospedale. In ogni caso si opponeva all'accoglimento della domanda attrice. Il Tribunale disponeva CTU volta ad accertare la causa della rottura della protesi; se ed in quale misura il fatto avesse determinato un aggravamento delle condizioni di salute della paziente.

Dopo il deposito della relazione peritale decideva la causa con sentenza, con la quale respingeva la domanda dell'attrice con la compensazione delle spese.

La E. ha proposto appello contro la sentenza del Tribunale col quale contesta il difetto di motivazione della sentenza impugnata.

La ASL resiste all'impugnazione, opponendosi al suo accoglimento.

(...Omissis...)

**Diritto.**

La ASL ha riproposto l'eccezione pregiudiziale relativa al difetto di legittimazione passiva dell'Ospedale. L'eccezione è infondata.

La citazione davanti al Tribunale conteneva gli elementi sufficienti ad individuare ed identificare correttamente il soggetto passivo dell'azione, attraverso il riferimento all'Ospedale, che costituisce — per l'appunto — un'articolazione della ASL. In ogni caso la nullità della citazione e della sua notificazione, dipendente dalla indicazione erronea del soggetto contro il quale era proposta la domanda, è stata sanata dalla costituzione in giudizio della ASL, che oltre ad eccepire il difetto di legittimazione passiva dell'Ospedale, riconoscendosi come convenuta, s'è anche difesa nel merito.

Nel merito questa Corte osserva - in premessa - che secondo i principi che governano la responsabilità contrattuale la struttura sanitaria convenuta in giudizio in ipotesi di responsabilità professionale medico-legale da contatto sociale deve fornire la prova liberatoria richiesta dall'art. 1218 C.C. di avere adempiuto esattamente la sua prestazione; in difetto deve rispondere dell'inadempimento e dei danni che ne sono conseguiti.

In tal senso si è pronunciata ripetutamente la Corte di Cassazione, secondo la quale ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato oppure che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante (Cass., S.U. 11.01.08, n. 577). In altre parole, il paziente deve fornire la prova del contratto e del danno subito in conseguenza dell'intervento, o comunque del peggioramento delle proprie condizioni di salute e del nesso di causalità con l'intervento; mentre spetta alla struttura provare di avere eseguito la prestazione in modo diligente e che gli esiti negativi dell'intervento sono stati determinati da un evento impreveduto, imprevedibile ed inevitabile costituente caso fortuito.

Nella fattispecie il CTU -officiato dal Tribunale- ha affermato che l'intervento è stato eseguito correttamente: pertanto, ha attribuito la rottura della protesi 'non a manovre inadeguate del chirurgo ma ad usura della protesi, dovuta verosimilmente a difetto di fabbricazione.

A giudizio del Tribunale, la ASL non sarebbe tenuta a rispondere del difetto di fabbricazione delle protesi applicate ai pazienti, perché non dispone di mezzi e personale sufficiente ed adeguato ad effettuare per ogni operazione questo tipo di controllo, che compete -a monte- al Ministero della Salute, prima della messa in commercio del materiale utilizzato dalle strutture sanitarie. Onde la responsabilità della ASL in questo caso avrebbe natura oggettiva e non sarebbe ammessa dal nostro ordinamento.

Per la difesa dell'appellante non si può ragionevolmente asserire che non faccia parte dell'obbligazione gravante sulla ASL il controllo di qualità delle protesi utilizzate, anche in considerazione del fatto che la ASL dispone di una notevole autonomia 'nella scelta ed acquisto del materiale sanitario e nell'assunzione del correlativo impegno di spesa, senza alcuna partecipazione, nemmeno a livello informativo, da parte del paziente.

Tale obbligazione, che si traduce in un dovere di protezione del paziente, non può certo dirsi adempiuta col solo con-

trollo della presenza dell'autorizzazione ministeriale che non offre sufficienti garanzie di integrità e qualità del singolo prodotto che deve essere impiantato nel paziente.

L'appello è fondato e meritevole di accoglimento.

Come afferma giustamente la difesa dell'appellante, in base al principio della vicinanza della prova la ASL avrebbe dovuto provare di avere fatto tutto il possibile, in scienza e coscienza, per tutelare il paziente e garantire il buon esito dell'intervento. Diversamente, nella fattispecie, la difesa della ASL si attesta sull'affermazione generica e nemmeno del tutto certa del difetto di fabbricazione della protesi per negare la propria responsabilità.

Ma -ad avviso della Corte- il difetto di fabbricazione del prodotto, ipotizzato dal CTU, non è sufficiente ad escludere la responsabilità della ASL.

Invero, l'unico dato di fatto certo è che la protesi si è rotta. Che la rottura fosse imputabile ad un difetto di fabbricazione è verosimile -a, giudizio del CTU- ma non è un fatto certo.

In primis, la ASL avrebbe dovuto provare che il difetto -ovvero in ipotesi la presenza di una fessurazione od incrinatura della testa in ceramica della protesi- non fosse visibile e riconoscibile prima dell'intervento ed al momento dell'impianto nel paziente, ovvero avrebbe dovuto provare -la ASL- di effettuare prima degli interventi i controlli minimali, atti a rilevare la difettosità evidente dei prodotti ed evitare inconvenienti del genere di quello lamentato dall'attrice, dovuto all'installazione di materiale difettoso.

Anche se fosse certa l'esistenza di un difetto di fabbricazione -e la sua non visibilità al momento dell'impiego- la ASL avrebbe dovuto fornire indicazioni e ragguagli sul tipo di materiale acquistato, sui criteri di scelta dei prodotti, su la loro qualità e provenienza, sui controlli effettuati al momento dell'acquisto, sulle garanzie richieste e fornite dal produttore.

Nulla di tutto ciò.

Le uniche informazioni al riguardo sono quelle fornite dal CTU, il quale ha affermato che quella protesi è lungamente 'e largamente utilizzata e collaudata da anni di impianti.

Ad avviso della Corte, l'affermazione del CTU -generica- non basta ad escludere la responsabilità della ASL per colpa in eligendo.

La struttura avrebbe dovuto dire da quanti anni utilizza quel tipo di protesi ed in quanti interventi lo ha già utilizzato senza inconvenienti. Ma non ha detto nulla al riguardo. Non ha detto se per economia di spesa ed esigenze di bilancio ha acquistato prodotti meno costosi e con meno garanzie di qualità. Avrebbe dovuto provare -in sostanza- di avere usato tutta l'attenzione e diligenza possibile in fase di acquisto ed impiego del prodotto per evitare danni a carico dei pazienti, onde possa affermarsi -in definitiva- che il fatto è dipeso da caso fortuito.

Non avendo provato il caso fortuito, che costituisce l'unica causa esimente da responsabilità, la ASL deve rispondere a titolo di inadempimento contrattuale dei danni che sono derivati all'attrice dal cattivo esito dell'intervento chirurgico.

I danni alla persona -subiti dalla signora E.- sono liquidati sulla base della CTU medico-legale, che ha quantificato gli esiti delle lesioni riportate dall'attrice in trenta giorni di inabilità temporanea totale e trenta giorni di inabilità temporanea parziale al 50%, oltre ad esiti invalidanti di carattere permanente stabilizzati e quantificati -a titolo di danno differenziale- nella misura del 8% della validità totale.

Non possono applicarsi alla quantificazione del danno le disposizioni della legge 24/2017, il cui art.7 co. 4 prevede che questa tipologia di danno deve essere risarcito sulla base delle tabelle di cui agli artt.138 e 139 del codice delle assicurazioni private, essendo applicabili -tali norme- solo ai fatti dannosi verificatisi successivamente alla loro entrata in vigore.

Devono applicarsi invece le tabelle del Tribunale di Milano, considerate dalla Corte di Cassazione come un valido criterio generale di liquidazione equitativa del danno, aggiornate alla data del 01.01.18, fondate sul sistema del "punto tabellare", che attribuisce ad ogni punto di invalidità il valore di euro 2.401,75.

Avuto riguardo all'età del soggetto, che al momento del fatto aveva trentasette anni, la misura del risarcimento spettante si determina come segue:

inv. temp. tot. € 98,00 x gg. 30 = € 2.940,00
inv. temp. parz. € 98,00 x gg. 30/2 = € 1.470,00
inv. perm. € 2401,75 x 8 x 0,820 € 15.756,00
<b>totale € 20.166,00.</b>

Pertanto il danno biologico subito dall'attrice ammonta a complessivi euro 20.166,00.

Poiché le somme spettanti per il risarcimento dei danni devono essere determinate al valore attuale della moneta, considerato che le tabelle per la liquidazione del danno biologico sono aggiornate al 1 gennaio 2018, l'importo -come sopra risultante dalla liquidazione del danno- deve essere aggiornato sulla base dei noti indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati, dal giorno 1 gennaio alla data odierna. Sulla somma, corrispondente alla valutazione del danno al momento dell'illecito, rivalutata annualmente secondo gli indici ISTAT, devono essere calcolati anno per anno gli interessi legali, di natura compensativa, dalla data del fatto alla data odierna. A tal fine la somma, liquidata a titolo di risarcimento del danno biologico, deve essere previamente devalutata in base ai detti indici fino alla data del primo intervento e sulla stessa, progressivamente rivalutata anno per anno, devono calcolarsi gli interessi al tasso legale. Dalla data odierna sono dovuti soltanto gli interessi legali sulla somma non più soggetta a rivalutazione.

Accogliendo l'appello - in totale riforma della sentenza impugnata - condanna la ASL al risarcimento del danno a favore dell'attrice, come sopra determinato.

Liquidata a carico dell'appellata le spese dei due gradi di giudizio in applicazione del principio di soccombenza. Pone definitivamente a carico della ASL le spese di CTU, liquidate dal Tribunale nel primo grado del giudizio.

#### P.Q.M.

definitivamente pronunciando nella causa d'appello avverso la sentenza del Tribunale di Savona in data 23.07.14, n. 1119 (...*Omissis*...) così decide:

1. In accoglimento dell'appello ed in integrale riforma della sentenza impugnata, accertata la responsabilità della ASL la condanna al risarcimento del danno non patrimoniale subito dalla signora E. che liquidata nella somma complessiva di euro 20.166,00 con la rivalutazione monetaria e gli interessi legali indicati in motivazione.

2. Condanna l'appellata a rimborsare all'appellante le spese di causa (...*Omissis*...).

3. Pone definitivamente a carico della ASL le spese di CTU, liquidate dal Tribunale nel primo grado del giudizio.

Tribunale di Savona, 1 marzo 2018, n. 253 - Giudice Unico Pelosi - Tizio (Avv. Dogliotti) c. Caia (Avv. Bel-lenda).

**SEPARAZIONE e divorzio - modifica degli accordi giu-diziali - assenza di ricorso - ammissibilità - limiti.**

(Art. 710 c.p.c.)

*In tema di separazione e divorzio, i coniugi possono raggiungere accordi modificativi delle disposizioni del decreto di omologazione della separazione anche in assenza di procedimento ex articolo 710 c.p.c.; non possono però farlo in relazione alle questioni ri-guardanti diritti indisponibili, ovvero in contrasto con le condi-zioni in punto affido e mantenimento dei figli adottate nell'accordo omologato, essendo solo il giudice deputato al con-trollo di tali disposizioni.*

(...Omissis...)

**Motivi della decisione.**

Il Tribunale di Savona, con provvedimento del 4 aprile 2014, reso nell'ambito della causa di separazione personale tra i coniugi Tizio e Caia, per quanto qui interessa, ha disposto che il sig. Tizio versasse alla sig.ra Caia euro 1.1600,00 mensili per il mantenimento della figlia, oltre al 50% delle spese mediche, ludiche, sportive, scolastiche e ricreative previa-mente concordate e documentate.

Con atto di precetto del 31 gennaio 2017, la sig.ra Caia ha lamentato che, dall'aprile 2015, il sig. Tizio le aveva versato il minor importo di euro 1.200,00 mensili e non aveva ver-sato le spese straordinarie.

Ha, quindi, intimato il pagamento della somma di euro 9.148,48 oltre spese legali.

Il sig. Tizio ha proposto opposizione avverso il precetto no-tificato, evidenziando che era stato raggiunto un accordo tra le parti in ordine alla riduzione dell'assegno di manteni-mento portato ad euro 1.200,00; ha, inoltre, fatto valere la compensazione.

Ha, quindi, chiesto la sospensione del precetto.

La sig.ra Caia ha chiesto il rigetto dell'opposizione.

Respinta l'istanza di sospensione, in corso di causa, il sig. Tizio ha pagato alla controparte l'importo di euro 5.473,57. La causa è stata istruita con prove documentali e, all'esito, le parti hanno precisato le conclusioni come in epigrafe.

L'opponente ha sostenuto che tra le parti era stato raggiunto un accordo per ridurre l'assegno di mantenimento a 1.200,00 euro mensili.

Questi, con lettera del 19 marzo del 2015, aveva comuni-cato alla sig.ra Caia che l'importo di euro 1.600,00 mensili non era per lui più sostenibile a seguito del mutamento della propria condizione economica e che l'avrebbe, quindi, ri-dotto ad euro 1.200,00, così come, poi, aveva fatto.

La sig.ra Caia per 22 mesi nulla aveva detto, salvo, poi, no-tificare l'atto di precetto.

Per queste ragioni, il sig. Tizio aveva fatto affidamento sul-l'avvenuto raggiungimento di un accordo.

Va premesso che è principio pacifico in giurisprudenza che, con l'opposizione al precetto relativo a crediti maturati per il mancato pagamento dell'assegno di mantenimento, pos-sono proporsi soltanto questioni relative alla validità ed ef-ficacia del titolo, mentre non possono dedursi fatti sopravvenuti, da farsi valere col procedimento ai modifica delle condizioni della separazione di cui all'art. 710 c.p.c. (sul punto, da ultimo Cass., n. 20303/14; Cass., n. 22491/06; Cass., n. 6975/05; Cass., n. 13872/01; Cass., n. 8235/00).

Ne discende che non è questa la sede per valutare se vi è stato un peggioramento delle condizioni economiche del-l'opponente tale da giustificare una revisione degli accordi di separazione.

Inoltre, la giurisprudenza ammette sì la possibilità per i co-niugi di raggiungere accordi modificativi delle disposizioni del decreto di omologazione della separazione anche in as-senza di procedimento ex art. 710 c.p.c., però, a condizione che non riguardino diritti indisponibili e purché non inter-fiscano con l'accordo omologato, ma ne specifichino il contenuto con disposizioni Maggiormente rispondenti agli interessi ivi tutelati (Cass., n. 218/16).

Deve, quindi, escludersi che i genitori, al di fuori del giudi-zio ex art. 710 c.p.c., possano assumere decisioni in contra-sto con le condizioni in punto affido e mantenimento dei figli adottate nell'accordo omologato, dal momento che la legge rimette al Giudice il controllo su tali disposizioni (art. 158, co. 2, c.c.), come conferma la disciplina più recente (art. 6 DL 134/14).

In ogni caso, stando alla stessa tesi di parte attrice, l'accordo in esame si sarebbe concluso in forma tacita, in quanto, alla lettera del 19 marzo del 2014, in cui il sig. Tizio chiese alla opposta di ridurre l'assegno di mantenimento, questa non fece valere alcuna opposizione.

Tuttavia, a ben vedere, nessun accordo, peraltro invalido, anche sotto il profilo formale, fu mai raggiunto, neanche in forma tacita. "In tema di formazione del contratto, l'accet-tazione non può essere desunta dal mero silenzio serbato su una proposta, pur quando questa faccia seguito a precedenti trattative intercorse tra le parti, delle quali mostri di aver te-nuto conto, assumendo il silenzio valore negoziale soltanto se, in date circostanze, il comune modo di agire o la buona fede, nei rapporti instauratisi tra le parti, impongano l'onere o il dovere di parlare, ovvero se, in un dato momento storico e sociale, avuto riguardo alla qualità dei contraenti e alle loro relazioni di affari, il tacere di uno possa intendersi come ade-sione alla volontà dell'altro. (Nella specie, in applicazione dell'enunciato principio, si è ritenuto che il silenzio di un istituto di credito, seguito ad una proposta transattiva for-mulata da un correntista mediante una missiva, non avesse i caratteri di accettazione della proposta, di cui agli artt. 1326, primo comma, e 1335 c.c. (Cass., n. 10533/14).

Parte attrice ha, poi, sostenuto che il credito fatto valere dal-l'opponente dovesse essere compensato con un credito dallo stesso vantato nei confronti dell'opposta. Dagli atti di causa emerge, infatti, che, con il provvedimento presidenziale del 18 giugno 2009, pronunciato nell'ambito del giudizio di se-parazione, come poi modificato dalla Corte di Appello di Genova, con provvedimento del 6 novembre 2009, era stato posto a carico di Tizio un contributo (pari ad euro 1.200,00 mensili) per la locazione dell'immobile ove poi la sig.ra Caia si era trasferita con la figlia Sempronia a seguito della sepa-razione. Tale contributo era stato revocato con il provvedi-mento del Tribunale di Savona del 25 febbraio del 2013.

Secondo parte opponente, il provvedimento in esame aveva dato atto del fatto che il contratto di locazione era, in realtà si-mulato, in quanto il proprietario di casa era convivente della sig.ra Caia. Quanto pagato per i mesi di dicembre 2012, gen-naio e febbraio 2013, prima della revoca del provvedimento, doveva essere restituito, quindi, all'opponente. Il suddetto cre-dito doveva, quindi, essere compensato con quello precettato. Sul punto, però, la Cassazione ha affermato: "Il carattere so-stanzialmente alimentare dell'assegno di mantenimento a beneficio dei figli, in regime di separazione, comporta la non

operatività della compensazione del suo importo con altri crediti". (Nella specie, la S.C., confermando l'ordinanza di merito, ha ritenuto l'inadempimento del coniuge onerato, che aveva operato una illegittima compensazione tra quanto dovuto a titolo di assegno in favore dei figli e il proprio credito per rate di mutuo: Cass., n. 23569/16; analogamente Cass., n. 13609/16 e Cass., n. 28987/08).

Ne discende che nessuna compensazione è possibile; Avendo parte opponente pagato euro 5.473,57 in corso di causa, il precetto mantiene efficacia unicamente per la differenza.

Parte attrice ha, comunque, proposto domanda riconvenzionale per ottenere la condanna della opposta al pagamento del suddetto credito.

Tale domanda è ammissibile.

Infatti, non è ostativo al suo esame la circostanza che la stessa è stata proposta in sede di opposizione a precetto, dal momento che tale giudizio rappresenta un ordinario giudizio di cognizione soggetto alle regole ordinarie del c.p.c.

La giurisprudenza ha sostenuto che quando la domanda riconvenzionale proposta non incida sulla competenza, la connessione ex art. 36 c.p.c. può essere valutata con minor rigore. In particolare, non è richiesta l'identità della "causa petendi", ma è sufficiente "una comunanza della situazione o del rapporto giuridico dal quale traggono fondamento le contrapposte pretese delle parti, ovvero come comunanza della situazione, o del rapporto giuridico sul quale si fonda la riconvenzionale, con quello posto a base di un'eccezione" (Cass., n. 6520/07). In sostanza, basta che "sussista fra le opposte pretese un collegamento obiettivo che implichi l'opportunità della trattazione e decisione simultanea" (Cass., n. 8207/06; Cass., n. 27564/11).

Nel caso di specie, i crediti in contestazione derivano dal matrimonio intercorso tra le parti; inoltre, l'accertamento del credito fatto valere dall'opponente non richiede alcuna attività istruttoria ulteriore. Si deve, quindi, decidere nel merito.

La giurisprudenza ha sostenuto che le somme versate a titolo di mantenimento, sia in favore del coniuge separato o divorziato che dei figli minori o maggiorenni ma non autosufficienti, non sono ripetibili, nel caso in cui il provvedimento di assegnazione del contributo sia in seguito revocato o modificato (Cass., n. 13609/16; Cass., n. 15186/15; Cass., n. 6864/09; Cass., n. 13593/06; Cass., n. 11029/99; Cass., n. 4198/98; Cass., n. 9641/96).

A tale risultato si è giunti attraverso una sostanziale equiparazione tra prestazione di alimenti e di mantenimento. In particolare, tale conclusione è stata giustificata ipotizzando una presunzione di pressoché istantanea utilizzazione degli alimenti, destinati per loro natura ad essere consumati rapidamente, con conseguente assenza in capo al beneficiario del dovere di accantonarne una certa quantità in previsione di un eventuale provvedimento di modifica o di revoca.

Tuttavia, ciò vale, evidentemente, per quelle somme destinate ad una concreta funzione alimentare. Il principio di irripetibilità resta, quindi, limitato a prestazioni dirette ad assicurare unicamente, per la loro misura e le condizioni economiche del percipiente, i mezzi necessari per fare fronte alle esigenze essenziali di vita.

Laddove tale funzione alimentare non sussista, il principio della irripetibilità non ha più ragione di esistere. In questo senso, si veda Cass., n. 11489/14 (relativo ad una domanda di ripetizione proposta nei confronti di figli maggiorenni ed autosufficienti; in questo caso, la S.C. ha escluso che l'assegno avesse funzione alimentare nel caso in cui il contributo risultasse destinato a favore di chi abbia già raggiunto una po-

sizione di indipendenza economica e non necessiti più del sostentamento assicurato dal genitore ed ha, quindi, accolto la domanda di restituzione proposta dal genitore obbligato) o Cass., n. 2182/09 (in cui una parte è stata condannata a restituire le somme percepite, grazie alla sentenza di primo grado, a titolo di assegno divorzile, in misura superiore a quella determinata in sede di appello, considerando la natura non alimentare delle somme suddette alla luce della consistente entità dell'assegno). Il principio in esame è stato ribadito poi in motivazione da Cass., n. 6864/09.

Così, nel caso di specie tale funzione alimentare è del tutto assente: dal provvedimento del Tribunale di Savona del 25 febbraio 2013, emerge che la sig.ra Caia non avesse diritto ad ottenere alcun contributo per le spese di locazione, in quanto, all'epoca, non stava sostenendo alcuna spesa di tale natura, avendo solo simulato un contratto di locazione con il proprio convivente. Manca, quindi, la prova del carattere di alimento delle somme versate, con la conseguenza che viene meno l'irripetibilità sopra descritta e si applica.

Il principio generale posto dall'art. 2033 c.c. è, quindi, evidente che, con tale provvedimento, è stata disposta la revoca del provvedimento presidenziale in parte qua. Essendo accertata la insussistenza originaria della causa del pagamento, la decorrenza della revoca è retroattiva.

Tuttavia, dato che parte attrice ne ha chiesto la revoca a far data dal gennaio 2013 (si veda il ricorso proposto sub doc. 5 di parte attrice), è evidente che, in assenza di diverse indicazioni nel provvedimento, per il principio di cui all'art. 112 c.p.c., è solo da tale momento che il contributo al canone di locazione non era più sorretto da alcun provvedimento giurisdizionale.

Ne discende che la domanda riconvenzionale è parzialmente fondata, dovendo essere rimborsati i canoni di gennaio e febbraio 2013, cui debbono aggiungersi interessi dal pagamento o rivalutazione, si di maggior misura (Cass., n. 25589/10). Le spese di lite sono compensate al 50% tenuto conto della soccombenza reciproca.

La maggior soccombenza di parte opponente (in relazione al maggior credito fatto valere dall'opposta determinato considerando anche quanto pagato in corso di causa) giustifica la sua condanna al versamento della restante frazione.

La non particolare difficoltà della controversia giustifica una liquidazione delle spese corrispondente ai minimi, con esclusione della fase istruttoria.

#### P.Q.M.

Ogni contraria istanza ed eccezione respinta:

Dichiara efficace il precetto notificato da Caia a Tizio nei limiti dell'importo di euro 3.674,91 oltre accessori indicati in precetto; (...*Omissis*...)

---

Tribunale di Savona, 21 novembre 2017 - Pres. Princiotta - Rel. Traverso - C. (Avv. Rossi) c. L. (Avv. Sanna) e c. G. (Avv. Bonsignorio).

#### **SUCCESSIONE ereditaria - successione testamentaria - testamento - annullamento - incapacità naturale del testatore - caratteri ed oneri della prova.**

(Artt. 591, 603, 624 e 1418 c.c.; art. 643 c.p.; artt. 651 c.p.c.; artt. 27, 28 e 47 L. 16-2-1913, n. 89)

*La mutevolezza d'intenti del disponente è un mero tratto caratteriale, di per sé inidoneo a rendere annullabile il testamento ai*

sensi dell'art. 591, n. 3, c.c. o nullo per circonvenzione di incapace. Ai fini dell'annullamento per incapacità naturale del disponente occorre che l'attore dimostri che il testamento fu compilato in stato di incapacità tale da giustificare, ove abituale, l'interdizione del testatore e la prova di detto stato grava, di regola, su chi esperisce l'azione di annullamento; viceversa, ove risulti lo stato di incapacità permanente del disponente, grava su chi intende dimostrare la validità del testamento provare che la redazione è avvenuta in un intervallo di lucidità.

(...Omissis...)

#### Svolgimento del processo.

Con atto di citazione del 24-11-2014 il sig. P. evocava in giudizio la signora M., nonché i signori C. e M. esponendo: i) di essere nipote di G (in quanto figlio della sorella C.); ii) di avere sempre avuto con il proprio zio un rapporto di assidua frequentazione, e ciò tanto è vero che in forza di testamento pubblico del notaio T. di Diano Marina, datato 3.9.2008, il G. lo nominava suo erede universale; iii) che a decorrere dal novembre 2009 G. interrompeva ogni rapporto con esso attore e, da allora e per circa due anni, frequentava esclusivamente la famiglia della convenuta M.; iv) che in data 27-11-2009 nominava in forza di testamento pubblico sua erede universale la sig.ra M. ed in data 29-11-2009 donava alla medesima M. con atto a rogito notaio V. la nuda proprietà dell'immobile sito in V. (censito al Catasto Fabbricati); v) che i rapporti tra G. e la signora M. ed i suoi familiari cessavano nell'estate 2011, dopo che lo stesso G. era stato dimesso dalla R.S.A. presso cui era ricoverato; vi) che successivamente al ricovero al sig. G. era stato nominato Amministratore di Sostegno; vii) che sia il testamento del novembre 2009 sia il di poco successivo atto di donazione erano stati effettuati quando il sig. G. versava in uno stato di incapacità naturale riconoscibile da terzi.

Chiedeva, dunque: a) dichiararsi l'invalidità dell'atto di donazione 29-11-2009 con il quale G. donava a quest'ultima la nuda proprietà di immobile sito in Villanova di Albenga, nonché l'invalidità del testamento 27-11-2009 con il quale G. istituiva erede la convenuta, in entrambi i casi per incapacità naturale di G. e/o comunque la nullità dei medesimi atti per violazione dell'art. 643 del c.p. in relazione all'art. 1418 c.c.; b) condannarsi M. al rilascio dell'immobile sito in V.; c) accertarsi la propria qualità di erede del defunto G., e ciò in forza del testamento 3-9-2008 redatto dal Notaio T. di Diano Marina.

Si costituiva in giudizio M. chiedendo il rigetto delle domande del P.

Si costituiva in giudizio, altresì la sig.ra C. in persona del curatore speciale Avv. Bonsignorio del Foro di Imperia, all'uopo nominata dal G.T. del Tribunale di Imperia, essendo l'attore P. Amministratore di Sostegno della propria madre C. Ma. rimaneva contumace.

(...Omissis...)

All'udienza del 8-6-2017 la causa veniva tratta a sentenza con la concessione del termine per il deposito della comparsa conclusionale e delle memorie di replica.

Le parti concludevano come riportato in epigrafe.

Nelle more tra la precisazione delle conclusioni e la scadenza dei termini per le memorie conclusionali e le repliche, le parti, all'uopo autorizzate, rispettivamente depositavano:

1) quanto alla convenuta copia integrale della sentenza Corte d'Appello di Genova, sezione II penale, del 29/03/2017 di assoluzione di M. dal reato ex art. 643 c.p. (circonvenzione di incapace), con cui la Corte di Appello in

riforma della decisione resa dal Tribunale di Savona, assolveva la M. dal reato ascritttole;

2) quanto all'attore, copia del ricorso per la Cassazione della sentenza resa dalla Corte di Appello di Genova appena sopra menzionata.

#### Motivi della decisione.

La domanda di parte attrice non è fondata e, pertanto, non merita accoglimento per i motivi espressi di seguito.

È bene, in primo luogo, ricordare che nel presente giudizio, parte attrice formula esclusivamente le domande di:

- annullamento dell'atto di donazione 27-11-09 per incapacità naturale del donante G.;
- annullamento del testamento pubblico 27-11-09 per incapacità naturale del testatore G.;
- nullità della donazione e del testamento per violazione dell'art. 643 c.p. in relazione all'art. 1418 c.c.;

- conseguente accertamento della propria qualità di erede universale del defunto G. in forza di testamento pubblico del 3-9-2008 (atto notaio T. di Diano Marina 3-9-2008).

Altrettanto è opportuno ricordare che nel presente giudizio alcuna parte ha formulato domanda volta ad ottenere l'annullamento/nullità/invalidità del testamento 3-9-2008 in forza del quale P. era stato istituito erede universale di G.

Tale ultimo rilievo (oltre a spiegare importanza nel presente processo per i motivi che *amplius* verranno illustrati ultra, in tema di ripartizione dei carichi probatori) consente, di per sé solo, di esaminare - e valutare in termini di fondatezza - l'eccezione di natura preliminare/pregiudiziale svolta dalla convenuta C.

Come reso esplicito dalle conclusioni riportate in epigrafe C. ha chiesto in via principale dichiararsi il proprio difetto di *legitimatō ad causam*.

Tale eccezione è fondata.

Rilevasi preliminarmente che è pacifico in causa che C. -sorella del defunto G.-:

a) attesa la sua qualità ed il suo grado di parentela con il defunto, non sia erede riservataria *ex lege*;

b) non sia beneficiaria di disposizioni testamentarie, avendo G. disposto del proprio patrimonio, in ultimo con gli atti oggetto di odierna impugnazione, ma prima di essi con il testamento pubblico del 2008 in forza del quale erede universale veniva nominato l'attore P.

c) come detto sopra, il testamento del 2008 non è stato oggetto di alcuna impugnazione, ed anzi - espressamente - parte attrice - chiede accertarsi e confermarsi la propria qualità di erede universale in forza di detto atto.

Ora, ciò ricordato, osservasi che la *legitimatō ad causam* - quale condizione dell'azione e come tale esaminabile anche *ex officio* - si risolve nell'identità del soggetto che esperisce (o contrasta) l'azione con quello cui la legge riconosce il potere di agire (o resistere) in giudizio in ordine ad un determinato rapporto giuridico (cfr. *ex multis*: Cass., 23.1.1982, n. 456; Cass., 15.3.1988, n. 2458).

Il controllo del giudice sulla sussistenza della *legitimatō ad causam*, nel duplice aspetto di legittimazione ad agire e contraddire, si risolve nell'accertare se, secondo la prospettazione del rapporto controverso data dall'attore, questi ed il convenuto assumano, rispettivamente, la veste di soggetto che ha il potere di chiedere la pronuncia giurisdizionale e di soggetto tenuto a subirla, con la conseguenza che qualora da tale controllo risulti che già secondo la prospettazione dell'attore, quest'ultimo ovvero il convenuto non possono identificarsi con il soggetto rispettivamente avente il diritto

o tenuto a subire la pronuncia giurisdizionale il giudice deve rigettare la domanda rispettivamente per difetto di legittimazione attiva o passiva, mentre ogni eccezione del convenuto attinente alla titolarità attiva o passiva del diritto fatto valere non può dar luogo ad una pronuncia sulla legittimazione, ma ad una decisione sul merito del rapporto controverso (ex multis: Cass., 4.2.1993, n. 1375; Cass., 22.11.2002, n. 16492).

La legittimazione attiva o passiva non va infatti confusa con la titolarità attiva o passiva del rapporto dedotto in giudizio; tale ultima questione, infatti, attiene esclusivamente al merito della controversia e, pertanto, non è rilevabile ex officio, ma solo ad istanza di parte.

Fatte tali dovute precisazioni - ma ricordato, in ogni caso, che effettivamente parte convenuta ha eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva - per quanto attiene alla fattispecie di causa, la questione può e deve effettivamente ricondursi nell'alveo delle problematiche inerenti la *legittimatio ad causam*.

Ciò atteso che, sulla base dell'esposizione dei fatti quale operata da parte attrice e dalla documentazione allegata a sostegno di tale esposizione, il soggetto passivo della pretesa debba individuarsi esclusivamente nella convenuta M., e non anche nei fratelli del *de cuius*.

Sia C., sia Ma. (quest'ultimo rimasto contumace), per le ragioni esplicitate sopra, ed in relazione alle domande formulate da parte attrice, non sono, infatti, soggetti tenuti a subire un'eventuale pronuncia che il Giudice dovesse adottare in favore di parte attrice, posto che se questo fosse il caso, una volta revocati gli atti oggetto dell'odierna impugnazione, comunque unico erede sarebbe il sig. in forza del testamento del 2008.

L'accoglimento della suesposta eccezione preliminare/pregiudiziale assorbe ogni altra questione relativamente al rapporto processuale tra l'attore e la convenuta C.

Nel merito, e per quanto riguarda il rapporto processuale tra l'attore e la convenuta, occorre, prima di procedere alla disamina dei dati acquisiti a seguito dell'istruttoria esperita nel presente giudizio, compiere alcuni rilievi preliminari in ordine:

- sia alla rilevanza dei dati probatori emersi all'esito del giudizio penale (giudizio in cui la convenuta era imputata del delitto di circonvensione di incapace, ed in cui l'odierno attore era costituito quale parte civile);
- sia alla ripartizione dei carichi probatori nell'ambito del presente giudizio.

#### Gli esiti del giudizio penale.

Posta e ricordata l'autonomia del presente Giudice nelle valutazioni che è chiamato a compiere in questa sede, rispetto agli esiti ed alle valutazioni compiute in sede penale, quanto al primo aspetto, va in ogni caso ricordato che parte attrice in ogni sua difesa (dall'atto introduttivo e sino alle memorie di replica), si è richiamata integralmente ai fatti ed all'istruttoria del giudizio penale ed ha allegato quali documenti sia la decisione di primo grado resa dal Tribunale di Savona (che ha giudicato la convenuta colpevole del reato ascritto), sia i verbali delle prove assunte in dibattimento e numerosi atti del procedimento penale posti in essere durante la fase delle indagini preliminari.

Tuttavia, occorre immediatamente precisare che la Corte di Appello di Genova, con decisione n. 973/17 ha integralmente riformato la decisione resa dal Giudice penale di primo grado, mandando così M. è stata assolta dal delitto di

circonvensione di incapace perché il fatto non sussiste, e rigettando le domande civili proposte dal sig. P.

Ora, ciò rilevato, sotto il profilo probatorio va ulteriormente precisato che per quanto attiene al valore della sentenza penale e degli accertamenti svolti in quella sede, *“il materiale probatorio raccolto nell'ambito di un procedimento penale può costituire fonte, anche esclusiva, del convincimento del giudice civile, ancorché sia mancato il vaglio critico del dibattimento perché il procedimento penale si è concluso con dichiarazione di estinzione del reato per amnistia (n.d.r.: circostanza questa non verificatasi nel caso di specie), senza che perciò sia violato il diritto di difesa della parte”* (Cass. n. 16592 del 2005; Cass. n. 6502 del 2001; Cass., 31.1.2013, n. 2168; Cass., 14.5.2014, n. 10599; nel merito, conformi si veda recentemente Trib. Brindisi, decr., 3.4.2017).

Se, dunque, occorre valutare con attenzione il materiale probatorio formatosi nel giudizio penale, non può in ogni caso non tenersi conto del fatto che la Corte di Appello di Genova (sulla base della medesima istruttoria e della medesima ricostruzione del fatto storico operata dal giudice penale di primo grado) è giunta a conclusioni diametralmente opposte rispetto a quelle cui è pervenuto il Tribunale penale di Savona, ed ha concluso che G., all'epoca degli atti dispositivi di cui qui si discute, non si trovava in uno stato di deficienza psichica.

Ora, occorre ancora ricordare che per la configurabilità del reato di circonvensione di incapace non è necessario fornire la prova che la persona offesa fosse incapace di intendere o di volere al momento del compimento dell'atto per essa pregiudizievole, ma è sufficiente che detta persona si trovasse in uno “stato di infermità o deficienza psichica”.

Pertanto, ai fini dell'assolvimento della prova circa uno stato di incapacità di intendere e di volere di G. al momento del compimento degli atti dispositivi *de quibus*, la decisione resa dalla Corte di Appello Penale di Genova rappresenta un primo indice negativo della sussistenza di esso.

Nel momento, infatti, in cui la Corte afferma che G. non si trovava in una condizione, che in una scala di valori è inferiore allo stato di incapacità di intendere o volere, viene data (di conseguenza) soluzione anche al quesito circa l'insussistenza di tale ultimo status.

La Corte di Appello nella decisione citata afferma esplicitamente: *“in definitiva, come del resto emerge dalla complessiva ricostruzione storica degli avvenimenti compiuta dal primo giudice, può tutt'al più riconoscersi che il fosse caratterizzato da una mutevolezza di intenti, che però non costituisce una deficienza psichica o una menomazione, ma solo un aspetto del carattere”* (cfr. p.6).

Tale affermazione ha indubbiamente rilievo anche nel presente giudizio, posto che come già sopra ricordato parte attrice ha richiesto l'annullamento degli atti dispositivi di cui si discute per l'asserita incapacità di intendere e volere del sig. G. e comunque la nullità degli stessi ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 643 c.p. e 1418 c.c.

Ciò posto che - come sopra accennato - la Corte di Appello ha accertato l'insussistenza di uno stato di infermità o deficienza psichica (ovvero di una situazione che è rispetto allo stato di incapacità naturale è un *minus*).

In ultimo, occorre precisare che la proposizione da parte dell'odierno attore del ricorso per la Cassazione della decisione resa dalla Corte di Appello (inammissibile, invece, il deposito del ricorso per la Cassazione da parte del convenuto Mario posto che quest'ultimo nel presente giudizio è rimasto contumace), nel presente giudizio non assume rilevanza. Ciò posto che - come noto - la decisione che l'odierno Col-

legio è chiamato ad emettere deve essere resa sulla base ed allo stato degli atti e del materiale probatorio acquisito a seguito di istruttoria, e non sulla scorta di tesi difensive propuginate.

#### La ripartizione dei carichi probatori nell'ambito del presente giudizio.

Occorre ricordare alcuni arresti consolidati in giurisprudenza, relativamente alla materia che qui occupa.

La Suprema Corte ha avuto più volte occasione di affermare i seguenti dicta:

*“per l’annullabilità di un testamento, ai sensi dell’art. 591 c.c., non basta la sussistenza di una qualsiasi infermità che turbi il processo di determinazione ed estrinsecazione della volontà, ma occorre che lo stato fisico-mentale del testatore sia tale da sopprimere del tutto l’attitudine a determinarsi liberamente e coscientemente”* (Cass., 23.12.2014, n. 27351; Cass., 8079/2005);

*“L’incapacità in questione deve avere caratteristiche tali da determinare, ove fosse stata abituale, la pronuncia di interdizione”* (Cass., 23.12.2014, n. 27351; Cass., 1444/2003);

*“Gli stati emotivi e passionali non sono sufficienti ad escludere la capacità di intendere e di volere”* (Cass., 23.12.2014, n. 27351; Cass., 1851/1980);

*“Poiché lo stato di capacità costituisce la regola e quello di incapacità l’eccezione, spetta a chi impugna il testamento dimostrare la dedotta incapacità, salvo che il testatore risulti affetto da incapacità totale permanente, nel qual caso spetta a chi vuole avvalersi del testamento dimostrare che esso fu redatto in un momento di lucido intervallo”* (Cass., 11.8.1982, n. 4561; Cass., 12.8.2010, n. 18640; Cass., 24.6.2011, n. 13898; Cass., 23.12.2014, n. 27351);

*“L’annullamento di un testamento per incapacità naturale del testatore postula l’esistenza non già di una semplice anomalia o alterazione delle facoltà psichiche ed intellettive del “de cuius”, bensì la prova che, a cagione di una infermità transitoria o permanente, ovvero di altra causa perturbatrice, il soggetto sia privo in modo assoluto, al momento della redazione dell’atto di ultima volontà, della coscienza dei propri atti ovvero della capacità di autodeterminarsi, con il conseguente onere, a carico di chi quello stato di incapacità assume, di provare che il testamento fu redatto in un momento di incapacità di intendere e di volere”* (Cass., 15.4.2010, n. 9081);

*“in tema di annullamento del testamento per incapacità naturale del testatore, costituisce onere, posto a carico di chi quello stato d’incapacità assume, provare che il testamento fu redatto in un momento d’incapacità di intendere e di volere del testatore, mentre, quando risulti lo stato di incapacità permanente di quest’ultimo, incombe a colui che faccia valere il testamento dimostrare che la redazione è avvenuta in un intervallo di lucidità”* (Cass., 6.5.2005, n. 9508)

Ciò posto, occorre ricordare che parte attrice, nelle proprie difese conclusive, ha sostenuto che il sig. G. versasse in uno stato di incapacità cronica e che, in quanto tale, spettava a parte convenuta dimostrare che gli atti dispositivi in questione erano stati effettuati in un intervallo di lucidità.

Tale tesi, tuttavia, non convince e risulta smentita da plurimi elementi.

Premettesi che parte attrice giunge all’affermazione suesposta esclusivamente sulla base delle dichiarazioni e dei rilievi resi dal dott. Ms in sede penale (in cui il sanitario era consulente del PM cfr. doc. 63 parte attrice).

Ciò posto, rilevasi:

i) che già la Corte di Appello Penale di Genova, nel non attribuire alcuna efficacia preminente ai rilievi del dott. Ms, ha

osservato in sede motiva come *“il consulente del PM ha visitato il mentre costui era in ospedale poco tempo prima del suo decesso, in epoca successiva al compimento degli atti asseritamente dannosi, essendo trascorsi circa tre anni dai fatti ...*

*...il consulente del PM ha accertato che il non era affetto da specifica forma di disturbo psichiatrico, ma presentava quella che ha definito un’deficienza psichica a seguito di particolare suggestionabilità e necessità di affidarsi a terzi...aldilà di ogni considerazione circa la portata di tale deficienza psichica, deve rilevarsi come manchi ogni argomentazione scientifica a sostegno dell’assunto secondo il quale tale menomazione sarebbe già sussistita nelle medesime forme e con le medesime conseguenze nel 2009 allorché il stipulò gli atti negoziali in questione”* (cfr. p.6 sentenza 937/17 App. Penale Genova);

ii) il dott. Ms non ha reso nell’ambito del presente giudizio alcuna dichiarazione testimoniale;

iii) ricordato quanto rilevato sopra in punto individuazione e contenuti del concetto di incapacità di intendere e volere, è pacifico e dimostrato in causa che il sig. G. in epoca ben successiva agli atti negoziali di cui si discute (ovvero nell’ottobre 2011), ed in un periodo in cui secondo il dott. Ms (e peraltro lo stesso attore) le condizioni di salute di G. si erano aggravate rispetto al pregresso, è stato visitato dal dott. Bu. - psichiatra del CSM di Albenga - al fine di valutare se sussistessero gli estremi della misura di tutela rappresentata dall’interdizione. Detto sanitario ha escluso che fossero presenti, ritenendo sufficiente ed adeguata per la persona di G. la misura rappresentata dall’amministrazione di sostegno;

iv) il teste Pi. (medico ematologo) ha precisato di conoscere da molto tempo il sig. G.; di aver redatto certificazione attestante la piena capacità di intendere e di volere del sig. G. dopo aver somministrato dei test verbali su: eloquio, coerenza dello stesso; orientamento; capacità mnestiche; il tutto in epoca di poco antecedente alla stipulazione degli atti dispositivi *de quibus*.

v) la testimonianza del dott. Pi. è inoltre importante perché chiarisce che il si recava presso il suo studio da solo ed in via autonoma, e con la precisa volontà di ottenere la certificazione di cui sopra perché *“doveva recarsi da un notaio ed esibirla al notaio”* (cfr. testimonianza Pi.) - circostanza questa è in ogni caso rappresentativa di coscienza e volontà da parte del *de cuius* che, consapevole di andare a compiere atti notarili, si premurava di accertarsi di essere nelle condizioni fisio-psichiche per poterli effettuare;

vi) si consenta inoltre, di rilevare quanto alla testimonianza resa dal dott. Pi. che, se pure egli non sia specializzato in psichiatria, ha dichiarato che G. era stato suo paziente per lungo tempo e che per tale motivo lo conosceva bene. Conseguentemente - ricordato in ogni caso che il supposto stato di incapacità deve essere riconoscibile da terzi - l’eventuale carenza in capo al sanitario di conoscenze specialistiche in psichiatria, viene ad essere *“compensata”* ai fini dell’indagine che qui deve compiersi, da un’approfondita conoscenza della persona, che, quindi, avrebbe consentito al dott. Pi. quantomeno di notare comportamenti del anomali o uno stato di salute non conforme ed inferiore a quello abituale;

vii) la testimonianza del notaio V. ha consentito di accertare che al momento della stipulazione degli atti impugnati non vi fosse alcun elemento esteriore tale da far dubitare il professionista sulla capacità di G. Anche da tale testimonianza quindi viene escluso ogni elemento di percepibilità da parte di terzi di eventuali stati di incapacità;

viii) le altre testimonianze acquisite nel corso dell’istruttoria del presente giudizio se valutate nel loro complesso, mo-



strano comunque l'immagine di un uomo che seppur umorale era in grado di compiere atti quali investimenti e risparmi; valutare la convenienza di dismissioni di cointestazioni di strumenti di risparmio postale e disporre per nuove cointestazioni, e ciò con riferimento ad un arco temporale ampio e successivo anche al 2009 (teste); contrarre polizze assicurative (testi); valutare la convenienza o meno di inserimento in strutture sanitarie (teste); richiedere ai Servizi Sociali del Comune di appartenenza l'erogazione di prestazioni di assistenza (teste); effettuare, in un'epoca temporale caratterizzata dall'aggravarsi del proprio stato di salute, colloqui coerenti con l'AdS nominato (teste); ix) oltre ai dati acquisiti nel corso dell'istruttoria vi è infine, un argomento logico che deve essere attentamente valutato. Parte attrice ha richiesto specificamente nelle proprie conclusioni di accertarsi la propria qualità di erede universale di G. in forza di testamento redatto nel settembre 2008.

Ora tale domanda presuppone logicamente e necessariamente che lo stesso attore attribuisca al sig. G. quantomeno sino al settembre 2008 uno stato di piena capacità di intendere e di volere.

È evidente, pertanto, che le stesse domande azionate da parte attrice confliggano con la tesi propugnata secondo cui il sig. G. versasse in uno stato di incapacità cronica e permanente, atteso che quantomeno - e secondo lo stesso attore -, sino al settembre 2008 lo stesso doveva ritenersi pienamente capace. Da quanto sopra consegue che spettava a parte attrice l'onere di dimostrare che il defunto G. all'epoca in cui furono compiuti gli atti dispositivi in oggi impugnati (novembre 2009) versasse in uno stato di incapacità.

Tale prova, all'esito dell'istruttoria esperita, non è stata raggiunta.

A tale proposito, osservasi preliminarmente che non sussistono ragioni e/o circostanze sopravvenute (né per vero risultano dedotte da parte attrice) che impongano o quantomeno rendano opportuna una modifica dei provvedimenti istruttori assunti in corso di giudizio che (anche) in questa sede vanno, dunque, confermati.

Ancora preliminarmente ricordasi, sulla scorta della giurisprudenza di legittimità sopra citata, il contenuto della prova che parte attrice era chiamata a fornire, ovvero: la sussistenza in capo a G.

- non di una qualsiasi infermità che turbi il processo di determinazione ed estrinsecazione della volontà, ma di uno stato fisico-mentale tale da sopprimere del tutto l'attitudine a determinarsi liberamente e coscientemente
- di un'incapacità con caratteristiche tali da determinare, ove fosse stata abituale, la pronuncia di interdizione con l'ulteriore precisazione che
- stati emotivi e passionali non sono sufficienti ad escludere la capacità di intendere e di volere temporalmente, poi, tale prova deve essere collocata al momento del compimento dell'atto dispositivo, non avendo rilevanza - sotto il profilo della validità dell'atto - il fatto che il disponente possa avere cambiato intendimento in epoche successive.

Ciò ricordato, molti dei rilievi espressi sopra circa i dati che emergono a seguito di istruttoria vanno qui utilmente richiamati.

In buona sostanza dalla pluralità dei testi escussi nel presente giudizio, e dalle dichiarazioni testimoniali rese, non emerge in alcun modo né che il sig. G. fosse incapace al momento della stipulazione degli atti dispositivi per cui è causa, né l'esistenza di condotte di circonvenzione poste in essere in suo danno da parte della convenuta.

Oltre a quanto rilevato sopra, è da notarsi - ad esempio - la testimonianza resa dal notaio V. (professionista incaricato di rogare gli atti) che afferma con riferimento al momento della stipulazione dell'atto "*dal contatto personale e dal contenuto degli atti che mi veniva richiesto di redigere (donazione con riserva di usufrutto) non ho ritenuto di richiedere certificazioni relative alla sua capacità (n.d.r.: di G.)*".

In effetti l'atto donativo in questione, per il suo contenuto, consentiva in ogni caso di "salvaguardare" in favore di G. sia il godimento dell'abitazione finché egli fosse rimasto in vita, sia (quantomeno alcune) delle facoltà di disposizione relative all'immobile.

Tutti gli altri testi escussi non sono stati in grado di riferire circostanze relative ad epoche coincidenti con la data di stipulazione degli atti, ma in ogni caso per quanto riguarda i momenti più prossimi ad esse si osservi:

il teste P. (sul cui valore ed attendibilità delle dichiarazioni si è già detto sopra) ha dichiarato di aver redatto, dopo aver visitato G., che lo stesso doveva ritenersi capace di intendere e di volere;

il teste F. (assicuratore) ha dichiarato che "*G. è stato cliente della mia agenzia....ho scoperto solo in epoca successiva ed in occasione del procedimento penale che lo stesso era analfabeta...quando si è trattato di discutere con il i termini della polizza RCA insieme al vi erano i signori e R. ricordo che mi venne detto da loro di «trattarlo bene e mettergli dei massimali adeguati»*".

Ora da tale dichiarazione possono inferirsi due elementi: a) che la condizione di analfabetismo di G. in ogni caso non era un limite particolare allo stesso e/o comunque non rappresentava una sensibile deficienza delle sue capacità, tale e tanta da essere percepita da terzi estranei; b) che la condotta della, quantomeno in detto contesto, era di ausilio al G.

Anche per quanto riguarda momenti ben successivi agli atti dispositivi, e più prossimi agli ultimi mesi di vita di G. (testi) emerge che:

G. era consapevole degli effetti dei propri atti tanto da esserne forse pentito (teste);

G., in ogni caso, non espresse nulla di specifico circa la volontà di revocare le disposizioni donative e testamentarie (teste); G. non espresse mai il fatto di essere stato influenzato nella sua volontà di testare (teste).

In buona sostanza, quindi, le prove orali assunte in questo giudizio delineano una figura - quella di G. - i cui tratti caratteriali erano propri di una persona che sovente mutava le proprie opinioni.

A tal fine, basti pensare al rapporto, prima assiduo e costante, con l'attore e poi interrotto repentinamente senza apparenti motivazioni.

A questo rapporto seguiva senza soluzione di continuità, quello con la convenuta ed i famigliari di lei; rapporto caratterizzato dalla medesima assiduità ed interrotto altrettanto repentinamente.

Al cessare di quest'ultimo, la ripresa dei rapporti con il G. In tal senso, la Corte di Appello Penale di Genova, valutando i medesimi fatti e la medesima ricostruzione di essi effettuata dal Giudice penale di primo Grado, parla di "*mutevolezza di intenti*", e le prove acquisite nel corso del presente giudizio non fanno che confermare (per tutte le ragioni espresse sopra) tale valutazione.

Tuttavia, il cambiamento di opinione del - che, però si sottolinea, nonostante apparenti lamentele, non si è mai tradotto in una revoca degli atti dispositivi - se può essere ricondotto nell'alveo di un tale aspetto caratteriale, non deve

scambiarsi (secondo l'insegnamento della Suprema Corte che non attribuisce rilievo a stati emotivi) per uno stato di incapacità naturale.

Qualche parola, infine, è bene spenderla anche con riferimento ai fatti inerenti l'incidente stradale in cui è stato coinvolto il e alla relativa pratica assicurativa di risarcimento che ne è conseguita.

Parte attrice, infatti, ha speso molte argomentazioni e ha articolato corposa istruttoria in ordine a queste circostanze al fine di sostenere e dimostrare una condotta di circonvenzione da parte della convenuta.

Ebbene, dall'istruttoria non è - come si è già detto sopra - emersa alcuna specifica ed effettiva circostanza tale da ritenere provata detta condotta.

Anzi se del caso, è emerso che la convenuta ha semplicemente messo in contatto il sig. G. sia con altro assicuratore sia con altro professionista legale per la gestione della pratica relativa all'incidente stradale senza poi interferire con l'operato di questi professionisti, ed in ogni caso ha specificamente richiesto che il sig. G. venisse "trattato bene" dall'assicuratore.

Sulla scorta di tutto quanto sopra, dunque, la domanda di parte attrice non appare provata e pertanto va rigettata.

Al rigetto delle domande attoree consegue, ex art. 2688 c.c., l'emissione dell'ordine di cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale effettuata da parte attrice.

Le spese del presente giudizio seguono la soccombenza, e vengono allocate e liquidate come nel dispositivo che segue, in applicazione dei parametri di cui al DM 55/2014, tenuto conto: sia del valore indeterminabile, sia della complessità media della presente controversia, sia del fatto che entrambi in convenuti costituiti hanno svolto limitata attività nelle fasi introduttive del presente giudizio, e considerato, quanto al rapporto processuale tra parte attrice e la convenuta C., che l'odierno giudizio è stato definito esclusivamente sulla base di una questione preliminare/pregiudiziale.

#### P.Q.M.

Il Tribunale, in composizione Collegiale, definitivamente pronunciando,

ogni altra domanda, eccezione ed istanza rigettata;

quanto al rapporto processuale tra l'attore e la convenuta C., in accoglimento dell'eccezione pregiudiziale, dichiara il difetto di *legitimitas ad causam* di C., e conseguentemente rigetta le domande di parte attrice;

- quanto al rapporto processuale tra l'attore e la convenuta, rigetta nel merito ogni domanda attorea poiché non provata.

- ordina al Conservatore dei Pubblici Registri Immobiliari dell'Ufficio del Territorio di cancellare la trascrizione della domanda giudiziale 3-8-2015 Tribunale di Savona effettuata il 30-6-2016;

(... *Omissis*...)

# Massime

Tribunale di Genova, sez. VI., civ., 14 marzo 2018, n. 756 - Giudice Unico Mauceri - V.O. s.a.s. (Avv. Lanero) c. F. e c. F. (Avv. Vignolo).

**APPALTO - corrispettivo dell'appaltatore - determinazione rimessa al CTU - diversa pretesa dell'appaltatore - prova - necessità.**

*In base agli oneri probatori in materia di appalto, è l'appaltatore che deve provare di avere diritto ad un corrispettivo maggiore rispetto a quello minimo che gli può essere liquidato a seguito di indagine peritale di un CTU volta alla quantificazione del medesimo. In mancanza dovrà ritenersi applicabile il compenso più basso tra quelli proposti dal CTU in base alla tabella di settore.*

A.C.

Tribunale Regionale delle Acque Pubbliche presso la Corte d'Appello di Torino, 19 settembre 2017, n. 2020 - Pres. Grimaldi - Rel. Rapelli - D.d.T. S.r.l. (Avv. Brea e Conti) c. Comune (Avv. Pessagno e Carassale) e c. C. (Avv. Debernardi) e c. R.F.I. S.p.a. (Avv. Quaranta e Crispo).

**COMPETENZA civile - manutenzione dei rivi - deroga alla competenza ordinaria - richiesta di manutenzione e messa in sicurezza - preventiva mappatura - prova del pericolo - necessità.**

(Ar. 1227 c.c. - art. 164, 183, co. 6, n. 2 c.p.c. - 210 - 696 c.p.c. - r.d. 11.12.1933 n. 8677 - r.d. 523/1904)

*In materia di risarcimento danni conseguenti alla mancata manutenzione ordinaria e straordinaria dei rivi, delle tombature e delle strutture idrauliche, è competente il Tribunale delle Acque.*

*È inammissibile la domanda volta a condannare un Ente ad effettuare interventi di ripristino e manutenzione necessari alla messa in sicurezza dei rivi e delle relative tombature in quanto presupporrebbe una preventiva e dettagliata verifica tecnica del bacino dei rivi, della rilevanza delle relative occlusioni che si verificano a monte della tombatura ed in area esterna rispetto alle relative proprietà ed infine della concreta ed effettiva utilità e fattibilità dell'intervento.*

*È inammissibile la domanda di risarcimento dei danni proposta in modo generico se, anche in caso di riassunzione a seguito di incompetenza dichiarata del giudice primariamente adito, non viene colmata la lacuna.*

(Cass. S.U. 01/04/1976 n. 1394 - Cass. S.U. 17/07/1992 n. 8677 - Cass. S.U. 17.10.1988 n. 5625).

F.A.D.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 21 febbraio 2018, n. 537 - Giudice Unico Dragotto - Condominio X. (Avv. Ruggiero) c. R. (Avv. Farina) e c. Cooperativa Y (Avv. Salvadori).

**COMUNIONE e condominio - azione per violazione del regolamento - legittimazione attiva - amministratore di condominio - sussistenza.**

(Ar. 1130, 1131 c. 1 c.c.)

**COMUNIONE e condominio - regolamento di condominio - natura contrattuale - sussistenza - condizioni.**

(Art. 1138 c.c.)

**COMUNIONE e condominio - regolamento di condominio - divieto di adibire le unità immobiliari ad alloggi e pensioni di qualsiasi genere - alloggio per richiedenti asilo - violazione del divieto - sussistenza.**

(Art. 1138 c.c.)

*In virtù dei poteri riconosciuti dagli artt. 1130 e 1131 c. 1 c.c., l'amministratore di condominio può promuovere una lite senza autorizzazione assembleare al fine di ottenere il rispetto del regolamento di condominio, in quanto curare l'osservanza di tale regolamento è compito precipuo dell'amministratore, a lui affidato dall'art. 1130 n. 1) c.c.; l'apposita autorizzazione assembleare occorre infatti solo per le liti attive e passive esorbitanti dalle competenze dell'amministratore stesso.*

*Il regolamento di condominio predisposto dall'originario costruttore del fabbricato, depositato presso un notaio, registrato e trascritto, nonché richiamato negli atti di assegnazione e poi di compravendita delle unità immobiliari ha senza dubbio natura contrattuale.*

*L'uso di un'unità immobiliare quale alloggio per richiedenti asilo viola il regolamento di condominio che preveda una limitazione d'uso imponendo di non adibire le unità immobiliari a case di alloggio e pensioni di qualsiasi genere, essendo evidente che la ratio del divieto è assicurare, oltreché una maggiore tranquillità, anche una certa limitazione numerica e qualitativa delle persone circolanti nell'edificio, anche ai fini di sicurezza, laddove l'uso di casa di alloggio impedisce proprio che sia assicurata quella stabilità degli occupanti che è alla base del divieto in questione; né rileva che gli ospiti siano persone identificate, tali essendo senza dubbio anche i clienti di una pensione.*

F.BART.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 14 marzo 2018, n. 757 - Giudice Unico Lippi - P. (Avv. Benvegnù) c. B.C. S.p.a. (Avv. Casinelli).

**CONTRATTI bancari - fideiussione per obbligazione futura - difficoltà delle condizioni patrimoniali del debitore - conoscenza del creditore - obbligo del fideiussore di informarsi autonomamente - liberazione del fideiussore - inammissibilità.**

(Art. 1956 c.c.)

**CONTRATTI bancari - nullità di clausole contrattuali - azione di accertamento negativo - ammissibilità anche a conto corrente aperto - mancata allegazione e prova di pagamenti - irrilevanza - qualificazione come ripetizione dell'indebito - irrilevanza.**

(Art. 2033 c.c.)

**CONTRATTI bancari - rilevazione dell'usura - istruzioni Banca d'Italia su criteri di calcolo e algoritmo - natura di norme tecniche uniformi - necessità di conformarsi - calcoli effettuati su formule differenti - inammissibilità.**

(Art. 644 c.p. - Art. 2 Legge 108/1996)

*Nella fideiussione per obbligazione futura qualora il creditore, senza speciale autorizzazione del fideiussore, abbia fatto credito al terzo pur conoscendo le sue difficili condizioni patrimoniali, non vi è liberazione del fideiussore che, alla stipula del contratto, abbia sottoscritto la clausola relativa all'obbligo di informarsi sull'andamento del rapporto garantito.*

(Conf.: Trib. Napoli n. 5783/2013)

*Anche a conto corrente ancora aperto il cliente ha titolo e interesse a proporre azione di accertamento negativo volta a ottenere la dichiarazione di nullità della clausole contrattuali e l'accertamento delle somme addebitate dalla banca sulla base della clausola nulla. L'azione deve intendersi proposta ed è quindi decidibile nel merito, nonostante la mancata allegazione e prova di pagamenti, ogni qualvolta il cliente, pur dichiarando di agire in ripetizione di indebito, abbia chiesto espressamente l'accertamento della nullità delle clausole e delle somme indebitamente annotate e il relativo storno, con ricalcolo del dare-avere.*

*Le istruzioni della Banca d'Italia in materia di rilevazione del Tasso Effettivo Globale, oltre a rispondere alla elementare esigenza logica e metodologica di omogeneità dei dati, hanno anche natura di norme tecniche autorizzate, con la conseguenza che non può tenersi conto di calcoli effettuati sulla base di formule differenti. Per l'algoritmo da impiegare nella verifica del rispetto dell'art. 644 c.p. evitando l'impiego di criteri e formule che, pur coerenti e tecnicamente corrette, risulterebbero affidate all'arbitrio del tecnico, appare opportuno riferirsi ai criteri e alla formula che la Banca d'Italia ha stabilito.*

A.BEE.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 20 luglio 2018 - Giudice Unico Russo - M. S.P.A. (Avv. Durelli) c. F. S.P.A. (Avv. Casinelli).

**CONTRATTI e obbligazioni della pubblica amministrazione - domande di contributi a fondo perduto - giurisdizione giudice civile - sussiste.**

**CONTRATTI e obbligazioni della pubblica amministrazione - domande di contributi a fondo perduto - inadempimento - quietanza di pagamento - revoca - illegittimità.**

*È competente il giudice ordinario a conoscere della controversia avente ad oggetto la revoca di una pubblica sovvenzione per inadempimento del beneficiario nella fase esecutiva del rapporto, la quale, non involgendo valutazioni discrezionali da parte della P.A. di ragioni di pubblico interesse, è relativa ad un diritto soggettivo del beneficiario.*

(Conforme Cass., sez. un., ord. n. 15941/2014).

*La semplice presentazione di documenti di spesa diversi dalle fatture non è prevista come ipotesi di revoca dell'agevolazione. Né è sostenibile che questa formale divergenza possa integrare l'ipotesi di grave inadempimento, proprio in quanto afferisce ad un aspetto formale e non sostanziale (come sarebbe stato, ad esempio, in caso di fatturazioni false, fatture "gonfiate", pagamenti fittizi, ecc.).*

(Conformi: Consiglio di Stato, n. 1362/2009 e Consiglio di Stato, n. 2872/2009)

M.CH.

Tribunale di Savona, 4 agosto 2017 - Giudice Unico Princiotta - L. (Avv. Buzio) c. R. (Avv. Rissone).

**CONTRATTO in genere - contratto di locazione - inadempimento da parte del conduttore - procedimento pendente per il recupero dei canoni locatizi - successiva sentenza ex art. 2932 c.c. di trasferimento dell'immobile al conduttore - natura costitutiva - efficacia ex nunc - sussiste - provvisoria esecutività ex art. 282 c.p.c. - non sussiste.**

(Art. 2032 c.c.)

*La sentenza di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto di compravendita di un immobile ha natura costitutiva e,*

*pertanto, produce effetti dal passaggio in giudicato, momento che determina la contemporanea acquisizione dell'immobile al patrimonio del promissario acquirente.*

*Qualora, in pendenza di un giudizio concernente i canoni di locazione rimasti inadempiti, sopravvenga, all'esito di un diverso procedimento tra le stesse parti, una sentenza ex art. 2932 c.c., di trasferimento dell'immobile al conduttore, quest'ultimo resta comunque obbligato a corrispondere al locatore i canoni non versati fino al passaggio in giudicato della decisione, stante la sua natura costitutiva con effetti ex nunc, senza che, in quanto tale, possa essere connotata da provvisoria esecutività ex art. 282 c.p.c., se non limitatamente ai capi decisori che si collocano in rapporto di stretta dipendenza con quelli costitutivi relativi alla modificazione giuridica sostanziale.*

(Conf.: Cass. Sez. Unite, 22 febbraio 2010, n. 4059; Cass. Sez. III civile, 12 giugno 2015, n. 12236)

SO.C.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 20 marzo 2018, n. 825 - Giudice Unico Parentini - D. (Avv. Misurale e Tamagno) c. Banca X (Avv. Rivellini).

**CONTRATTO in genere - conto corrente - apertura di credito - cliente ditta individuale - disciplina protettiva del consumatore - inapplicabilità.**

(Art. 3, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206; art. 1842 c.c.)

**CONTRATTO in genere - apertura di credito - revoca del fido - termine minimo per l'operatività del recesso - illegittimità per mancato rispetto del preavviso - insussistenza - fattispecie.**

(Artt. 1845 e 1187 c.c.)

**CONTRATTO in genere - apertura di credito - revoca del fido - arbitrarietà della revoca - insussistenza.**

(Artt. 1854, 1375 e 2740 c.c.)

*La persona fisica che sottoscrive i contratti di conto corrente e di apertura di credito come titolare dell'omonima impresa individuale non agisce per scopi estranei all'attività professionale svolta, di talché non può trovare applicazione la clausola delle condizioni generali di contratto che regola la revoca dell'affidamento per l'ipotesi in cui l'affidatario sia un consumatore.*

*Poiché il termine minimo per l'operatività del recesso dell'istituto di credito ex art. 1845 c.c., da ricondurre all'art. 1187 c.c. - termine a favore del debitore - ha carattere dilatorio, essendo previsto dalla legge a favore del debitore accreditato, onde metterlo in condizione di reperire la somma necessaria per ripianare la propria esposizione verso l'istituto, con la conseguenza che prima della scadenza il credito non è esigibile, tale termine va computato a norma dell'art. 2963 c.c., che esprime un principio generale dell'ordinamento secondo cui la scadenza dei termini nei giorni festivi si intende prorogata al primo giorno non festivo, dovendo le norme disponenti decadenze essere interpretate in senso favorevole al soggetto onerato. (Nella specie, il Giudice, così interpretando le disposizioni relative ai termini, ha ritenuto che la comunicazione di revoca del fido con la quale la banca intimava di provvedere alla copertura della posizione debitoria «entro e non oltre tre giorni dalla data della presente», ricevuta un giorno prima che la pretesa divenisse esigibile, non violasse la clausola pattuita nel contratto di conto corrente, che contemplava un «preavviso non inferiore a un giorno»).*

*In presenza di significativi elementi indiziari di una sopravvenuta incapacità patrimoniale del debitore, quali uno sconfinamento dai limiti del fido - già di per sé indicativo di un'attuale incapienza patrimoniale -, di una segnalazione di sconfinamento effettuata in Centrale da altro istituto di credito e della costituzione di un fondo patrimoniale su tutti gli im-*

*mobili di proprietà del debitore - la quale assottiglia notevolmente la garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 c.c., giacché per l'istituto di credito risulterebbe maggiormente difficile procedere alla soddisfazione coattiva del credito, dovendo promuovere azione revocatoria -, e in mancanza della prova della sufficiente attuale capienza del patrimonio del debitore, la revoca del fido non pare assumere i connotati di imprevedibilità ed arbitrarietà tali da renderla contraria al dovere di buona fede contrattuale.*

F.BART.

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 19 aprile 2018, n. 693 - Pres. Veglia - Est. Dari - Banca SpA (Avv. Villani) c. S. (Avv. Gallo e Bonacchi).

**CONTRATTO in genere - contratto di finanziamento - pretesa restituzione delle somme finanziate - prova del credito - necessità.**

*È onere del creditore che pretende la restituzione delle somme erogate dimostrare non solo l'esistenza del contratto di finanziamento ma anche l'avvenuta erogazione delle somme. Non è sufficiente ad integrare tale prova la produzione da parte dell'istituto di credito dell'originale delle ricevute bancarie di per se inidonee a dimostrare l'effettiva anticipazione delle somme oggetto di finanziamento.*

*La prescrizione per estinzione va provata dalla parte che eccepisce l'eccezione in giudizio.*

(Cass., n. 16850/2017; Cass., n. 18447/2007; Cass., n. 9848/2012; Cass., n. 19095/2007)

F.AD.

Tribunale di Savona, 13 agosto 2018 - Giudice Unico Princiotta - E. (Avv. Verona e Di Salvatore) c. E. S.r.l. (Avv. Geddo) e c. A. S.r.l. (Avv. Cataldo e Taramasso).

**CONTRATTO in genere - contratto preliminare di immobile - domanda di adempimento - modificazione della domanda in risoluzione - ammissibilità - caparra confirmatoria - esaustività.**

(Artt. 1385, 1453 e 2932 c.c.)

*La parte non inadempiente di un contratto preliminare, che agisca per la sua esecuzione, può chiedere, in sostituzione dell'originaria pretesa, il recesso dal contratto, senza incorrere nelle preclusioni relative alla nuova domanda, perché tale modificazione dell'originaria istanza costituisce il legittimo esercizio di un perdurante diritto di recesso rispetto alla domanda di adempimento. L'attore ha il diritto di ottenere la condanna di controparte al pagamento del doppio della caparra versata, ma non il rimborso di quanto versato a titolo di acconto prezzo ed il risarcimento di ulteriori danni, neppure sotto forma di rivalutazione monetaria, dovendosi seguire il criterio di automatica liquidazione del danno previsto dall'art. 1385 c.c.*

F. BART.

Tribunale di Genova, sez. I., civ., 5 marzo 2018, n. 646 - Giudice Unico Calcagno - soc. srl. (Avv. Bilanci e Greco) c. Aut. Sist. Portuale Genova (Avv. Valle e Busnelli).

**DEMANIO - canone - contestazione - competenza del giudice ordinario - sussiste - opere sul demanio - concessione edilizia e autorizzazione demaniale - necessità.**

*La giurisdizione sulle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi afferenti a rapporti di concessione di beni pubblici rientrano nell'ambito della generale giurisdizione del giudice ordinario se hanno*

*contenuto meramente patrimoniale o comunque non si coinvolga l'esercizio di poteri autoritativi.*

*Deve ritenersi in base all'art. 24 del codice della navigazione che qualsiasi variazione al contenuto di una concessione attuata mediante interventi su suolo demaniale, deve essere oggetto di espressa autorizzazione ed il rilascio di tale autorizzazione ha una valenza autonoma e separata rispetto ai titoli edilizi. Infatti, in assenza di autorizzazione demaniale qualsiasi variazione anche minima rispetto all'atto di concessione, a prescindere dalla validità urbanistica, rende l'opera comunque abusiva e passibile di indennizzo. Questo perché l'abilitazione urbanistico-edilizia e quella demaniale sono rivolte alla tutela di interessi pubblici differenti.*

(Conformi: Tar Liguria, 2 dicembre 2014, n. 1768; Cons. Stato sez. VI, 24 novembre 2016, n. 4951; Cons. Stato sez. VI, 15 ottobre 2013, n. 5013)

V.K.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 2 marzo 2018, n. 641 - Giudice Unico Cannata.

**DISTANZE legali - distanze minime fra nuove costruzioni ex DM 1444/1968 - ambito di applicazione - zone territoriali omogenee diverse dai centri storici - ratio - interesse pubblico all'igiene sicurezza e decoro dei conglomerati - rango della normativa - primario - prevalenza sui normative locali che prevedano distanze inferiori.**

(Art. 41-quinquies, Legge 1150/1942 - Art. 9, c. 2, D.M. 1444/1968)

**DISTANZE legali - rapporto fra norme regolamentari e codice civile - criterio dello scopo della norma regolamentare - conseguenze - riduzione in pristino - risarcimento per equivalente.**

(Artt. 873 ss. c.c.)

*L'art. 9 del Decreto Ministeriale n. 1444 del 02.04.1968 individua distanze minime tra fabbricati e stabilisce che per i nuovi edifici ricadenti in zone diverse dalla zona A, centro storico, è prescritta in tutti i casi la distanza minima assoluta di m 10 tra pareti finestrate e pareti di edifici antistanti. Per i centri storici la norma si limita a prescrivere che la distanza non sia inferiore a quella intercorrente fra i volumi edificati preesistenti.*

*La norma è preordinata alla tutela dell'interesse pubblico all'igiene, alla sicurezza e a decoro della collettività, atteso che il rispetto della distanza minima è necessario per impedire la formazione di intercapedini nocive sotto il profilo igienico-sanitario.*

*IL D.M. 1444/1968, essendo stato emanato su delega dell'art. 41 quinquies della Legge Urbanistica, ha efficacia di legge dello Stato, sicché le sue disposizioni prevalgono sulle contrastanti previsioni dei regolamenti locali successivi, ai quali si sostituiscono per inserzione automatica. Tuttavia, se ai Comuni è inibita la possibilità di prevedere distanze inferiori rispetto a quella del D.M., ove le norme regolamentari prescrivano una distanza maggiore di quella minima di 10 metri, questa può essere applicata.*

*Nell'ambito dei regolamenti locali, il carattere di norma integrativa rispetto alla disciplina dettata dal codice civile, comportante la facoltà di ottenere la riduzione in pristino, resta individuato dallo scopo della norma regolamentare, con la conseguenza che la stessa è integrativa se è dettata nelle materie disciplinate dagli artt. 873 e ss. cod.civ. e tende a completare, sia pure nel pubblico interesse di un ordinato assetto urbanistico, la disciplina dei rapporti intersoggettivi di vicinato, mentre non è integrativa se ha come scopo principale la tutela di interessi generali, urbanistici, quali la limitazione del volume, dell'altezza, della densità degli edifici e simili. In quest'ultimo caso il privato non può ot-*

tenere il risarcimento mediante riduzione in pristino bensì solo il risarcimento del danno per equivalente.

(Conf.: Cass. n. 10615/1990)

A.BEE.

Tribunale Della Spezia, ord. 20 giugno 2018 - Giudice Unico Sebastiani.

**DIVORZIO - nuove nozze - assegno divorzile - decadenza automatica dal diritto - indebito oggettivo - sussiste.**

(Art. 2033 c.c.; art. 5, co. 10, L. n. 898/1970)

L'obbligo di corresponsione dell'assegno divorzile cessa nel momento in cui l'ex coniuge, al quale deve essere corrisposto, passa a nuove nozze per cui, da tale momento, decade dal diritto di riceverlo. La decadenza dal diritto di ricevere l'assegno opera automaticamente; tutte le somme percepite dall'ex coniuge a titolo di assegno divorzile dalla data del nuovo matrimonio dovranno essere restituite, costituendo oggetto di indebito oggettivo ex art. 2033 c.c.

(SS. UU. Cass. 5624/2009 - Cass. Civ. 30257/2017 - Cass. Civ. 6855/2015).

F.A.D.

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 23 novembre 2018, n. 111 - Pres. Sanna - Rel. Caiazzo - X S.r.l. (Avv. Pasquini) c. Fall. X S.r.l. (Curatore).

**FALLIMENTO - reclamo avverso la sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 162 I. fall. - declaratoria di inammissibilità della domanda di concordato - effetto devolutivo del reclamo sussiste.**

Il reclamo proposto dal debitore avverso la sentenza dichiarativa di fallimento che faccia seguito alla previa declaratoria di inammissibilità della domanda di concordato, ha effetto devolutivo pieno.

Il giudice del reclamo è, quindi, investito della cognizione circa la sussistenza dei presupposti per l'adozione del decreto di ammissione al concordato preventivo.

ANDREA FUSARO

Tribunale di Genova, sez. IV civ., 14 giugno 2018 - Pres. Mazza Galanti - Rel. Cresta.

**FILIAZIONE - dichiarazione giudiziale di paternità - affidamento super esclusivo - regime di frequentazione - contributo al mantenimento.**

**FILIAZIONE - dichiarazione giudiziale di paternità - rimborso pro quota spese sostenute - mantenimento - prescrizione - decorrenza - presunzione - valutazione equitativa del danno - rivalutazione monetaria.**

**FILIAZIONE - dichiarazione giudiziale di paternità - risarcimento danno non patrimoniale - prescrizione.**

In considerazione delle condizioni di assoluta latitanza del convenuto dalla vita della figlia corrisponde maggiormente al suo interesse che prosegua la sola madre, che lo ha fatto per ben 16 anni, a prendersene cura in via esclusiva. In considerazione dell'età oramai raggiunta e delle peculiari condizioni del caso, va lasciata al previo consenso della figlia ogni decisione in merito agli incontri con il padre.

Con riferimento al contributo economico da porre a carico dei genitori per il mantenimento dei figli, in applicazione dei criteri previsti dall'art. 316 bis c.c., nel quale è stabilito che entrambi i

genitori devono adempiere i loro obblighi nei confronti dei figli in proporzione delle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo, è necessario determinare la condizione reddituale e patrimoniale delle parti. È inoltre necessario. Si ritiene - in conformità con la giurisprudenza più recente della Corte Suprema - che essendo entrambi i genitori obbligati al mantenimento ed all'educazione del figlio, nel caso in cui al mantenimento abbia provveduto uno solo dei genitori, a lui spetta il diritto di agire in regresso per il recupero della quota del genitore inadempiente in tutto il periodo decorrente dalla nascita del figlio secondo le regole valide tra condebitori solidali. A tal fine dovrà quantomeno dimostrare di avere tenuto presso di sé il figlio, provvedendo a tutte le sue esigenze. Nel caso di convivenza del figlio con entrambi i genitori, si presume - salvo prova contraria - che entrambi abbiano partecipato, in proporzione alle rispettive sostanze, alle spese sostenute per il mantenimento del figlio. Il diritto a favore del genitore che ha provveduto al mantenimento del figlio fin dalla nascita, ancorché trovi titolo nell'obbligazione legale di mantenimento imputabile anche all'altro genitore, ha natura in senso lato indennitaria. Ne consegue che il giudice di merito, ove l'importo non sia altrimenti quantificabile, provvede, per le somme dovute dalla nascita fino alla pronuncia, secondo equità. Detto importo comprende altresì la rivalutazione monetaria e gli interessi legali medio tempore maturati.

La privazione della figura paterna e del rapporto genitoriale a causa del comportamento colposo del padre, consapevole della possibile relazione parentale sin dalla nascita della figlia, configura un danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. La liquidazione di siffatto danno non patrimoniale, attesa la natura ed in mancanza di strumenti di calcolo ad hoc, non può che essere equitativa essendo comunque dimostrata la sussistenza di un danno risarcibile nell'an debeatur e stante l'obiettiva impossibilità o particolare difficoltà a fornire la prova del quantum debeatur.

SE.F.

Tribunale di Savona, 21 Settembre 2017 - Giudice Unico Pelosi - G. (Avv. Durelli) c. Comune di A. (Avv. Della Rosa).

**PROPRIETÀ - immissioni - spettacoli e trattenimenti pubblici - diritto alla salute - interesse pubblico - preminenza del diritto alla salute.**

(Artt. 2 e 32 Cost.; artt. 844, 2043 e 2058 c.c.)

**PROPRIETÀ - immissioni - tutela civilistica e tutela amministrativa - distinzione - sussiste.**

(Art. 844 c.c.; art. 6 ter, D.l. n. 208/2008, come convertito nella l. n. 13/2009)

**PROPRIETÀ - immissioni - spettacoli e trattenimenti pubblici - diritto alla salute - diritto al normale svolgimento della vita personale e familiare - lesione - sussiste - risarcimento del danno - liquidazione equitativa.**

(Art. 1226 c.c.)

In caso di immissioni sonore illecite sono esercitabili, alternativamente o cumulativamente, due azioni: una personale, fondata sugli artt. 2043 e 2058 c.c. e sugli artt. 2 e 32 Cost., che può essere esercitata, nei confronti del responsabile delle immissioni dannose per la salute o di altri diritti fondamentali, al fine di far cessare le immissioni stesse e ottenere il risarcimento del pregiudizio all'integrità psico-fisica da loro provocato; l'altra, di natura reale, fondata sull'art. 844 c.c. e soggetta alla disciplina di tale disposizione, che può essere esercitata, nei confronti del proprietario del fondo vicino, per ottenere l'imposizione delle misure neces-

sarie per far cessare le immissioni intollerabili in relazione a tutte le attività esercitabili sul fondo interessato e il risarcimento dei danni provocati o eventualmente (nell'ipotesi prevista dal secondo comma dell'art. 844 c.c.) un'indennità commisurata alla diminuzione di valore del fondo, determinata dall'esposizione alle immissioni. Le immissioni sono illecite se eccedenti la normale tollerabilità. L'intollerabilità delle immissioni deve essere accertata con un criterio comparativo, per cui l'immissione di rumori diviene intollerabile quando supera di 3 db la rumorosità di fondo, in quanto l'aumento di 3 db determina un raddoppio dell'intensità sonora cosa che crea una fonte di disturbo per l'uomo medio, tale da precludere tutte le attività inerenti l'esercizio del suo diritto domenicale.

(Conforme, Cass., sez. un., n. 4848/2013).

In tema di immissioni acustiche, la differenziazione tra tutela civilistica e tutela amministrativa mantiene la sua attualità anche a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 6 - ter del d.l. n. 208 del 2008, convertito con modificazioni in l. n. 13 del 2009, al quale non può aprioristicamente attribuirsi una portata derogatoria e limitativa dell'art. 844 c.c., con l'effetto di escludere l'accertamento in concreto del superamento del limite della normale tollerabilità, dovendo comunque ritenersi prevalente, alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata, il soddisfacimento dell'interesse ad una normale qualità della vita rispetto alle esigenze della produzione.

(Conforme: Cass., n. 20927/2015)

L'esposizione ad attività rumorose nei periodi di vacanze, per circa sei ore, con una frequenza di quasi un giorno su due, anche nei periodi tradizionalmente destinati al riposo (notturno o pomeridiano), rende inadeguata l'abitazione allo svolgimento della vita personale e familiare e determina normalmente un pregiudizio all'esistenza di una persona, provocando calo di concentrazione, stress, frustrazione per l'impossibilità di ottenere una risposta al proprio disagio, in assenza di risposte adeguate da parte dell'ente preposto alla tutela dell'ambiente e della salute dei cittadini, demoralizzazione, con ripercussione sulla normali abitudini di vita dei familiari. Si tratta di una lesione che non può essere qualificata futile o di poco conto proprio per le conseguenze sopra indicate. Si deve quindi procedere alla liquidazione del danno subito. La liquidazione del danno deve avvenire in via equitativa ex art. 1226 c.c.

MICHELA CUCICH

Tribunale di Savona, 6 aprile 2018, n. 532 - Giudice Unico Pelosi.

**PROPRIETÀ - bene immobile - vizi - accertamento - ausilio tecnico - prescrizione - termine.**

(Art. 1669 c.c.)

**APPALTO - costruzione di bene immobili - vizi dell'opera - responsabilità dell'appaltatore e dei suoi ausiliari - risarcimento del danno - criteri.**

(Artt. 1229 e 1669 c.c.)

**ASSICURAZIONE (contratto di) - clausole che limitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento o che escludano il rischio garantito - preventiva sottoscrizione - necessità - clausole che riguardano il contenuto e i limiti della garanzia assicurativa - applicazione dell'art. 1341 c.c. - esclusione.**

Qualora sorga un problema relativo alla non adeguata insonorizzazione di una unità immobiliare, questo non può essere ritenuto

di immediata percezione in quanto richiede l'analisi specifica dei requisiti acustici passivi previsti dalla normativa relativamente ad ogni singolo elemento del fabbricato, conoscenza che non può dirsi presente in capo all'uomo medio, ma che necessita di un ausilio tecnico. Conseguentemente l'azione si prescrive nel termine di un anno dalla denuncia. Il deposito di un ricorso per accertamento tecnico preventivo interrompe il termine di prescrizione.

In materia di rovina e difetti di immobili, tutti i soggetti che hanno concorso con l'appaltatore nella costruzione del fabbricato possono incorrere, a titolo di concorso, nella determinazione dell'evento dannoso costituito dall'insorgenza di vizi e difetti dalla costruzione medesima e la parte può chiedere, in alternativa, a titolo di risarcimento danni, sia gli importi necessari per le riparazioni sia la differenza tra il valore del bene integro e quello del bene viziato.

L'appaltatore può andare esente da responsabilità se dimostra di aver manifestato il proprio dissenso circa le istruzioni impartite dal committente, ove queste siano palesemente errate e di essere stato indotto a compierle quale mero esecutore per le insistenze del committente e con assunzione del rischio a carico di quest'ultimo.

In mancanza di tale prova, l'appaltatore è tenuto a titolo di responsabilità contrattuale derivante dalla sua obbligazione di risultato all'intera garanzia per le imperfezioni o i vizi dell'opera, senza poter invocare il concorso di colpa del progettista o del committente né l'efficacia esimente di eventuali errori nelle istruzioni impartite dal direttore lavori.

Le responsabilità degli esecutori si presumono eguali se il Ctu non fornisce elementi per differenziare le rispettive posizioni, dunque le assicurazioni sono tenute a risarcire solo nei limiti della responsabilità di ciascuno.

L'assicurazione deve dimostrare la specifica approvazione preventiva per iscritto di quelle clausole che limitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento o che escludono il rischio garantito, mentre le clausole che riguardano il contenuto e i limiti della garanzia assicurativa e che specificano il rischio garantito attengono all'oggetto del contratto e, come tali, sono escluse dall'applicazione dell'art. 1341 c.c.

(Cfr.: C. Cost. n. 103/2013; Cass., n. 7634/2006; Cass., n. 29218/2017; Cass., n. 23594/2017)

F.A.D.

Tribunale di Genova, ord. 5 gennaio 2017 - Giudice Unico Spera.

**SOCIETÀ - mancata partecipazione del socio all'assemblea - impugnazione della delibera assunta - interesse - sussiste - clausola statutaria di rimessione agli arbitri - sindacabilità del Giudice - esclusione.**

(Artt. 2379 - 2479 c.c. - artt. 50 - 669 - 819 ter c.p.c.)

In caso di mancata partecipazione all'assemblea sociale di uno o più soci questi non perdono il loro interesse ad agire in giudizio per impugnare la delibera assunta dalla società e, dunque non potrà essere accolta alcuna eccezione relativa al difetto di legittimazione attiva di uno o più soci.

Il Giudice Ordinario è incompetente a decidere in caso di rapporti societari, ivi compresa la pronuncia sull'invalidità di una delibera assembleare, quando lo statuto societario include al suo interno una clausola arbitrale riguardante tutte le controversie aventi ad oggetto i rapporti societari.

(Cfr: Cass., n. 15890/2012).

F.A.D.

# Documenti

## La regola del precedente e i suoi "falsi amici"

**Guido Alpa**

Ordinario nell'Università di Roma "La Sapienza"

**Sommario:** 1. Il "precedente" nei Paesi di common law e il precedente nell'esperienza italiana. - 2. Il common law inglese: recenti sviluppi. - 3. Il "precedente" è parte costitutiva della Rule of Law? - 4. Il sistema del "precedente" è modificabile? - 5. Le tensioni nell'uso dei "precedenti". - 6. Il case law system nella raffigurazione dei giuristi. - 7. Le novità dell'esperienza italiana.

### 1. Il "precedente" nei Paesi di common law e il precedente nell'esperienza italiana.

I contributi degli studiosi di diritto comparato e le ricerche in atto nei Paesi di common law ci rendono avvertiti della necessità di evitare eccessive semplificazioni nell'uso del termine "precedent", che viene naturale tradurre in italiano con 'precedente'. Invero, l'assonanza linguistica e l'affinità delle funzioni porterebbero a sovrapporre l'antica tradizione inglese e statunitense alla più recente esperienza italiana.

In altre parole, notando che certi settori dell'ordinamento interno sono affidati al governo delle massime, e quindi alle sentenze cioè alle decisioni assunte dai giudici in ordine a singoli casi - basti pensare alla responsabilità civile, ai diritti della personalità, alle regole applicate ai contratti atipici e alle clausole non usuali - e che nei settori in cui l'ordinamento giuridico non prevede regole emanate dal potere legislativo (in quei casi che la tradizionale teoria del diritto denomina *lacune*) vi può provvedere il giudice in via interpretativa, fino a sconfinare nella creatività vera e propria della regola del caso, si possono isolare anche nella nostra esperienza 'precedenti' cioè *leading cases* che risolvono il problema per il passato e fungono da guida per risolvere analoghi problemi nel futuro. Gli esempi si moltiplicano, ma, per restare al tema della responsabilità civile, basti pensare al caso Saiwa in materia di responsabilità del produttore, al caso Meroni, per la lesione del credito, al caso delle sentenze gemelle per la tutela aquiliana della lesione di interessi legittimi, al caso Gennarino per l'avvio della problematica del danno biologico, e così via; nel settore dei diritti della personalità, i casi Eluana, Welby, Pannella, che hanno ciascuno una propria complessa storia processuale; per non parlare delle sentenze della Corte costituzionale che hanno anticipato l'affermazione del principio di eguaglianza tra coniugi, e più in generale, la riforma del diritto di famiglia, la riforma della convivenza tra persone dello stesso sesso, la modificazione del *gender* (ma non del sesso), e molte altre ancora (V. Grossi, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012 e la recensione di E. Lupo in *Persona e mercato*, Saggi, 2013). All'apparenza, dunque, civil law e common law si stanno avvicinando sempre più; e forse è proprio vero. Ciò tuttavia non accade - compoutamente - per quanto attiene alla nozione e al ruolo del precedente.

Infatti le esperienze continuano a differenziarsi, sia quando si parla di "precedenti" nel common law inglese, sia quando si

parla di "precedenti" nel common law statunitense. Anzi, si può giungere all'affermazione che lo stesso significato di "precedent" in quelle due esperienze è venuto mutando nel corso del tempo, e quindi quando lo si affianca all'esperienza italiana, si dovrebbe avere cura di specificarne il significato preso in considerazione, proprio ad evitare di cadere nella trappola dei "falsi amici", le traduzioni letterali che portano però il significante ad un diverso significato.

Ed infatti, mentre è naturale, e conforme al principio di eguaglianza, decidere casi eguali in modo eguale, si può valutare se nel nostro sistema corrisponda ai principi costituzionali l'obbligo del giudice (sia questi di merito o di legittimità) di osservare i propri precedenti o i precedenti di altre Corti, essendo il giudice soggetto solo alla legge (ma non alla sua interpretazione occasionalmente offerta nella decisione di casi progressi). Nei due principali sistemi di common law che, per determinati aspetti, seguono la case law come fonte del diritto, l'osservanza del precedente è obbligatoria o per tradizione o per legge: la regola del precedente deve essere seguita non perché ha risolto brillantemente un caso, ma perché è stata espressa in una sentenza che, qualificata come precedente, risulta essere vincolante ("binding": così Radin, *Case Law and Stare Decisis: Concerning Praejudizienrecht in Amerika*, in 33 *Colum. L.Rev.*, 1933, p. 199 ss.)

E tuttavia la convinzione di molti Autori è che i giudici inglesi sono educati alla cautela e alla conservazione (Vong, *Binding Precedent and English Judicial Law-Making*, *London School of Economics*, s.d.) e questa regola costituisce una garanzia per l'amministrazione della giustizia e una regola di civiltà per i consociati. Non è così negli Stati Uniti, o, almeno, non è più così, come emerge dalle accese discussioni che si sono succedute negli ultimi anni.

### 2. Il common law inglese: recenti sviluppi.

Cosa si pensa oggi del precedent nella cultura giuridica inglese? In un sistema complesso nel quale, prima della Brexit, agli atti del Parlamento di affiancavano le *regulations*, cioè le norme di attuazione delle direttive comunitarie, oppure si trasformavano in regole giuridiche di primo grado in principi formulati in atti internazionali di fonte convenzionale, come la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, la regola di *stare decisis* appariva, agli occhi dei giudici e a quella degli avvocati, come un baluardo inespugnabile, al punto che nel suo felice volume sulla *Rule of Law* l'ultimo giudice chiamato a presiedere la House of Lords prima che essa si trasformasse in Supreme Court of the United Kingdom ha scritto che nel sistema giuridico inglese il sistema del "precedente" ne è parte fondante ed espressione dei principi di democrazia. Così Tom Bingham, Lord Chief Justice, consolida una tradizione multisecolare, formatasi in via consuetudinaria, conferendole la dignità di fonte del diritto protetta dalla Costituzione (anch'essa consuetudinaria). Attesa appunto la tradizione di quel sistema, non sembra perciò necessario mettere per iscritto l'ampiezza e i limiti di questo potere, né approvare una legge (di rango costituzionale) per poterlo legittimare v. *The Rule of Law*, Cambridge L.J. 66(1), March 2007, p. 67 ss.; *The Rule of Law*, Penguin, Londra, 2011).

Lo stesso Lord Bingham ha cura però di avvertire che la tradi-



zione, plurisecolare e ripetuta senza cesure, non è sufficiente a fondare la regola di stare decisis, che impone al giudice inferiore di uniformarsi alle decisioni delle Corti superiori, e in particolare alle decisioni della Corte Suprema. I giudici sono pur sempre soggetti al Parlamento, anche se non sono stati eletti, ma solo cooptati, e sono assoggettati (finché non si concluderà il processo di separazione dall'Unione europea) alla normativa europea e alla interpretazione che di essa ne dà la Corte europea di Giustizia. Si che "Rule of Law" nell'accezione privilegiata da Lord Bingham significa eguaglianza davanti alla legge, rispetto dei diritti umani, due process of law, e leggi che sono accessibili, intelligibili e prevedibili. Se il sistema giudiziario - che costituisce parte integrante della Rule of law - non dovesse seguire questi principi si porrebbe all'esterno di essa, e quindi in una posizione di illegalità.

Il tema ha sollevato molte discussioni e molti apprezzamenti; e nello stesso rapporto predisposto dalla Fabian Society sulla giustizia nel Regno Unito (*The crisis in the justice system in England and Wales predisposto dalla Bach Commission on Access to Justice*, nel novembre 2016) si discute dei costi della giustizia e dei problemi della sua amministrazione, ma non viene in discussione il sistema del "precedente".

### 3. Il "precedente" è parte costitutiva della Rule of Law?

Mentre la tesi di Lord Bingham ha riscosso un vasto e convinto favore, negli Stati Uniti il sistema dello stare decisis è stato investito da una dura contestazione. In primo luogo, si è fatto carico ai giudici americani di una espansione eccessiva del loro potere, esercitato mediante un intollerabile *judicial activism*, e si è messa in evidenza la divisione dei poteri che la Costituzione americana, con i suoi pesi e contrappesi, aveva voluto al tempo stesso costituire e proteggere; ora essa sarebbe travolta da una attività suppletiva non giustificabile in un sistema a doppio binario normativo, federale e statale, e per di più fondato su una costituzione scritta. Si che si è potuto addirittura sostenere che l'attuale situazione, in cui il common law convive con lo statutory law, dimostra la sua inconsistenza perché affidato a giurisperiti non eletti e quindi detentori di un potere non democratico (Steilen, *The Democratic Common Law*, in *J. Juris*, 2011, p. 437 ss.).

In modo meno aggressivo ha affrontato il problema - costituzionale e processuale, da un lato, filosofico dall'altro - un autorevole professore australiano, docente a Oxford e radicato alla New York University, Jeremy Waldron, con un saggio intitolato *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*, in 111 *Mich.L.Rev.* 2012, p. 1 ss.

Waldron esamina la problematica del "precedente" e del suo ruolo nel sistema di amministrazione della giustizia - come visto da ultimo, e cioè come *costitutivo* della Rule of Law - sia con riguardo alle giustificazioni dello Stato di diritto, che richiede stabilità e quindi prevedibilità delle regole che si debbono applicare alle operazioni economiche e ai rapporti tra i soggetti, sia considerando il modo di ragionare del giudice che crea il precedente e il modo di ragionare del giudice che si trova uno o più precedenti da applicare: il giudice precedente ragiona infatti in modo diverso dal giudice susseguente. È quindi tutto un sistema che si fonda sull'interpretazione dei fatti e sulla interpretazione delle regole applicate ai fatti. Di qui non solo l'importanza della correttezza e logicità del ragionamento, ma anche della distinzione tra ratio decidendi e obiter dictum. Le regole del *distinguishing* - che partono dalla diversità del fatto per arrivare alla diversità della regola da applicare al caso da decidere - consentono al giudice di muoversi, come se dovesse assoggettarsi ad uno slalom intellettuale, in modo tale da trovare

la soluzione più giusta nel modo più corretto. Di qui la volatilità del "precedente" e la sua prevedibilità solo approssimativa, ma anche l'obbligo di motivare se, anziché trovare differenze tra il caso da decidere e i casi già decisi, il giudice sente il dovere di discostarsi dal "precedente". Di qui anche la critica alla Corte Suprema americana, secondo la quale la rule of law dipende in gran parte dall'adesione dei giudici alla regola stare decisis (Welch v. Tex. Dep't of Highways & Pub. Transp., 483 U.S. 468, 1987).

Con l'abilità che solo gli studiosi statunitensi hanno mostrato, e cioè l'applicazione del metodo statistico combinato con quello classificatorio, e proiettando il tutto in una indagine diacronica, due studiosi, Fowler e Jeon (in 30 *Social Networks*, 2008, p. 16 ss.) sono riusciti a dimostrare che la Corte Suprema statunitense ha cominciato ad utilizzare la regola stare decisis solo alla fine dell'Ottocento, e che questa regola è stata seguita nel Novecento fino all'instaurazione della Corte guidata dal presidente Earl Warren: dal 1953 al 1969 si sono susseguite le più importanti decisioni riguardanti i diritti civili, la lotta alla segregazione, la laicità dello Stato. Hanno anche sottolineato che, oggi, quando la Corte deve prendere una decisione, e si trova davanti a più precedenti, deve soppesarne l'autorevolezza e la utilità ai fini del decidere. Soprattutto hanno dimostrato, calcoli e cifre alla mano, che il sistema del "precedente", sapendone fare un uso accorto, non è tale da fossilizzare l'ordinamento giuridico. Insomma, negli Stati Uniti il sistema del "precedente" è, come si dice "at stake": discusso e monitorato sotto ogni profilo, criticato ma non rigettato.

### 4. Il sistema del "precedente" è modificabile?

E tuttavia, se il sistema di stare decisis sia modificabile, sia una forma di garanzia che si offre al cittadino, sia una forma di amministrazione della giustizia conforme ai principi costituzionali, è dibattuta oggi anche nel Regno Unito, proprio in quella esperienza dalla quale, con naturalezza, si suole desumere una regola che si addita a sistema da importare, da imitare, da seguire per realizzare meglio gli ideali di una giustizia sicura, prevedibile, rapida e soddisfacente.

Nel Regno Unito, in cui una questione così delicata è posta in modo felpato, si comincia con l'esaminare l'applicazione *orizzontale* del principio, e cioè verificare in che modo la Corte Suprema applica i propri precedenti. Val la pena di riportare lo statement di Lord Gardiner (House of Lords, Practice statement (judicial precedent) [1966] 1 W.L.R. 1234, JUDGES: Lord Gardiner L.C., Viscount Dilhorne, Lord Reid, Lord Denning, Lord Parker Of Waddington, Lord Morris Of Borth-Y-Gest, Lord Hodson, Lord Pearce, Lord Upjohn and Lord Wilberforce, 1966 July 26) per intendere compiutamente la problematica:

LORD GARDINER L.C.: Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules.

Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so. In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements

of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law.

This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House.

Innanzitutto, è questione controversa se la Court of Appeal possa scegliere di seguire, anziché un “precedente” della Corte Suprema, una decisione del Privy Council, oppure se possa attingere più liberamente alla propria creatività nel decidere i casi ad essa sottoposti. Poi, se sia sempre ottimale la regola in base alla quale, quando è necessario discostarsi da un “precedente”, sia opportuno che intervenga il Parlamento. Chi ritiene che il Parlamento interverrebbe in ritardo, o potrebbe, in casi complessi, complicare la normativa anziché colmare la lacuna, opta per la scelta giudiziale; ma la scelta rimane sempre in mano al giudice: spetta pur sempre alla Corte decidere l’opportunità di affidare la soluzione al Parlamento, se il caso da risolvere è così importante e difficile.

È un dilemma che Lord Diplock aveva già sollevato nel corso di una conferenza intitolata “The Court as Legislators”, del 26 marzo 1965, perché l’osservanza imperterrita del precedente porta naturalmente alla fossilizzazione dell’ordinamento giuridico. Ma, risolto il problema con lo statement di Lord Gardiner, può apparire difficile capire se la Corte nel giudicare si sia discostata dai propri precedenti, per introdurre una nuova soluzione, oppure se ne abbia fatto uso, ma ne abbia dato una interpretazione diversa da quella osservata per il passato (Lee, *The Doctrine of Precedent and the Supreme Court, Inner Temple Academic Fellow’s Lecture*, s.i.d.). Ciò perché la Corte Suprema del Regno Unito non è così esplicita come la Corte Suprema degli Stati Uniti, né i commentatori hanno sviluppato uno spirito indagatore così sottile come quello proprio dei commentatori americani.

Invero, quando si pensa al “precedente” nel common law inglese non si deve mai dimenticare il processo logico seguito dal giudice nel rendere la sua decisione. Il procedimento consiste di cinque fasi: l’esposizione del fatto; la questione giuridica che la Corte è richiesta di risolvere; il ragionamento per arrivare ad una soluzione appropriata; la scelta della regola appropriata alle circostanze; il risultato della decisione.

A seconda di come si consideri il “precedente” il risultato può variare: il “precedente” può essere considerato come una regola preesistente che si deve scoprire, oppure come l’applicazione di un principio generale sottostante al sistema, oppure come una decisione che bilancia gli argomenti favorevoli e contrari, e per ultimo si considera se vi sono fatti analoghi già oggetto di precedenti decisioni.

Si può constatare come il percorso del ragionamento giuridico non sia così semplice come quello che si segue presso di noi quando, nelle memorie, o nelle motivazioni delle sentenze, si citano decisioni assunte in passato, che, secondo le massime da esse estratte, appaiono come precedenti del caso in esame. E si segue il metodo sillogistico, se si crede ancora nella utilità della fattispecie.

### 5. Le tensioni nell’uso dei “precedenti”.

Nella dottrina inglese - che pure ha dedicato ampio spazio allo studio dei “precedenti” - il dibattito si circonda piuttosto al rapporto tra la fattispecie decisa e quella da esaminare, e quindi alle tecniche per eludere l’obbligo del precedente. Nella dottrina americana si tende piuttosto a legare il “precedente” alle sue origini scientifiche.

L’analisi storica del “precedente” ci rivela che sottese a questa pratica sono due tesi tra loro contrapposte e in tensione: l’una volta a circoscrivere l’autorità del “precedente” al suo significato originale, l’altra volta a considerarlo come un principio ge-

nerale di cui di volta in volta si deve stabilire l’estensione al caso da decidere.

Alla fine dell’Ottocento negli Stati Uniti, cominciando da Holmes, si approfondisce la distinzione tra obiter dictum e ratio decidendi. Lo studio dei casi fatto da Wambaugh nel 1894 serve proprio a questo: posto di fronte al testo il giurista deve saper individuare la regola applicata sfrondandola di tutti i corollari o dei passaggi intermedi che servono per arrivare al punto. In altri termini, il giudice non esprime un’opinione, né si deve preoccupare di decidere i casi futuri, ma si deve attestare alla valutazione del caso in esame; insomma, si deve fare economia di risorse, non si devono creare pre-giudizi, né il giudice deve sostituirsi al legislatore. Le stesse parole usate dai giudici non costituiscono il “precedente”, ma la loro essenza esprime la regola applicata. La motivazione, cioè la serie di argomenti che si succedono per arrivare al giudizio finale e quindi alla regola del caso, è invece essenziale: una decisione senza motivazione non assume alcuna autorità vincolante.

Si aggiunge qui un ulteriore elemento di valutazione: il ragionamento, cioè le opinioni espresse, costituiscono il nerbo del precedente, sicché l’autorità che esso esercita è dato dall’autorevolezza di chi ha espresso le opinioni che lo hanno costruito. Questa è considerata la teoria tradizionale, che i giuristi nordamericani non esitarono a erodere. Al “precedente” si associa il comandamento *stare decisis*.

Herman Oliphant, uno dei corifei di quell’indirizzo gius-filosofico scrive un testo per l’American Bar Association intitolato proprio a questa regola (*A Return to Stare Decisis*, 14 *A.B.A. J.*, 1928, p. 71 ss.). Muovendo dalle origini storiche del “precedente” Oliphant chiarisce che la vita più semplice dei tempi medievali rendeva difficile il ruolo del giurista costretto ad applicare le *formulae* (il processo di derivazione romana era per l’appunto formulare); sicché l’amministrazione della legge era piuttosto meccanica: l’operazione consisteva nel far rientrare il caso nella formula. Nel mondo moderno, complicandosi i fatti della vita reale, i giudici sono obbligati ad elaborare regole di carattere più generale ed astratto per poter far fronte a tutte le esigenze. Di qui l’ammonimento di Oliphant: una cosa è stare decisis, altra cosa è stare dictis; non bisogna dare peso alle parole, ma piuttosto all’essenza della regola applicata al caso esaminato. In altri termini, bisogna studiare e seguire quel che i giudici *fanno* e non quello che i giudici *dicono di fare*.

Dal punto di vista scientifico tra le due culture e quindi i due sistemi giuridici non ci sono differenze: è Frederick Pollock a studiare il ruolo del “precedente” attraverso il sistema delle scienze induttive. Di qui l’importanza dell’analisi dei fatti e dell’analogia. Goodhart si concentra sulla ratio decidendi, che viene costruita sulla base dei principi che nei giudizi precedenti sono stati elaborati nella materia a cui si può ascrivere il caso da decidere (sul punto v. Collier, *Precedent and Legal Authority: A Critical History*, in *Wis.L.Rev.* 1988, p. 771 ss.). La conclusione del discorso è che solo assumendo come guida la prospettiva scientifica del “precedente” e cioè le sue origini induttive, si può costruire una case law, perché altrimenti se si concentra l’attenzione sulle parole usate dai giudici nei casi pregressi si finisce per restringere troppo l’area nella quale calare le circostanze del caso e non si riesce a decidere.

Questa visione storica del “precedente” è consolidata negli studi degli storici inglesi (v. per tutti Baker, *An Introduction to English Legal History*, prima ed. Londra, 1971, terza ed., 1990, p. 229 ss.), i quali però, adottando la loro lungimirante prospettiva, segnalano che la regola in base alla quale i giudici inferiori dovevano uniformarsi ai “precedenti” della House of Lords data solo dal 1898, che quella regola vale per la Court of Appeal solo dal

1944, e che la House of Lords si è liberata da ogni vincolo nel 1966.

Come si vede, dietro una apparente uniformità di vedute, gli studiosi americani - o piuttosto alcuni studiosi americani - fanno un uso ideologico della storia, proiettando le regole in un passato troppo lontano per dare maggior autorevolezza alle proprie tesi.

#### 6. Il case law system nella raffigurazione dei giuristi realisti.

Soltanto nel 1989, ad opera di Michael Astaldi, è stato tradotto, a cura dell'Università di Chicago, un libro memorabile, *The Case Law System in America*, frutto delle conferenze fatte in lingua tedesca all'Università di Lipsia nel 1933 da Karl Llewellyn, il fondatore dell'indirizzo giusrealistico americano.

Le conferenze sono dedicate ad un altro grande giurista, Benjamin Cardozo, e sono costruite a mo' di manuale in cui si descrive al pubblico di giuristi tedeschi come funziona il sistema giudiziario americano.

Si apprende così come nasce il common law delle colonie britanniche, come vengono utilizzati i casi decisi, come si crea la regola, e come si "rinviene la regola" (Llewellyn per l'appunto distingue il ragionamento del giudice americano dal ragionamento del giudice tedesco che usa il metodo sillogistico applicandolo alla *Rechtsfindung*), come giocano le opinioni convergenti e quelle divergenti, come, nel corso degli anni, le opinioni dissenzienti diventano le opinioni portanti dei casi (accadde, come si sa, alle opinioni dissenzienti di Holmes), come si crei la tensione tra l'adesione ai casi decisi e la necessità di cambiare regole per adeguare il diritto alle esigenze della realtà. La certezza del diritto conta, ma secondo Llewellyn e i giuristi realisti, conta di più la creazione di un diritto efficiente.

#### 7. Le novità dell'esperienza italiana.

Questa mera ricognizione dei problemi posti dal "precedente" nei sistemi di common law serve da monito per quanti pensano che questo stesso sistema sia già applicato o possa essere applicato anche nella nostra esperienza. Tutti i problemi che sono stati messi a fuoco (anche se solo accennati, ovviamente) si sono riproposti nei dibattiti più recenti, in particolare nei prestigiosi seminari organizzati da Natalino Irti all'Accademia dei Lincei: quello sulla calcolabilità giuridica (v. di questo A., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2017; *Le due Cassazioni civili (in difesa della motivazione)*, in questa rivista, 2017; AA.VV. *Calcolabilità giuridica*, a cura di Alessandra Carleo, Bologna, 2017); e quello, appunto, sul *Precedente*, del 6 luglio scorso, di cui attendiamo la pubblicazione degli atti. Il convegno è stato introdotto da documenti preparatori, cioè da due saggi, uno del giurista, lo stesso Irti, *Sulla relazione logica di conformità (precedente e susseguente)*, e l'altro del matematico, Massimo De Felice, *Su probabilità, "precedente" e calcolabilità giuridica* (in ed. litografata, Roma, 2017).

Rivedendo i primi saggi pubblicati su questa Rivista, in particolare le pagine introduttive alla circolazione di idee e di modelli elaborate da Franco Galgano, ho potuto riscontrare che tra quanto si è detto in occasione del convegno linceo e quanto si sta ora dibattendo di qua e di là dell'Atlantico vi sono molti punti concordanti, molte questioni sono rimaste aperte, molti temi sono stati affrontati e approfonditi. Tra i tanti mi fa piacere ricordare in particolare: Galgano, già nella presentazione della Rivista, nel primo e nel terzo fascicolo del 1985, e poi ne *L'efficacia vincolante del precedente di Cassazione*, in *Contr. e impresa*, 1999, p. 889; *L'interpretazione del precedente giudiziario*, ivi, 1985, 701; *Stare decisis e no nella giurisprudenza italiana*, ivi, 2004, 1; De Franchis, *L'interpretazione del precedente giudiziario nei sistemi di civil law e di common law (accenni comparatistici)*, ivi,

1986, 91; Jayme, *Formazione progressiva del diritto internazionale privato da parte dei giudici: l'esperienza americana e tedesca*, ivi, 1988, 423; Monateri, *L'occhio del comparatista sul ruolo del precedente giudiziario in Italia*, 1988, 192; e Sbisà, *Certezza del diritto e flessibilità del sistema (la motivazione della sentenza in common law e civil law)* 1988, 529.

A distanza di trent'anni e più da quei primi interventi l'esperienza italiana è molto mutata. È mutata innanzitutto nelle tecniche difensive utilizzate dagli avvocati, sì che per coordinare la tavola rotonda prevista dal seminario avevo preparato alcune domande da rivolgere ai partecipanti, dalle quali si può inferire lo stato della situazione attuale:

- 1 L'uso dei richiami giurisprudenziali è prassi consolidata da secoli negli atti di difesa formati dagli avvocati: ma un qualsiasi richiamo giurisprudenziale può considerarsi "precedente"?
- 2 Può considerarsi precedente una sentenza di primo grado o d'appello pronunciata da una Corte autorevole (come accade per es. delle sentenze pronunciate dalla Corte d'appello di Milano in materia societaria)?
- 3 È corretto considerare precedente l'ultimo pronunciamento della Corte di Cassazione nella materia trattata nella causa senza fare riferimento alle posizioni anteriori contrarie?
- 4 Quando una sentenza della Corte di Cassazione può considerarsi precedente? Quando è la stessa Corte a definirlo tale? Quando è stato ripetuto da alcune altre pronunce? Quando è stato ripetuto nella stessa formula massimata da alcuni anni?
- 5 È sufficiente la citazione della fonte, o la citazione della massima, per identificare il precedente?
- 6 Il precedente è ancora considerato - come scriveva Gino Gorla (sul *Foro it.* 1964, V, c. 80 n. 22) che "il nostro *stare decisis* è un processo logico simile a quello della applicazione della legge scritta (astratta e generale)" in quanto la massima viene identificata con una regola minuta nella quale viene inserito il fatto "invece che argomentare [o decidere, da parte del giudice] per identità o somiglianza con il caso " in esame?
- 7 Per superare un precedente è ancora convincente la distinzione tra ratio decidendi e obiter dictum?
- 8 Si riescono a smascherare le massime mentitorie negli atti di difesa?
- 9 La massimazione ufficiale è attendibile per identificare il precedente? E così i richiami a precedenti decisioni offerti dal Massimario?

In questi anni è mutata completamente la concezione di nomofilachia, un tempo affidata solo ad una regola del tutto marginale dell'ordinamento giudiziario (art. 65 l. 1941 n. 12) ed ora elevata a regola fondante della riforma del processo civile (ai sensi della l. 197 del 2016: sul punto v. Canzio, *La riforma del giudizio civile in Cassazione, Una introduzione, ne La nuova Cassazione civile*, a cura di A. Di Porto, Padova, 2017, p. 5ss.). Il che implica da un lato un avvicinamento del significato di "precedente" nei sistemi di common law con il precedente del sistema italiano, dall'altro una maggiore rigidità, in termini di ammissibilità del ricorso, di libertà di decisione del giudice di merito e di libertà di decisione della stessa Corte Suprema. Ciò al fine - primario - di ridurre dell'arretrato e di contenere il numero dei ricorsi per cassazione, e poi, ovviamente, per assicurare una maggiore coerenza nella interpretazione delle norme e quindi una maggiore certezza del diritto in termini di prevedibilità delle decisioni.

Da un dibattito all'altro si aprono nuovi temi, un imprevedibile squarcio nei cieli imperscrutabili dell'esito delle liti. Gli antichi dicevano: habent sua sidera lites; ora il cannocchiale del giurista, scrutando i precedenti, potrebbe scoprire la stella recondita che cela la decisione. O, almeno, così vorrebbe credere il legislatore.

## Un'apertura verso i patti prematrimoniali dalla sentenza delle Sezioni Unite sull'assegno di divorzio?\*

**Andrea Fusaro**

Ordinario nell'Università di Genova  
Notaio

**Sommario:** 1. *L'intervento delle Sezioni Unite.* - 2. *I contrapposti orientamenti.* - 3. *Il nuovo modello.* - 4. *I criteri aggiornati.* - 5. *La concretizzazione delle indicazioni fornite dalle sezioni Unite.* - 6. *Il ruolo ampliato dell'autonomia privata.*

### 1. L'intervento delle Sezioni Unite.

La recente pronuncia delle S.U. sull'assegno di divorzio (1) opportunamente ricorda che alla base dei contrasti interpretativi si colloca l'ambiguità dell'art. 5, comma 6, legge 898/1970, ove gli elementi di cui il giudice deve tener conto per concedere l'assegno non erano tenuti distinti da quelli indicati per la sua quantificazione (2).

Gli orientamenti formati a ridosso della prima versione della norma convergevano nella tesi circa la natura mista dell'assegno "senza alcuna diversificazione e graduazione tra i criteri attributivi e determinativi" (3), concentrando l'attenzione sulla "natura e misura dell'indebolimento della complessiva sfera economico patrimoniale del coniuge richiedente l'assegno in relazione a tutti i fattori che possano concorrere a determinare questa sperequazione, quali l'età, la salute, l'esclusivo svolgimento di attività domestiche all'interno del nucleo familiare, il contributo fornito al consolidamento del patrimonio familiare e dell'altro coniuge" (4).

Le opzioni esegetiche sono proiettate sullo sfondo sociale dell'epoca, trovando coerenza con la prevalente dedizione della moglie alla dimensione familiare e domestica, poi vengono illuminate dalla celebrazione dell'uguaglianza realizzata dalla riforma del 1975. La ricostruzione dei precedenti registra la contaminazione del profilo assistenziale con quello compensativo, sfociata in soluzioni ispirate all'esigenza di ristabilire "un certo equilibrio nella posizione dei coniugi dopo lo scioglimento del matrimonio" (5), cosicché l'assegno si caratterizzava come strumento perequativo dello squilibrio economico patrimoniale determinatosi a vantaggio di un ex coniuge in pregiudizio dell'altro. A questo fine i tre criteri contenuti nella norma operavano come "presupposti di attribuzione" dell'assegno stesso (6), cosicché - osservano le S. U. - esso si risolveva in uno strumento volto a intervenire su una situazione di squilibrio "ingiusto" in concreto, avuto riguardo al rapporto tra la situazione economico patrimoniale al momento dello scioglimento del vincolo e i ruoli svolti dagli ex coniugi all'interno della relazione. In tale contesto è registrato il crescente rilievo attribuito all'apporto personale al soddisfacimento delle esigenze domestiche di un solo coniuge (7), in particolare all'"effetto negativo sull'acquisizione di esperienze lavorative e professionali, che può determinare un impegno versato essenzialmente nell'ambito domestico e familiare" (8). La connessione tra i due parametri assistenziale e compensativo, sempre meno scindibili, risalta nella sottolineatura (9) della funzione compensativa dell'assegno, in quanto preordinata al "giusto

mantenimento" in relazione "non solo all'apporto del coniuge richiedente alla conduzione della vita familiare, ma anche alla formazione del patrimonio comune ed in particolare al rafforzamento della sfera economico patrimoniale dell'altro coniuge". Sono ricordate le riserve avanzate in dottrina verso tale approccio, di cui veniva stigmatizzata la vaghezza, foriera del rischio di una eccessiva dilatazione della discrezionalità giudiziale.

Il testo adottato dalla riforma (10) non avrebbe rimediato a tali inconvenienti, essendo stata omessa ogni partizione tra criteri attributivi e determinativi, sulla base dei quali fondare l'an e il quantum dell'assegno (11). Nella formulazione è riconosciuto un compromesso tra le opposte tesi all'epoca avanzate dagli studiosi, l'una sostenitrice della necessità di ancorare il diritto all'assegno al difetto di autosufficienza economica, l'altra - che traeva argomento dai poteri istruttori officiosi attribuiti all'organo giudicante - incline a ribadire la necessaria comparazione delle rispettive condizioni economico-patrimoniali. Quest'ultima prospettiva fece breccia in sede di legittimità (12), inaugurando un orientamento duraturo, perdurato sino all'accennato arresto dello scorso anno (13), che quale criterio attributivo ha inteso la mancanza di autosufficienza economica, subordinando al riscontro di tale presupposto l'esame dei criteri determinativi dell'assegno indicati nella prima parte della norma, da impiegare per la quantificazione.

### 2. I contrapposti orientamenti.

L'ambiguità della disposizione ha, invero, generato due orientamenti contrapposti. Uno (14) ha legato l'adeguatezza dei mezzi al conseguimento di indipendenza economica, da valutarsi prescindendo dalle condizioni di vita matrimoniale. L'opposto (15) ha riconosciuto l'inadeguatezza dei mezzi quando il richiedente non sia in grado di conservare il tenore goduto in costanza di rapporto coniugale. Premessa condivisa è il fondamento legislativo della distinzione tra il criterio attributivo dell'assegno e gli altri, meramente determinativi. Altro dato comune ai due indirizzi è l'estraneità degli indicatori legislativi dei parametri, il tenore di vita matrimoniale e l'autonomia o indipendenza economica, anche nella nuova versione dell'autosufficienza, introdotta dalla sentenza del 2017; per tale ragione essi sarebbero esposti "al rischio dell'astrattezza e del difetto di collegamento con l'effettività della relazione matrimoniale" (16). Le S.U. lamentano che le due parti della norma siano state interpretate in modo dicotomico, sebbene risultino "legate da un nesso di dipendenza logica testuale che ne impone un esame esegetico unitario" (17).

Il confronto tra i due orientamenti consente di evidenziarne le divergenze. Rispetto al parametro del tenore di vita goduto o fruibile nel corso della relazione coniugale riesce persuasivo l'addebito relativo ai rischi di locupletazione ingiustificata dell'ex coniuge richiedente laddove goda comunque di una particolare agiatezza, oppure non abbia fornito contributi significativi. Nella prospettiva incline a valorizzare l'autoresponsabilità, il criterio compensativo è promosso rispetto al novero dei fattori di moderazione, raccomandandosene l'impiego al pari degli altri elementi, quali la salute o l'età in relazione alle capacità lavorativo-professionali. Se la preminenza della comparazione tra le condizioni economiche rischia di offuscare gli altri parametri, tale pericolo sarebbe ancora più incisivo alla luce dell'opposto orientamento (18), imputato di fraintendere il rilievo dell'autodeterminazione, che la più recente sentenza avrebbe

\* relazione preparata per la Tavola Rotonda organizzata da Aiaf Liguria il 10 settembre 2018 sul Cass. S.U. 11.7.2018 n. 18287

impiegato per giustificare la soluzione di continuità tra la vita coniugale e la fase successiva, intendendo la previsione relativa all'assegno rivestire carattere eccezionale in relazione al riacquisto dello stato libero realizzato con il divorzio.

Il più recente indirizzo di legittimità ometterebbe, insomma, di considerare che i principi di autodeterminazione e auto-responsabilità non solo hanno orientato la scelta di unirsi in matrimonio, ma hanno determinato anche il modello di relazione coniugale, il contributo di ciascun coniuge nel senso fatto proprio dall'art. 143 c.c. (19). L'offerta di una pluralità di parametri si spiegherebbe proprio con la consapevolezza del condizionamento che l'assetto prescelto dai coniugi ha attitudine a determinare sulla loro condizione successiva allo scioglimento.

### 3. Il nuovo modello.

Le soluzioni per l'innanzi condivise in sede di legittimità sono sottoposte a critica (20), proponendone il rimpiazzo attraverso un percorso argomentativo che tenga conto dell'esigenza riequilibratrice avvertita già dall'orientamento più risalente e al contempo realizzi l'allineamento agli standard europei, abbandonando la distinzione tra criteri attributivi e determinativi, nell'intento di attuare il modello costituzionale del matrimonio, fondato sui principi di uguaglianza, pari dignità dei coniugi, libertà di scelta, reversibilità della decisione e autoresponsabilità. Sulla base dell'art. 5, comma 6, è confermata la funzione assistenziale dell'assegno, ma della disposizione è suggerita una lettura alternativa, mirata alla concreta valutazione dell'adeguatezza dei mezzi e dell'incapacità di procurarseli per ragioni collegate causalmente agli altri indici contenuti nella prima parte della disposizione, al fine di accertare se l'eventuale disparità economico-patrimoniale dipenda "dalle scelte di conduzione della vita familiare adottate e condivise in costanza di matrimonio, con il sacrificio delle aspettative professionali e reddituali di una delle parti in funzione dell'assunzione di un ruolo trainante endofamiliare, in relazione alla durata"; quest'ultima è qualificata "fattore di cruciale importanza nella valutazione del contributo di ciascun coniuge alla formazione del patrimonio comune e/o del patrimonio dell'altro coniuge, oltre che delle effettive potenzialità professionali e reddituali valutabili alla conclusione della relazione matrimoniale", anche rispetto all'età del coniuge richiedente e al mercato del lavoro (21).

La valorizzazione dell'autoresponsabilità di ciascun ex coniuge deve, pertanto, dirigersi verso "la preminenza della funzione equilibratrice-perequativa dell'assegno di divorzio", guardando "alle caratteristiche ed alla ripartizione dei ruoli endofamiliari". Sono degne di nota le puntualizzazioni circa l'assente ultrattività dell'unione matrimoniale e il radicamento positivo dell'assegno nella norma regolatrice, che attribuisce rilievo all'assetto della relazione coniugale, con "l'esclusiva funzione di accertare se la condizione di squilibrio economico patrimoniale sia da ricondurre etiologicamente alle determinazioni comuni ed ai ruoli endofamiliari, in relazione alla durata del matrimonio e all'età del richiedente". Qualora emerga questa radice causale della disparità e sia accertato che lo squilibrio conseguente al divorzio derivi "dal sacrificio di aspettative professionali e reddituali fondate sull'assunzione di un ruolo consumato esclusivamente o prevalentemente all'interno della famiglia e dal conseguente contributo fattivo alla formazione del patrimonio comune e a quello dell'altro coniuge", occorre tenerne conto nella valutazione dell'inadeguatezza dei mezzi e dell'incapa-

cità del richiedente di procurarseli. (22) Il parametro dell'adeguatezza contiene una funzione non solo assistenziale alimentare, ma equilibratrice, che sarebbe indicata dalla norma, la quale pertanto arricchirebbe la funzione assistenziale di un contenuto "perequativo - compensativo" discendente dalla declinazione costituzionale del principio di solidarietà, che conduce al riconoscimento di "un contributo che, partendo dalla comparazione delle condizioni economico-patrimoniali dei due coniugi, deve tener conto non soltanto del raggiungimento di un grado di autonomia economica tale da garantire l'autosufficienza, secondo un parametro astratto ma, in concreto, di un livello reddituale adeguato al contributo fornito nella realizzazione della vita familiare, in particolare tenendo conto delle aspettative professionali ed economiche eventualmente sacrificate". Il giudizio di adeguatezza, pertanto, ha anche un contenuto prognostico" riguardante "la concreta possibilità di recuperare il pregiudizio professionale ed economico derivante dall'assunzione di un impegno diverso" (23).

L'eliminazione della distinzione tra criteri attributivi e determinativi dell'assegno, insieme alla conseguente inclusione di tutti gli indicatori contenuti nell'art. 5, comma 6, consentirebbe di escludere i rischi d'ingiustificato arricchimento derivanti dalla valutazione comparativa, assicurando tutela in chiave perequativa alle situazioni caratterizzate da "sensibile disparità di condizioni economico-patrimoniali", sebbene non dettate dalla radicale mancanza di autosufficienza economica, ma piuttosto da "un dislivello reddituale conseguente alle comuni determinazioni assunte dalle parti nella conduzione della vita familiare."

Della soluzione prospettata viene sottolineata la coerenza con il quadro degli ordinamenti europei, in particolare quelli francese e tedesco, ove pure all'assegno è attribuita natura perequativa - compensativa, "correlata alla previsione della temporaneità dell'obbligo in quanto prevalentemente finalizzato a colmare la disparità economico patrimoniale determinatasi con lo scioglimento del vincolo". La sentenza approfondisce la digressione comparatistica (24), soffermandosi su alcuni principi comuni europei (25), le cui linee di tendenza comuni (26)appaiono ispirate dall'obiettivo della uguaglianza effettiva tra i coniugi, che trova riscontro anche nella CEDU (27), registrandosi quindi corrispondenza tra "la collocazione dell'assegno di divorzio nell'alveo degli artt. 2, 3 e 29 Cost. con la conseguente preminenza della funzione perequativa ad esso attribuibile ed il quadro europeo e convenzionale di riferimento" (28).

Le Sezioni Unite sottolineano come l'effettività della funzione perequativa dell'assegno sia affidata al rigoroso accertamento probatorio dei fatti posti a base della disparità economico-patrimoniale conseguente allo scioglimento del vincolo, ribadendo che "essa deve trovare giustificazione causale negli indicatori contenuti nella prima parte dell'art. 5, comma 6, in particolare nel contributo fornito dal richiedente alla conduzione della vita familiare e, conseguentemente, alla formazione del patrimonio familiare e personale dell'altro coniuge". Di tale contributo la parte richiedente "deve fornire la prova con ogni mezzo anche mediante presunzioni", mentre la parte che chiede la riduzione o la eliminazione dell'assegno posto originariamente a suo carico, deve fornire la prova contraria del superamento di tale disparità. La sostanziale assenza di preclusioni nel procedimento di revisione - salva l'allegazione di mutamenti di fatto-, rende reversibile e sempre modificabile la determinazione originaria in ordine all'assegno di divorzio.

#### 4. I criteri aggiornati.

In chiusura della pronuncia in esame è fornito un quadro sintetico delle regole rivolte alla individuazione dei criteri per il riconoscimento dell'assegno di divorzio (29), arricchito da ulteriori notazioni.

Risalta l'assunto circa la "natura prevalentemente disponibile dei diritti in gioco" (30) conciliata con la prescrizione legislativa di "accertare, preliminarmente, l'esistenza e l'entità dello squilibrio determinato dal divorzio mediante l'obbligo della produzione dei documenti fiscali dei redditi delle parti ed il potenziamento dei poteri istruttori officiosi"; soprattutto rileva la considerazione che, all'esito di tale preliminare e doveroso accertamento, è suscettibile di venire già in evidenza il profilo strettamente assistenziale dell'assegno "qualora una sola delle parti non sia titolare di redditi propri e sia priva di redditi da lavoro". Si tratta, com'è ovvio, di un profilo cruciale nella prospettiva dell'eventuale predeterminazione convenzionale degli esiti patrimoniali della crisi coniugale.

È, poi, confermato il ripudio di entrambi i parametri per l'innanzi condivisi in sede di legittimità (quello strettamente assistenziale e quello dettato dal raffronto oggettivo delle condizioni economico patrimoniali delle parti), ribadendo l'equiordinazione degli indicatori contenuti nella prima parte dell'art. 5, comma 6, cui consegue il contenuto prevalentemente "perequativo - compensativo" dell'adeguatezza. Quale realizzazione del valore assiologico del principio di pari dignità, è alla base del principio solidaristico anche in relazione ai principi CEDU, è indicata la valutazione del contributo fornito alla formazione del patrimonio comune e del profilo economico patrimoniale dell'altra parte, anche in relazione alle potenzialità future.

Riesce assai impegnativa la considerazione secondo cui la natura e l'entità di tale contributo "è frutto delle decisioni comuni, adottate in sede di costruzione della comunità familiare, riguardanti i ruoli endofamiliari in relazione all'assolvimento dei doveri indicati nell'art. 143 c.c. "decisioni costituenti "l'espressione tipica dell'autodeterminazione e dell'autoresponsabilità sulla base delle quali si fonda, ex artt. 2 e 29 Cost. la scelta di unirsi e di sciogliersi dal matrimonio". La valorizzazione degli accordi di indirizzo realizzerà i voti risalenti di autorevole dottrina, ma non può escludersi che prelude a una stagione di serrati confronti probatori e venga a confrontarsi con le pregiudiziali chiusure per l'innanzi opposte al valore di intese preventive.

È certamente condivisibile la predilezione per un criterio integrato "che si fondi sulla concretezza e molteplicità dei modelli familiari attuali", nondimeno occorre prendere posizione sulle rispettive pretese. La motivazione ritorna a considerare il profilo assistenziale, cui è conservata attualità laddove si intenda valorizzando l'elemento testuale dell'adeguatezza dei mezzi e della capacità (incapacità) di procurarsi, ma se ne raccomanda la considerazione nel "contesto sociale" del richiedente, intendendolo composito, "formato da condizioni strettamente individuali e da situazioni che sono conseguenza della relazione coniugale, specie se di lunga durata e specie se caratterizzata da uno squilibrio nella realizzazione personale e professionale fuori nel nucleo familiare". La sutura tra cessazione degli effetti del matrimonio e vigenza di rapporti giuridici che a quello si collegano è realizzata opinando che "lo scioglimento del vincolo incide sullo status ma non cancella tutti gli effetti e le conseguenze delle scelte e delle modalità di realizzazione della vita familiare", cosicché il profilo assistenziale dev'essere contestualizzato "con riferimento alla situazione effettiva nella

quale s'inserisce la fase di vita post matrimoniale, in particolare in chiave perequativa - compensativa", in questo modo confidando nella sensibilità dei giudici di merito.

Il criterio assistenziale - compensativo rappresenterebbe la nuova sintesi dei singoli componenti, tutti finalizzati a ripristinare l'equilibrio rotto con lo scioglimento del vincolo. La valenza predittiva del giudizio è assorbita nel nuovo testo dell'art. 5, escludendo contenga preclusioni alla formulazione di "un giudizio di adeguatezza anche in relazione alle legittime aspettative reddituali conseguenti al contributo personale ed economico fornito da ciascun coniuge alla conduzione della vita familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno ed a quello comune". L'adeguatezza dei mezzi dovrebbe, pertanto, essere oggetto di una valutazione anche prospettica, anche in relazione "a quel che si è contribuito a realizzare in funzione della vita familiare e che, sciolto il vincolo, produrrebbe effetti vantaggiosi unilateralmente per una sola parte". Neppure si determinerebbe, infine, alcun incremento ingiustificato della discrezionalità giudiziale, in considerazione della necessaria valutazione integrata degli indicatori enunciati dall'art. 5, sesto comma, sempre fondata sulla "comparazione effettiva delle condizioni economico-patrimoniali alla luce delle cause che hanno determinato la situazione attuale di disparità". Tale funzione equilibratrice dell'assegno non deve intendersi finalizzata alla ricostituzione del tenore di vita endo- coniugale, ma solo al "riconoscimento del ruolo e del contributo fornito dall'ex coniuge economicamente più debole alla realizzazione della situazione comparativa attuale".

L'auspicio finale del Collegio è che il criterio individuato, proprio per la sua natura composita e l'assenza delle caratteristiche di generalità e astrattezza che contrassegnavano i precedenti, possieda l'elasticità necessaria per adeguarsi alla pluralità di modelli familiari, cui consegue "una molteplicità di situazioni personali conseguenti allo scioglimento del vincolo".

#### 5. La concretizzazione delle indicazioni fornite dalle sezioni Unite.

A seguito dell'intervento delle Sezioni Unite, in presenza di una sperequazione economico- patrimoniale tra gli ex coniugi, qualora uno sia in grado di dimostrare il proprio contributo alla crescita dell'altro, l'assegno dovrà compensare e riequilibrare le differenze, quand'anche il coniuge artefice dell'avanzata dell'altro sia indipendente economicamente. La scelta concordata che un coniuge si dedichi esclusivamente ai figli si traduce nel risparmio di alcune voci e l'ammontare dell'assegno dovrà fondarsi «sui principi costituzionali di pari dignità e di solidarietà, che permeano l'unione anche dopo lo scioglimento del vincolo».

La concretizzazione del criterio ideato dalle sezioni Unite comporterà la soluzione di alcuni interrogativi particolarmente problematici, quali il grado di disponibilità dell'assegno, alla luce dell'affermazione delle S.U. circa la tendenziale derogabilità e della natura non più (esclusivamente) assistenziale, nonché l'intreccio tra assegno e sistemazione patrimoniale, del resto postulata dalla stessa lettera della legge. Al riguardo si segnala come il criterio ora illustrato per l'attribuzione dell'assegno per certi profili evochi il modello tedesco della comunione degli incrementi (Zugewinnngemeinschaft), che però riguarda il regime patrimoniale secondario, laddove la consistenza patrimoniale è più agevolmente misurabile rispetto alla perdita di chance reddituali.

## 6. Il ruolo ampliato dell'autonomia privata.

Le indicazioni applicative formulate evidenziano l'importanza di conservare memoria della scelte concordate, quindi restituiscono attualità agli accordi di indirizzo della vita matrimoniale contemplati dall'art. 144 c. c. , ancorché non possa sottacersi il rischio della loro obsolescenza, dell'abrogazione tacita per comportamento concludente, laddove nel corso del rapporto coniugale il loro contenuto venga sistematicamente disatteso.

La loro redazione dovrà essere particolarmente accurata, sia quanto al contenuto, sia in ordine agli effetti. Sul primo fronte è intuitivo il differente grado di complicazione tra il censimento del possesso di beni e redditi attuali e l'illustrazione delle capacità e attitudini lavorative, insieme alle concrete chance di metterle a frutto. Sul secondo verranno in gioco i margini di disponibilità, la plausibilità di eventuali rinunce a far valere eventuali crediti, ciò che sembrerebbe consentito purché sia rispettata la soglia corrispondente alla componente assistenziale.

In ogni caso occorrerà vigilare circa la formazione della volontà delle parti, per assicurare sia la genuinità del consenso - quindi l'assenza di interferenze o coartazioni-, sia la preventiva informazione; sono aspetti entrambi approfonditi e regolati nei paesi (Germania, Stati Uniti) che ammettono i patti preventivi rispetto all'assetto economico della crisi coniugale (Ehevertraege; Prenuptial Agreements), dalla cui esperienza pare quindi opportuno attingere (31).

Invero è noto che, al fine di contenere il rischio di contenzioso, in altri ordinamenti viene fatto ricorso a questo tipo di patti patrimoniali, che in Italia sono osteggiati dalla giurisprudenza, sulla scorta di una pluralità di argomenti, la cui tenuta dev'essere verificata anche alla luce del mutato indirizzo relativo all'assegno di divorzio. L'analisi del recente arresto ha evidenziato il superamento della scansione tra "an" e "quantum", tra i presupposti per il riconoscimento dell'assegno e la determinazione del suo ammontare. In linea di principio i margini di derogabilità dovrebbero aumentare con l'allontanamento dall'indipendenza economica e l'avanzamento verso la conservazione di un tenore di vita elevato.

L'ipotesi è, però, contraddetta dalla constatazione che la chiusura delle corti verso i patti- come detto, sino a oggi ostentata (32) - ha convissuto con la concezione dell'assegno che intendeva l'assegno rivolto al mantenimento del medesimo tenore di vita goduto durante il matrimonio, agitando altri spettri, che prima o poi - c'è da auspicare - verranno messi in fuga (33).

### Note.

(1) Cass. civ., S.U., 11. 7. 2018, n. 18287 per la determinazione dell'importo ha raccomandato l'adozione di "un criterio composto che, alla luce della valutazione comparativa delle rispettive condizioni economico-patrimoniali, dia particolare rilievo al contributo fornito dall'ex coniuge richiedente alla formazione del patrimonio comune e personale, in relazione alla durata del matrimonio (in caso di pochi mesi di unione l'apporto di ciascun partner al patrimonio familiare sarà stato ininfluente), alle potenzialità reddituali future (le chance di riuscire a mantenersi autonomamente o di reintrodursi nel mondo del lavoro) e all'età dell'avente diritto (le condizioni di salute fisica necessarie per il sostentamento)»

(2) ".....Valorizzando la distinzione di significato tra l'espressione "il Tribunale dispone" con la quale si apriva l'elencazione dei criteri di cui si doveva "tenere conto" ai fini del diritto alla corresponsione dell'assegno di divorzio e l'incipit della seconda parte

della norma "nella determinazione di tale assegno il giudice tiene conto" emergeva, sul piano testuale una distinzione tra criteri attributivi (le condizioni economiche dei coniugi - profilo assistenziale; le ragioni della decisione - profilo risarcitorio) e determinativi (contributo personale ed economico dato da ciascuno dei coniugi - profilo compensativo)".

(3) "... assistenziale in senso lato, con riferimento al criterio che fa leva sulle condizioni economiche dei coniugi; risarcitoria in senso ampio, con riguardo al criterio che concerne le ragioni della decisione; compensativa, per quanto attiene al criterio del contributo personale ed economico dato da ciascun coniuge alla condizione della famiglia ed alla formazione del patrimonio di entrambi. Il giudice, che pur deve applicare tali criteri nei confronti di entrambi i coniugi e nella loro necessaria coesistenza, ha ampio potere discrezionale, soprattutto in ordine alla quantificazione dell'assegno": Cass. S.U. 1194/1974

(4) Cass. 835/1975

(5) Cass. 496 / 1980

(6) Cass. 5714/1988

(7) Cass. 3390/1985

(8) Cass. 3520/1983. Si aggiunge "tanto da far affermare che, anche in relazione all'età, il giudice del merito avrebbe dovuto accertare se fosse in concreto possibile per l'ex coniuge richiedente l'assegno essere competitivo sul mercato del lavoro senza dover svolgere attività lavorative troppo usuranti od inadeguate rispetto al profilo complessivo della persona (Cass. 3520 del 1983) "

(9) Contenuta in Cass. 6719/1987

(10) Realizzata dall'art. 10, legge 6 marzo 1987, n. 74. Il nuovo testo "...si discostava da quello originario sotto alcuni profili: il rilievo dell'indagine comparativa dei redditi e dei patrimoni degli ex coniugi fondato sull'obbligo di deposito dei documenti fiscali delle parti e sull'attribuzione di poteri istruttori officiosi al giudice; l'accorpamento nella prima parte della norma, come fattori di cui si deve "tenere conto" nel disporre sull'assegno di divorzio, di tutti gli indicatori che compongono rispettivamente il criterio assistenziale, il compensativo e quello risarcitorio; la necessaria assenza di mezzi adeguati e l'impossibilità di procurarli per ragioni obiettive, in capo all'ex coniuge che richieda l'assegno.

(11) Lucidamente la sentenza osserva che l'obbligo per un coniuge di "somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno ... sorge quando il richiedente non ha mezzi adeguati e non può procurarseli per ragioni oggettive", ma "il periodo si apre con la prescrizione espressa e completa dei criteri di cui il giudice deve tenere conto, valutandone il peso in relazione alla durata del matrimonio quando dispone sull'assegno di divorzio".

(12) Cass. S.U. 11490/1990, ricordata per l'attribuzione all'assegno di carattere esclusivamente assistenziale e il chiarimento circa la superfluità dell'accertamento di uno stato di bisogno, in luogo del quale assumeva rilievo "l'apprezzabile deterioramento, in dipendenza del divorzio, delle precedenti condizioni economiche", da tendenzialmente ripristinare, per "ristabilire un certo equilibrio". La motivazione della sentenza delle S.U. approfondisce il profilo "determinativo" e quello "attributivo" della norma, nell'interpretazione della giurisprudenza di legittimità, sintetizzando che "I criteri indicati nella prima parte della norma hanno funzione esclusivamente *determinativa* dell'assegno, *da attribuirsi*, tuttavia, sulla base dell'esclusivo parametro dell'inadeguatezza dei mezzi".

(13) Cass. 11504 /2017, che si è appoggiata a un passo della relazione accompagnatoria della riforma, suscettibile di tale lettura. A questa argomentazione le S.U. obiettarono, per un verso, l'intrinseca ambiguità dell'intentio legis e, per l'altro, che il testo della norma ha subito un significativo mutamento.

(14) Cass. 1652/ 1990

(15) Cass. 1322/ 1989; Cass. 2799 /1990; Cass. S.U. 11540/1990

(16) Cass. civ., S.U., 2018/18287 aggiunge che tale collegamento

“diventa meramente eventuale ove si assuma come parametro l’autosufficienza economica ma può perdere di rilievo anche con l’ancoraggio al tenore di vita ove questo criterio venga assunto esclusivamente sulla base della comparazione delle condizioni economico-patrimoniali delle parti e, dunque valutando la potenzialità e non l’effettività delle condizioni di vita matrimoniale”.

(17) Dal momento che “il giudice dispone sull’assegno di divorzio in relazione all’inadeguatezza dei mezzi, ma questa valutazione avviene tenuto conto dei fattori indicati nella prima parte della norma”: Cass. S. U.18287/2018

(18) Cass. 1564/ 1990; Cass. 11504/2017

(19) “... La conduzione della vita familiare è il frutto di decisioni libere e condivise alle quali si collegano doveri ed obblighi che imprimono alle condizioni personali ed economiche dei coniugi un corso, soprattutto in relazione alla durata del vincolo, anche irreversibile. Alla reversibilità della scelta relativa al legame matrimoniale non consegue necessariamente una correlata duttilità e flessibilità in ordine alle condizioni soggettive e alla sfera economico patrimoniale dell’ex coniuge al momento della cessazione dell’unione matrimoniale.”

(20) Nell’orientamento riconducibile a Cass. S.U. 11490/ 1990 la comparazione delle condizioni economico-patrimoniali degli ex coniugi “conduceva sia pure in modo riflesso a tenere conto dei criteri determinativi, ma in funzione esclusivamente limitativa dell’astratta quantificazione dell’assegno fondata sul parametro del tenore di vita”. In quello più recente, il criterio conseguente dal principio costituzionale della pari dignità dei coniugi, relativo al contributo dato da ciascuno di essi nella conduzione della vita familiare e nella formazione del patrimonio comune e di ciascuno, “diventano meramente eventuali prospettandosi sostanzialmente una lettura dell’art. 5, comma 6 abrogatrice della prima parte, in quanto l’opzione ermeneutica prescelta è fondata sul rilievo nettamente preminente se non esclusivo del criterio attributivo dell’assegno ... “

(21) Cass. S. U.18287/2018

(22) Insomma, se “la situazione economico-patrimoniale del richiedente costituisce il fondamento della valutazione di adeguatezza”, tuttavia essa non dev’essere assunta come una premessa meramente oggettiva, ma occorre indagarne le cause che l’hanno prodotta, e accertare se esse siano riconducibili agli indicatori descritti nella prima parte dell’art. 5, comma 6, che “assumono rilievo direttamente proporzionale alla durata del matrimonio:” Cass. S. U.18287/2018

(23) Sotto questo specifico profilo “il fattore età del richiedente è di indubbio rilievo al fine di verificare la concreta possibilità di un adeguato ricollocamento sul mercato del lavoro”.

(24) In tema si segnala S. PATTI, *Assegno di divorzio: un passo verso l’Europa?* in *Foro it.*, 2017, I, 2707

(25) Precisamente posti dalla Commissione Europea del diritto di famiglia (C.E.F.L.), sorta al fine di armonizzare i principi in tema di diritto di famiglia in considerazione della competenza del diritto dell’Unione Europea in ordine alla giurisdizione, al riconoscimento ed alla circolazione delle decisioni in materia di scioglimento dell’unione coniugale e responsabilità genitoriale

(26) Tra cui “... la tendenziale eliminazione del divorzio per colpa che, anche all’interno del nostro ordinamento, trova riscontro nella

progressiva riduzione dell’importanza del c.d. criterio risarcitorio fin dall’accertamento dell’addebito in sede di separazione; la natura consensuale del divorzio e la preminenza del principio di autoresponsabilità anche in sede di regolazione dell’assegno le cui caratteristiche sono da cogliere nell’ancoraggio ad un criterio perequativo - assistenziale in funzione di riequilibrio della posizione dell’ex coniuge più svantaggiato (sistema francese); nel favor verso un sistema di riequilibrio economico-patrimoniale realizzato con la ripartizione pregressa delle risorse e del patrimonio familiare cui consegue l’eccezionalità dell’assegno di divorzio (sistema tedesco) ed infine nella temporaneità della disposizione, in quanto finalizzata alla ricomposizione di un quadro di parità economico patrimoniale”.

(27) Propriamente nell’art. 5 dell’VII Protocollo addizionale alla Convenzione Europea dei Diritti Umani, ove viene stabilito che: “I coniugi godono dell’uguaglianza di diritti e di responsabilità di carattere civile tra di essi e nelle loro relazioni con i loro figli riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e in caso di suo scioglimento. Il presente articolo non impedisce agli Stati di adottare le misure necessarie nell’interesse dei figli”. In motivazione si ricorda che il principio è un’evoluzione dell’art. 16 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani proclamata il 10 dicembre 1948, ova è indicato che uomini e donne hanno eguali diritti riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e all’atto del suo scioglimento.

(28) Non scalfirebbero la comune provenienza dal principio di parità effettiva gli elementi che appaiono in contrasto, ovvero “l’eccezionalità del ricorso all’assegno e la temporaneità dello stesso”. A quest’ultimo riguardo si considera che “la mancanza di temporaneità trova puntuale correttivo nel meccanismo legislativo della revisione delle condizioni della sentenza di divorzio in presenza di fatti sopravvenuti mentre il riconoscimento dell’assegno per importi poco elevati ed in unione perequativa riguarda una percentuale molto modesta delle controversie in tema di divorzio”.

(29) Dopo aver premesso la considerazione di carattere fattuale per cui “la determinazione e l’attuazione della scelta di sciogliere l’unione matrimoniale determinano un deterioramento complessivo nelle condizioni di vita del coniuge meno dotato di capacità reddituali, economiche e patrimoniali proprie”.

(30) Su questo tema v. per tutti in dottrina G. OBERTO, *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale*, in *Famiglia e diritto*, 2003, p. 389 ss. (parte I), 495 ss. (parte II).

(31) Nell’ambito della letteratura specialistica si segnalano i saggi di G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, p. 483 ss.; ID., « Prenuptial agreements in contemplation of divorce » e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 171 ss.; ID., *Contratto e famiglia*, in Aa. Vv., *Trattato del contratto*, a cura di E. Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di E. Roppo, Milano, 2006, p. 251 ss.; ID., *Gli accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2008, p. 25 ss.; ID., *Per un intervento normativo in tema di accordi preventivi sulla crisi della famiglia*, in Aa. Vv., *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, a cura di S. LANDINI e M. PALAZZO, Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato, n. 1-2018, , Milano, 2018, p. 33 ss.

(32) Da ultimo Cass. 30. I. 2017, n. 2224

(33) Come da tempo auspicato da G OBERTO, opp. locc. ultt. citt.



*Hestia ed Hermes.  
Beni mobili e immobili tra religione e diritto.  
Una ricerca di antropologia giuridica sulla  
“grande divisione” tra gli “oggetti di diritti”.*

**Marcello Castiglione**  
*Magistrato, Corte d'Appello di Genova*

**Sommario:** 1. *Una summa divisio rerum.* 2. *Le res sacrae.* 3. *La casa al centro del mondo.* 4. *La casa verticale.* 5. *Oikos;* 6. *Res mancipi e nec mancipi.* 7. *Hestia ed Hermes.*

### 1. Una summa divisio rerum.

Diceva il Bonfante che in qualunque diritto esiste una *summa divisio rerum* che per la sua speciale funzione economica e sociale pervade ed investe tutto l'organismo giuridico. (1) È la distinzione tra le cose che hanno un'importanza sociale e per questo sono assoggettate ad una più rigorosa tutela pubblica e quelle invece che hanno *interesse più che altro individuale*. In alcuni diritti, soprattutto nelle epoche primitive, questa distinzione - osserva sempre il Bonfante - assume il carattere schietto di un'antitesi tra beni che sono in *proprietà collettiva di un gruppo sociale e beni di proprietà veramente individuale*. (2) Questa distinzione fondamentale è rappresentata nel diritto moderno dai beni immobili e mobili: ma - avverte l'insigne romanista - questi sono nomi convenzionali, “perché in realtà gli oggetti elencati nell'una e nell'altra categoria variano profondamente nella storia e nei diversi Codici, secondo le esigenze sociali, senza riguardo alla mobilità o immobilità di ciascuno” (Pietro Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*) (3). La stessa distinzione era quasi completamente ignota al *diritto romano classico*, nel quale aveva lo stesso significato e la stessa importanza, la distinzione delle *res mancipi e nec mancipi*.

L'osservazione etnologica ha ritrovato le tracce di una *summa divisio rerum* negli ordinamenti dei popoli primitivi, nei quali esistono beni inalienabili e beni che invece sono destinati alla circolazione. Taluni beni, come la maggior parte delle merci, sono facili da alienare; altri invece sono strettamente e quasi indissolubilmente legati alla persona del possessore. La loro unica e soggettiva identità, che costituisce un riflesso della personalità del possessore, conferisce a questi beni un valore assoluto, collocandoli ad un livello superiore a quello degli oggetti di scambio. (4) Per meglio comprendere questo legame quasi spirituale tra le persone e le cose, occorre fare una premessa. (5)

### 2. Le res sacrae.

Invero, l'uomo primitivo ha una percezione di sé e dell'ambiente che lo circonda molto diversa da quella dell'uomo moderno, ovvero non ha la percezione e consapevolezza di se medesimo come “soggetto” in contrapposizione agli *oggetti* che costituiscono il suo paesaggio naturale, ma apprende e rappresenta se stesso come un oggetto della natura simile agli altri. (6) Per questo sente - l'individuo - di appartenere ad una realtà indivisa più ampia ed estesa della sua individualità. È questo il sentimento della partecipazione universale, per cui in tutta la natura, negli uomini, negli animali e nelle cose, al di sotto delle diverse forme che essi rivestono, circola una medesima realtà essenziale, materiale e spirituale insieme, un'energia da cui dipende la vita di tutto ciò che

esiste, perché *tutto è vivo in natura*. Secondo la stessa rappresentazione le cose non sono quegli esseri inerti che il diritto giustiniano ed i nostri sistemi giuridici intendono, ma sono animate da una *vita interiore*, ovvero da un'anima o spirito che conferisce loro una personalità ed una vita simile a quella degli uomini. (7)

In questo senso presso i popoli primitivi la *casa* rappresenta il bene più intimamente legato alla famiglia ed alle persone che la abitano. Tutte le cose della casa, il tetto, le travi, le pareti, il focolare, i beni che la arredano hanno un nome ed una personalità propria, possiedono particolari poteri, qualità e memoria, parlano agli uomini. Sono considerati sacri e custoditi gelosamente - gli oggetti di casa - all'interno delle mura domestiche. A volte sono fatti oggetto di culto. Non devono uscire di casa perché appartengono alla famiglia e sono trasmessi di generazione in generazione come segno di continuità della stirpe e pegno di ricordo degli antenati. Non possono essere mercificati, ma possono essere donati a persone particolari in occasioni speciali. (8) Al possesso di questi oggetti, che presso alcune tribù incorporano gli spiriti degli antenati, è legata non solo la continuità della stirpe ma anche la fortuna e la dignità della famiglia. (9) Insomma, nella casa cose e persone si confondono e sono indissolubilmente legate tra loro. In questo senso gli indiani d'America distinguono dalle provviste, che sono destinate al consumo ed allo scambio, le proprietà che devono essere conservate in casa perché costituiscono la ricchezza della famiglia (Marcel Mauss, *Saggio sul dono*) (10). Questa distinzione riflette sul piano economico - e non solo - la contrapposizione dialettica tra il fisso ed il mobile, il chiuso e l'aperto, il dentro ed il fuori: è una polarità che si attesta non solo nel sistema dei diritti reali e degli scambi ma che s'inscrive anche nelle istituzioni sociali e religiose. (11)

*La capanna è un terreno perfetto per costruirsi una vita.* Tesson, Nelle foreste siberiane

### 3. La casa al centro del mondo.

La casa è un'immagine del mondo, o per meglio dire è costruita ad immagine del mondo: il tetto simboleggia il cielo, il pavimento la terra, le quattro pareti le direzioni del mondo. (12) Per la famiglia che la abita organizzare ed occupare lo spazio all'interno della casa rappresenta e ripete l'esperienza fondamentale e primordiale della creazione del mondo e l'esperienza esistenziale - come dice Mircea Eliade - di vivere in un mondo organizzato ed ordinato, il mondo degli uomini. La costruzione della casa, come processo culturale, segna la distanza dell'uomo dalla natura, tracciando delle linee e dei confini che separano nettamente quello che sta dentro da quello che sta fuori, ritagliano lo spazio domestico, stabilendo una lontananza ideale rispetto a quello che rimane fuori e viene - per così dire - esorcizzato perché è diverso. Questa diversità - intesa come alterità rispetto al mondo umano - inizia subito fuori della porta di casa, fuori del villaggio, fuori delle mura della città, fuori - insomma - dell'ambiente domestico, dove iniziano la foresta, il deserto, il mare, le distese infinite della natura incolta e non ancora civilizzata, nelle quali è facile perdersi. (13) Per gli antichi la soglia della porta di casa era sacra, come i confini e le mura della città, perché separava due ambienti diversi: l'ambiente domestico, protetto dalle mura di casa e rassicurante, dal mondo esterno, quello della natura, delle belve, degli dei, dei mostri. *Dentro* il cosmo, l'ordine. *Fuori* il caos ed il disordine. La casa in senso culturale rappresenta un punto di riferimento stabile e permanente per gli uomini che si contrappone al disordine ed alla fluidità del mondo esterno. (14)

Intanto, per assolvere a questa funzione, per costituire un punto fisso di riferimento culturale, la casa deve occupare un punto fisso nello spazio. L'immobilizzazione della casa al suolo rappresenta sul piano esistenziale e religioso il radicamento dell'uomo nel territorio: insomma, con la costruzione della casa l'uomo colonizza il territorio nel quale mette radici. (15) In questo senso la casa partecipa a quello che Mircea Eliade chiama il *simbolismo del centro* per il quale il centro della casa deve corrispondere sempre al centro del territorio da essa occupato ed a quello dell'universo (Mircea Eliade, *Il mito dell'eterno ritorno*). (16) Secondo queste rappresentazioni culturali l'immobilità della casa deve essere intesa in *senso simbolico* prima ancora che in senso reale. (17) In tal senso, i popoli nomadi fisicamente si spostano nel territorio con il loro accampamento, ma ovunque si trovino restano sempre *simbolicamente ancorati al centro dell'universo*, ovvero si muovono secondo certe *coordinate* spaziali e culturali (18) che consentono loro di non perdere il contatto col loro mondo (19).

#### 4. La casa verticale.

La casa oltre ad una dimensione orizzontale e statica, ben rappresentata dalla sua collocazione fissa nello spazio, ovvero dalla sua immobilità, ha anche una dimensione verticale e dinamica. Invero, attraverso il centro della casa, che corrisponde al centro dell'universo, passa l'asse del mondo che pone in collegamento tra loro i tre livelli cosmici. (20) In questo senso il focolare, centro della casa, rappresenta anche un punto di passaggio, una via di scambio e di comunicazione tra il mondo superiore degli dei celesti ed il mondo sotterraneo degli dei inferi, "l'asse che fa comunicare tra di loro tutte le parti dell'universo, da un'estremità all'altra" (Jean-Pierre Vernant, *Mito e pensiero presso i Greci*). (21) Il pilastro centrale della casa, o il palo che sostiene la tenda, rappresenta la proiezione dell'asse cosmico nell'ambiente domestico. Questa rappresentazione è talmente radicata nelle società tradizionali che taluni popoli nomadi nei loro spostamenti si portano dietro il palo sacro che simboleggia la fissità, la centralità e la verticalità della casa. Questa dimensione verticale della proprietà era ancora ben presente ad un livello più evoluto nella coscienza dei giuristi romani, per i quali la proprietà del suolo si estendeva senza limiti *usque ad sidera usque ad inferos*. (22)

*Mars Pater! te precor quaesoque/  
uti sies! volens propitius/  
mihi domo! familiaeque nostrae.  
Carmen lustrationis*

#### 5. Oikos.

Nel mondo dell'antica Grecia la casa aveva una connotazione tipicamente femminile, nel senso che era - l'ambiente domestico - il dominio della donna, padrona della casa nella sua duplice veste di sposa e di madre. La donna si identificava con la casa al punto che il focolare, punto di forza e centro energetico della casa, era identificato col ventre materno. (23) Le attività dell'uomo invece erano tutte orientate all'esterno, al lavoro dei campi, alla politica, alla guerra, agli affari. Sul piano delle attività economiche - spiega il Vernant - l'uomo acquisiva i beni all'esterno - come provento degli affari, bottino di guerra, prodotti dell'agricoltura - e la donna li conservava tra le mura domestiche. Il *thalamos* rappresentava la parte intima e remota della casa, quella più nascosta e segreta, lo spazio riservato alla donna, che vi conservava i beni più preziosi e rappresentativi: tessuti pregiati, metalli preziosi, oggetti sacri e potenti, che divenivano e costituivano per le famiglie nobiliari segno e pegno

di prestigio e potere. In questo senso l'*oikos* - la casa - assolveva ad una funzione di "tesaurizzazione" od immobilizzazione dei beni. Come avviene nelle società tradizionali, i beni che entrano nella sfera domestica si stabilizzano: diventano - nella sostanza - beni immobili per vocazione o destinazione culturale. Ad Itaca, nel palazzo di Ulisse, Penelope conservava gelosamente nel *thalamos* l'arco che era appartenuto al marito, che lui solo era capace di tendere e che sarebbe diventato al suo ritorno lo strumento della sua vendetta. L'oggetto magico legato al palazzo, dotato di una forza spirituale che lo assimilava al padrone, si identificava con lui e col suo potere sulla casa. A tutti questi beni si applica in greco il termine *keimèlia*, che fa riferimento alla loro immobilizzazione (dal verbo *kèimai* = giacere immobile).

L'aspetto mobile e circolante della ricchezza familiare è costituito dalle greggi. "Tesoro e greggi si oppongono tra di loro, sul piano dei valori economici, così come l'interno e l'esterno, il fisso ed il mobile, il recinto domestico e lo spazio aperto dell'*agròs*". Questo termine designa lo spazio aperto dove si cacciano gli animali selvatici e si conducono le greggi in opposizione al mondo della casa e della città. La parola che designa il bestiame - *pròbaton* - significa letteralmente tutto ciò che cammina e si sposta (dal verbo *probaino* = avanzare). La formula *keimèlia kai próbaton* designa la ricchezza nel suo insieme, costituita da beni immobili e mobili, ricchezza che giace in casa e ricchezza che cammina per la campagna. Il gregge rappresenta la forma più antica di ricchezza mobile, una forma di ricchezza che anziché restare fissa può aumentare o diminuire, e riprodursi naturalmente. Dal gregge nasce l'idea del denaro, come strumento di scambio e bene mobile per eccellenza: al punto che la stessa parola *tokos* che designava la generazione del bestiame era utilizzata anche per indicare gli interessi generati dal capitale (Vernant, *op.cit.*)

#### 6. *Res Mancipi e nec Mancipi*.

Anche nell'antico mondo pastorale latino le cose erano di due specie. "Si distingueva tra la *familia* e la *pecunia*, tra le cose della casa (schiavi, cavalli, muli, asini) ed i bestiame che vive nei campi, lontano dalle stalle". Da questa deriva la distinzione classica del diritto romano tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*. (24) Erano *res Mancipi* i fondi, case o terreni, di proprietà del cittadino, quindi posti in suolo italico; gli schiavi; i cavalli, buoi, muli ed asini, cioè tutte le bestie da tiro o da soma. Tutte le altre cose erano *res nec Mancipi*. Esse si distinguevano principalmente per il modo di alienazione, che era naturale e semplice per le *res nec Mancipi*, la trasmissione del possesso o *traditio*, solenne e pubblico per le *res Mancipi*, la *Mancipatio* o la *in iure cessio* (Bonfante, *op.cit.*). Questa *summa divisio rerum*, che rifletteva l'economia prevalentemente agricola in cui era nato il diritto romano, ricalcava la distinzione tra i beni permanenti ed essenziali della casa e le cose che passano: i viveri, il bestiame minuto dei campi ed infine il denaro. D'altra parte la parola *familia* indicava non solo le persone ma anche - e soprattutto in origine - le *res* che appartenevano alla casa. Gli animali che vivevano nella stalla erano considerati a tutti gli effetti come abitanti della casa e componenti della famiglia. In particolare il bue che tirava l'aratro abitava sotto lo stesso tetto del contadino ed era il suo fedele compagno di lavoro, per questo faceva parte per tradizione della famiglia, diversamente dagli animali più minuti che vivevano in branchi all'aperto sulla terra incolta, separati dal gruppo umano e lontani dalle case degli uomini, più vicini al mondo selvatico. Per contro - come mostra l'etimologia - il nome e l'idea del denaro, che in un'economia

evoluita costituisce la principale forma di ricchezza mobile, deriva dal gregge. La parola *pecus* ed il suo derivato *pecunia* in un'economia agricola di tipo primitivo come quella dell'antica popolazione latina, indicavano l'unica o principale forma conosciuta di ricchezza mobile e circolante: il bestiame minuto. Successivamente l'uso dell'espressione è stato esteso a designare altre forme di ricchezza mobile, come il denaro. Da *pecus* deriva anche la parola *peculium*, che designava un piccolo patrimonio costituito da elargizioni in natura o denaro - sempre in beni mobili - effettuate a favore del *filiusfamilias* o dello schiavo, che pur non essendone il titolare poteva comunque disporne.

Nel diritto giustiniano la distinzione classica delle *res mancipi* e *nec mancipi* è stata definitivamente sostituita da quella tra beni immobili e mobili, che è stata tramandata fino ad oggi. Essa è contenuta nella formula giuridica di cui all'art.812 del Codice Civile per la quale - come è noto - sono beni immobili il suolo, le sorgenti ed i corsi d'acqua, gli alberi, gli edifici e le altre costruzioni, in genere tutto ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo. È una formula di stampo naturalistico, frutto di una lunga evoluzione storica ed economica del diritto, che ha perso o lasciato indietro l'antico retaggio sacrale e religioso.

*Magnum miraculum est homo  
animal adorandum atque honorandum.  
Asclepius, VI*

## 7. Hestia ed Hermes.

In un pregevole studio *sull'espressione religiosa dello spazio e del movimento* presso i Greci Vernant scopre che la contrapposizione dialettica tra i due principi del fisso e del mobile, del dentro e del fuori, del femminile e del maschile ha una idealizzazione e proiezione religiosa nel mondo greco nel rapporto tra *Hestia* ed *Hermes*, (25) due divinità apparentemente molto diverse tra loro che spesso sono associate, formando una coppia. (26) Questa associazione rivela oltre l'opposizione anche una sorta di complementarità od affinità delle due figure religiose. *Hestia* rappresenta il focolare, che non costituisce soltanto il centro dello spazio domestico. "Il focolare circolare, fissato nel suolo, è come l'ombelico che permette alla casa di radicarsi nella terra. È simbolo e pegno di fissità, d'immutabilità, di permanenza". *Hermes* è pure legato alla casa, ma in modo diverso da *Hestia*. Egli si manifesta nelle case degli uomini non come una presenza fissa, ma come il messaggero degli dei, come un viaggiatore che viene da lontano e che appena arrivato già si appresta a ripartire. (27) "Non c'è niente, in lui, di fisso, di stabile, di permanente, di circoscritto, né di chiuso. Egli rappresenta, nello spazio e nel mondo umano, il movimento, il passaggio, il mutamento di stato, la transizione, i contatti tra elementi estranei" (Vernant, *op.cit.*). Nella casa il suo posto è *sulla soglia*, che per gli antichi è sacra ed inviolabile, (28) anche se per *Hermes* non esistono serrature, recinti, confini, non esistono porte che possano sbarrargli la strada. (29)

Nella società estremamente mobile e dinamica di oggi la contrapposizione dialettica tra il fisso ed il mobile sembra decisamente superata. Non esiste più nulla di fisso e di permanente, il mondo e le case degli uomini hanno perso il *sensu del sacro* - come direbbe Mircea Eliade - non esistono più valori stabili ed assoluti e tutto è mercificato. I beni immobili sono divenuti beni circolanti. Il denaro è divenuto strumento di smobilizzazione dei beni e misura del valore di ogni cosa. Gli dei *non parlano* più con gli uomini. *Hermes* non è

più il messaggero degli dei, la guida delle anime, ma è diventato Mercurio che, come attesta chiaramente l'etimologia del suo nome (affine ai sostantivi *merx* e *merces*), è il protettore dei mercanti e degli scambi commerciali. (30)

## Bibliografia.

Le presenti note bibliografiche si riferiscono ad opere non citate in corpo di testo ovvero nelle note allo stesso.

M. A. Rigoni, *Sull'infinità del processo simbolico*, in *Conoscenza religiosa*, 2/1980, La Nuova Italia, Firenze, 1980, pp. 127 e ss.; F. Affergan, *Eso-tismo e Alerità. Saggio sui fondamenti di una critica dell'antropologia*, Mursia, Milano, 1991; J. P. Vernant, *Mito e società nell'antica Grecia*, Einaudi, Torino, 1981; A. Van Gennep, *I riti di passaggio*, Bollati Boringhieri, Torino, 1981; V. Turner, *Dal rito al teatro*, Il Mulino, Bologna, 1986; id., *La foresta dei simboli. Aspetti del Rituale Ndembu*, Morcelliana, Brescia, 1976; id., *Simboli e momenti della comunità. Saggio di antropologia culturale*, Morcelliana, Brescia, 1975; F. Remotti, *Noi, primitivi. Lo specchio dell'antropologia*, Bollati Boringhieri, Torino, 1990; S. J. Schmidt, *Teoria del testo. Per una linguistica della comunicazione verbale*, Il Mulino, Bologna, 1982; C. Levi - Strauss, *Il pensiero selvaggio*, Il Saggiatore, Milano, 1964, id., *Antropologia strutturale*, Il Saggiatore, Milano, 1967; id., *Antropologia strutturale due*, Il Saggiatore, Milano, 1978; R. Girard, *Il capro espiatorio*, Adelphi, Milano, 1987; C. Geertz, *Interpretazione di Culture*, Il Mulino, Bologna, 1990; W. Burkert, *La religione greca di epoca arcaica e classica*, Jaca Book, Milano, 2010; L. Scillitani, *Studi di antropologia giuridica*, Jovene, Napoli, 1980; A. Carandini, *Roma. Il primo giorno*, Laterza, Roma - Bari, 2009; id., *La nascita di Roma. Dei, lari, eroi e uomini all'alba di una civiltà*, Mondadori, Milano, 2010; G. Filoramo, *Figure del sacro. Saggi di storia religiosa*, Morcelliana, Brescia, 1993; N. Frye, *Mito, Metafora, Simbolo*, Editori Riuniti, Roma, 1989; L. Colognesi Capogrossi, *La costruzione del diritto privato romano*, Il Mulino, Bologna, 2016; id., *Storia di Roma tra diritto e potere. La formazione di un ordinamento giuridico*, Il Mulino, Bologna, 2014; G. Sabbatini, *Appunti di preistoria del diritto romano*, Giappichelli, Torino, 2014; D. Dalla e R. Lambertini, *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli, Torino, 2006; R. Basile, "Usus servitutis" e tutela interdittale, CEDAM, Padova, 2012; L. Labruna, *Romanisti e no*, Jovene, Napoli, 2014; id., *Matrici romanistiche del diritto attuale*, Jovene, Napoli, 1999; F. Ost, *Mosè Eschilo Sofocle. All'origine dello immaginario giuridico*, Il Mulino, Bologna, 2007; M. Marrone, *Manuale di diritto privato romano*, Giappichelli, Torino, 2004; T. M. Fogen, *Storie di diritto romano. Origine ed evoluzione di un sistema sociale*, Il Mulino, Bologna, 2005; C. Sanfilippo, *Istituzioni di diritto romano*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2002; A. McClintock (a cura di), *Giuristi nati. Antropologia e diritto romano*, Il Mulino, Bologna, 2016; M. Bretone, *Storia del diritto romano*, Laterza, Roma - Bari, 2006; C. Venturini, *Scritti di diritto penale romano*, CEDAM, Padova, 2016; M. Talamanca e M. Bretone, *Il diritto in Grecia e a Roma*, Laterza, Roma - Bari, 2015; F. Arca-ria e O. Licandro, *Diritto romano. Vol. I: Storia costituzionale di Roma*, Giappichelli, Torino, 2014; E. Cantarella, *Istituzioni di diritto romano*, Mondadori, Milano, 2015; id., *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*, Rizzoli, Milano, 1991; id., *Tacita Muta. La donna nella città antica*, Editori Riuniti, Roma, 1985; G. Valditara, *Riflessioni sulla pena nella Roma repubblicana*, Giappichelli, Torino, 2015; R. Lambertini, *Avvicinamento allo studio testuale del diritto romano*, Giappichelli, Torino, 2015; I. Fargnoli, *Cibo e diritto in età romana*, Giappichelli, Torino, 2015; A. Corbino, *Diritto privato romano. Contesti, fondamenti, discipline*, CEDAM, Padova, 2014; id., *La causa negoziale del diritto privato romano*, CEDAM, Padova, 2014; K. Marx, *Forme economiche precapitalistiche*, Editori Riuniti, Roma, 1985; id., *Manoscritti economico - filosofici del 1844*, Einaudi, Torino, 2004; E. de Martino, *Il mondo magico: prolegomeni alla storia del magismo*, Einaudi, Torino, 1948; id., *Sud e Magia*, Feltrinelli, Milano, 1959; J. Frazer, *Il ramo d'oro. Studio della magia e della religione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2012; E. Zolla, *Verità segrete esposte in evidenza*, Marsilio, Venezia, 1990; id., *Archetipi*, Marsilio, Venezia, 1988; id., *Aure: i luoghi, i riti*,

Marsilio, Venezia, 1985; id., *Il sincretismo*, Guida, Napoli, 1986; id., *Discesa all'Ade e resurrezione*, Adelphi, Milano, 2002; R. Graves, *I miti greci*, Longanesi, Milano, 2015; M. J. Finley, *Economia e società nel mondo antico*, Laterza, Roma - Bari, 1984; D. Piattelli, sub voce, *Diritti dell'Oriente Mediterraneo*, in Digesto, Quarta edizione, Digesto delle discipline privatistiche, Sez. civile, vol. V, UTET, Torino, 1989; A. Maffi, sub voce, *Diritti greci*, in Digesto, Quarta edizione, Digesto delle discipline privatistiche, Sez. civile, vol. V, UTET, Torino, 1989; E. R. Dodds, *I greci e l'irrazionale*, Rizzoli, Milano, 2015; id., *Parapsicologia nel mondo antico*, Laterza, Roma - Bari, 1991; R. Guenon, *La Grande Triade*, Adelphi, Milano, 1987; id., *Oriente e occidente*, Adelphi, Milano, 2016; id., *Il regno della Quantità e i Segni dei Tempi*, Adelphi, Milano, 1982; F. Tonnies, *Comunità e società*, Edizioni di Comunità, Milano, 1979; J. J. Bachofen, *Il matriarcato. Ricerca sulla ginecocrazia del mondo antico nei suoi aspetti religiosi e giuridici*, 2 voll., Einaudi, Torino, 1988; G. de Santillana e H. von Dechend, *Il mulino di Amleto. Saggio sul mito e sulla struttura del tempo*, Adelphi, Milano, 1993; G. Sechi Mestica, *Dizionario universale di mitologia*, Rusconi, Milano, 1994; L. Lombardi Vallauri, sub voce, *Diritto naturale*, in Digesto, Quarta edizione, Digesto delle discipline privatistiche, Sez. civile, vol. VI, UTET, Torino, 1990; E. Benveniste, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, voll. 1 - 2, Einaudi, Torino, 1976; L. Gernet, *Antropologia della Grecia antica*, Mondadori, Milano, 1983; M. Bettini, *Affari di famiglia*, Il Mulino, Bologna, 2009; id., *Vertere*, Einaudi, Torino, 2012; id., *Elogio del politeismo*, Il Mulino, Bologna, 2014; id., *Dei e uomini nella Città. Antropologia religiosa e cultura nella Roma antica*, Carocci, Roma, 2015; id., *Antropologia e cultura romana. Parenela, tempo, immagini dell'anima*, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1986; B. Bernardi, *Uomo, Cultura, Società*, Franco Angeli, 1974; N. D. Fustel de Coulanges, *La città antica*, Vallecchi, Firenze, 1924; B. Malinowski, *Diritto e costume nelle società primitive*, Newton Compton, Roma, 1976; G. Agamben, *Il sacramento del linguaggio. Archeologia del giuramento (Homo sacer II, 3)*, Laterza, Roma - Bari, 2008; M. Polia, *Imperium. Origine e funzione del potere regale nella Roma arcaica*, Il Cerchio, Rimini, 2001; *La linguistica e il sacro*, in Conoscenza religiosa, Fascicolo speciale 1 - 2/1972, La Nuova Italia, Firenze, 1972; M. Ariotti, *Introduzione alla antropologia della parenela*, Cisu, Milano, 1995; M. Tocci, *Il diritto del matrimonio e della filiazione nell'antica Roma. Con appendice sull'antico diritto matrimoniale negli ordinamenti giuridici ellenistici*, Prospettiva, Roma, 2003; H.- Ch. Puech (a cura di), *Storia delle religioni*, 13 voll., Laterza, Roma - Bari, 1990; C. T. Altan, *Manuale di antropologia culturale: storia e metodo*, Bompiani, Milano, 1979; G. Angioni, *Fare, dire, sentire. L'identico e il diverso nelle culture*, Il Maestrale, Palermo, 2011; I. Magli, *Introduzione all'antropologia culturale. Storia, aspetti e problemi della teoria della cultura*, Laterza, Roma - Bari, 1989; P. Rossi (a cura di), *Il concetto di cultura*, Einaudi, Torino, 1970; L. M. Lombardi Satriani, *Antropologia culturale e analisi della cultura subalterna*, Rizzoli, Milano, 1997; C. Kluckhohn, *Lo specchio dell'uomo*, Garzanti, Milano, 1979; C. Gallini, *Il consumo del sacro*, Laterza, Roma - Bari, 1977; A. M. Cirese, *Altri sé. Per un'antropologia delle invarianze*, Sellerio, Palermo, 2010; R. Sacco, *Antropologia giuridica, Contributi ad una macrostoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2007; N. Rouland, *Antropologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1980; R. Orestano, sub voce *Diritto romano* (e la ricchissima bibliografia ivi portata), in Novissimo Digesto Italiano, vol. V, UTET, Torino, Rist. 1979; G. Rebuffa, sub voce *Diritto*, in Digesto, Quarta edizione, Digesto delle discipline privatistiche, Sez. civile, vol. VI, UTET, Torino, 1990; S. Castignone, sub voce *Realismo giuridico*, in Digesto, Quarta edizione, Digesto delle discipline privatistiche, Sez. civile, vol. XVI, UTET, Torino, Rist. 2001; R. Calasso, *Il cacciatore celeste*, Adelphi, Milano, 2016; J. Ries, *Il sacro nella sfera religiosa dell'umanità*, Jaca Book, Milano, 2012; M. Adriani, *Storia religiosa d'Italia*, Biblioteca Fides, Roma, 1977; B. Russel, *Storia della filosofia occidentale*, TEA, Milano, 1993; L. H. Morgan, *La società antica. Le linee del progresso umano dallo stato selvaggio alla civiltà*, Feltrinelli, Milano, 1974; M. Sorgenti, sub voce *Diritti reali (diritto romano)*, in Novissimo Digesto Italiano, vol. V, UTET, Torino, Rist. 1979; N. Bobbio, sub voce *Diritto*, in Novissimo Digesto

Italiano, vol. V, Utet, Torino, Rist. 1979; U. E. Paoli, sub voce *Diritto antico*, in Novissimo Digesto Italiano, vol. V, UTET, Torino, Rist. 1979; id., sub voce *Diritto greco*, in Novissimo Digesto Italiano, vol. V, UTET, Torino, Rist. 1979; R. Lekachman, *Storia del pensiero economico*, Franco Angeli Editore, Milano, 1981; M. Gimbutas, *Le dee e gli dei dell'antica Europa. Miti e immagini del culto*, Banda Aperta srl, Roma - Viterbo, 2016; A. Graf, *Il mito del Paradiso terrestre*, Manilo Basaia Editore, Roma, 1982; A. Warburg, *Il rituale del serpente*, Adelphi, Milano, 2011; F. Cardini, *I giorni del sacro. I i riti e le feste del Calendario dall'antichità ad oggi*, UTET, Torino, 2016; M. Eliade, *I riti del costruire*, Jaca Book, Milano, 1990; id., *Nozze in cielo*, Jaca Book, Milano, 1996; id., *La creatività dello spirito*, Jaca Book, Milano, 1990; M. Pallottino, *Etruscologia*, Ulrico Hoepli, Milano, 1984; I. P. Couliano, *I miti del dualismo occidentale*, Jaca Book, Milano, 1989; M. Douglas, *Purezza e pericolo*, Il Mulino, Bologna, 1975; B. Centrone, *Prima lezione di filosofia antica*, Laterza, Roma - Bari, 2915; R. Daumal, *Il potere della parola*, Adelphi, Milano, 1968; id., *Il Monte Analogo. Romanzo d'avventure alpine non euclidee e simbolicamente autentiche*, Adelphi, Milano, 1968; V. M. Manfredi, *Andare per l'Italia etrusca*, Il Mulino, Bologna, 2916; R. Otto, *Il sacro. L'irrazionale nell'ide del divino e la sua relazione col razionale*, Feltrinelli, Milano, 1987; S. Tokarev, *Le religioni del mondo antico dai primitivi ai celti* (vol. 1) e *Le religioni del mondo antico dal mondo classico all'islamismo* (vol. 2), Teti editore, Milano, 1983; A. Destro e M. Pesce, *Antropologia delle origini cristiane*, Laterza, Roma - Bari, 2008; *Diritto* (a cura di G. Crifò), voll. 1 - 2, Enciclopedia Feltrinelli Fischer 30 - 31, Feltrinelli, Milano, 1972; F. Dei, *Antropologia culturale*, Il Mulino, Bologna, 2016; G. D'Agostino e V. Matera, *Antropologia culturale. Un approccio per problemi*, UTET, Torino, 2015; V. Siniscalchi, *Antropologia culturale. Un'introduzione*, Carocci, Roma, 2001; C. Ember e M. Ember, *Antropologia culturale*, Il Mulino, Bologna, 2003; A. Negri, *Il giurista dell'area romanista di fronte all'etnologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1983; G. Baumann, *Lenigma multiculturale. Stati, etnie, religioni*, Il Mulino, Bologna, 2003; L. Nader, *Le forze vive del diritto. Un'introduzione all'antropologia giuridica*, Esi, Napoli, 2003; F. De Marini Avonzo, *Critica testuale e studio storico del diritto. Appunti dalle lezioni introduttive al corso di esegesi delle fonti del diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1973; L. Migliardi Zingale, *I testamenti romani nei papiri e nelle tavolette d'Egitto. Silloge di documenti dal I al IV secolo d. C.*, Giappichelli, Torino, 1991; P. Barcellona, *Formazione e sviluppo del diritto privato moderno*, Jovene, Napoli, 1987; M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione storica*, Il Mulino, Bologna, 1991; (a cura di G. Alpa) *Lo spirito del diritto civile*, voll. I - II, ECIG, Genova, 1985; M. Shell, *Moneta, linguaggio e pensiero*, Il Mulino, Bologna, 1988; E. Nardi, *Rabelais e il diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1962; E. A. Hoebel, *Il diritto nelle società primitive*, Il Mulino, Bologna, 1973; L. Mossini, *Per questi motivi*, Giuffrè, Milano, 1981; M. Amelotti, *Le forme classiche di testamento*, voll. I - II, Giappichelli, Torino, 1967; H. Sumner Maine, *Diritto antico*, Giuffrè, Milano, 1998. *Adde*: G. Romagnoli (a cura di), *Mito e Diritto*, Centro internazionale Studi sul Mito, Collana Argomenti, Palermo, s. d.

N.B.: Le poche note e la generica bibliografia, utile più che altro, per una visione sistematica e generale della materia o per ulteriori approfondimenti, sono opera della Redazione.

#### Note.

(1) Per i collegamenti e le relazioni (spesso da far emergere con una sorta di lavoro di decrittazione), tra religione, struttura sociale, diritto, economia e (se si vuole) teologia, si veda: G. Agamben, *Il Regno e la Gloria. Per una genealogia teologica dell'economia e del governo (Homo sacer II, 2)*, Bollati Boringhieri, Torino, 2014, nonché S. Natoli, *Kratos. Potere e società*, Albo Versorio, Milano, 2015; *adde*, M. Horkheimer e T. W. Adorno, *Dialectica dell'illuminismo*, Einaudi, Torino, 1974, J. Camatte, *Il disvelamento*, La Pietra, Milano, 1978, J. Baudrillard, *Lo scambio simbolico e la morte*, Feltrinelli, Milano, 2002, B. Farrington, *Scienza e politica nel mondo antico*, Feltrinelli, Milano, 1960, nonché: K. Marx e F. Engels, *La concezione materialistica della storia* (a cura di F. Codino), Editori Riuniti, Roma, 1969.

(2) Può essere di qualche utilità, sul punto, e ancor oggi, anche se si tratta di un testo “datato”, la lettura del volume di F. Engels, *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato*, Editori Riuniti, Roma, 2005, nonché del libro (più recente) di T. Veblen, *La teoria della classe agiata. Studio economico sulle istituzioni*, Einaudi, Torino, 2017, che è il caposcuola della cd, “teoria economica istituzionalistica”.

(3) P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1987.

(4) Si deve far presente, *quasi incidenter*, come ogni ricerca antropologica ed, in particolare di antropologia giuridica, non è mai fine a sé stessa e non consiste in un mero esercizio di erudizione accademica; invero, il discorso antropologico tende a far risaltare anche negli aspetti giuridici e culturali della esistenza sociale umana, quelli che sono gli “archetipi” (o le forme esistenziali), proto storici o sub storici, sempre presenti nella “coscienza collettiva” e “nell’immaginario sociale”. Non per niente, un marxista eterodosso come Pietro Barcellona ritiene che solo il discorso sulle prospettive e sulle situazioni antropologiche possa, in oggi, mantenere viva la speranza in un progetto, oltre la “mera discussione utopistica” (P. Barcellona, *I soggetti e le norme*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 199).

(5) Si noti che già l’uso dei termini (e dei concetti, rispettivamente, c orrelati) di “*fas*” e “*ūs*”, evidenzia l’origine magico - sacrale - religiosa, del substrato del più antico diritto romano.

(6) Sui “fondamenti” antropologico - sociologici del diritto e sulle sue origini, sarebbero da “riconsiderare” le teorie del cd. realismo giuridico scandinavo - americano, fatte conoscere in Italia da G. Tarello, S. Castignone ed E. Pattaro. Ci sarebbe da dire che potrebbe (forse) ancora in oggi essere proficuo e utile il riesaminare, cogliendone i lati positivi, i risultati di una scuola di pensiero che tanta importanza ha avuto per la filosofia e teoria generale del diritto, attraverso il secolo scorso.

(7) Per qualche riferimento iconografico alle categorie delle “*res sacrae*”, si veda, per la parte relativa all’antichità, il volume di N. MacGregor, *La storia del mondo in 100 oggetti*. Adelphi, Milano, 2012.

(8) I concetti di merce e di mercificazione non sono solo categorie economiche ma sono anche una complessa rete di rapporti a carattere storico e socio - culturale; è ovvio che una disamina di tali rapporti porterebbe troppo ad allontanarci dall’ambito dell’odierno saggio; qui si può solo far presente come “il passaggio da una società agricola artigianale ad una società industriale in senso esteso, ha imposto una rapidissima accelerazione ed espansione inflazionaria verso un capitalismo onnivoro, il capitale totale o assoluto che dir si voglia, eppure esso è dentro la storia dell’umanità, quella storia strumentale e dell’utilità, per così dire, e in essa oggi si perpetua come strumento e fine”. Cfr.: L. T., *Intorno al valore e la “sua” storia*, in *Il Covile - Rivista telematica* - n. 462(b)/X del 26/6/2018.

(9) Cfr.: W. Schubart, *Eros e religione. L’amor sacro e l’amor profano*, Mursia, Milano, 1977.

(10) M. Mauss, *Saggio sul dono*, Einaudi, Torino, 2002.

(11) Si noti che il “potere è connesso alla distribuzione del territorio: il significato originario della parola ‘*nomos*’ ‘legge’, vuol dire ‘distribuire’, quindi distribuire la terra, distribuire i beni e amministrarli” (Si veda: S. Natoli, *op. cit.*, p. 25).

(12) I templi degli dei e delle dee, greci, etruschi e romani sono costruiti sul modello della casa (A. J. Toynbee, *Il racconto dell’uomo*, Garzanti, Milano, 1987, p. 335).

(13) G. Murray ritiene che presso i greci protostorici, si fosse conservata gran parte della pacifica tradizione agricola, per cui ad esempio un animale domestico come il bue, veniva considerato come un parente o un socio. “Una casa, un bue e una donna sono tutto ciò - secondo Esiodo - di cui ha bisogno l’uomo per affrontare il mondo” (G. Murray, *Le origini dell’Epica greca*, Sansoni, Firenze, 1964, pp. 87 - 88).

(14) “.....nella Qabbalah ebraica si parla di ‘palazzo santo’ o ‘palazzo interiore’ situato appunto al centro delle sei direzioni dello spazio” (R. Guenon, *Il simbolismo della croce*, Rusconi, Milano, 1983, pp. 39 - 40).

(15) Secondo G. Agamben (che riprende una teorizzazione di C. Meier), “nella prospettiva che qui ci interessa, occorre precisare che .. ... nel campo di tensioni tra *oikos* e *polis*..... la *stasis* costituisce una

soglia, transitando attraverso la quale l’appartenenza domestica si politicizza in cittadinanza, e inversamente, la cittadinanza si depolitizza in solidarietà familiare” (G. Agamben, *Stasis*, Bollati Boringhieri, Torino, 2015, p. 27).

(16) M. Eliade, *Il mito dell’eterno ritorno*, Borla, Roma, 1966.

(17) Peraltro, sempre secondo M. Eliade, nella “geografia mitica lo spazio sacro è lo spazio reale per eccellenza” (M. Eliade, *Immagini e simboli*, Jaca Book, Milano, 2015, p. 40).

(18) Gli antichi Lituani veneravano il cd. “serpente della casa”. Cfr.: F. Heiler (a cura di), *Storia delle religioni*, vol. II, Sansoni, Firenze, 1962, p. 29.

(19) Si noti come in antropologia, le problematiche tecniche si intersecano e si collegano ad aspetti magico - rituali; per tutti si veda: A. Leroi - Gourhan, *Evoluzione e tecniche. L’uomo e la natura* (vol. 1) e *Evoluzione e tecniche. Ambiente e tecniche* (vol. 2), Jaca Book, Milano, 1994.

(20) Si veda: R. Guenon, *Simboli della scienza sacra*, Adelphi, Milano, 1990.

(21) J - P. Vernant, *Mito e pensiero presso i greci*, Einaudi, Torino, 2001.

(22) Così come poteva connotarsi il “*dominium ex iure Quiritium*”.

(23) Ed è, infatti, un Titano, figlio della Terra - Madre, *Prometeo*, che ruba il fuoco agli dei, per donarlo agli uomini.

(24) Secondo G. Grosso, alla base della “dottrina romana delle cose sta una distinzione fondamentale antichissima, tra *res mancipi* e *res nec mancipi*, il che significa cose di *mancipium* e cose *non di mancipium*, in cui *mancipium*, secondo la più verosimile interpretazione, viene, tra i molti significati che possiede (a connotarsi) in quello di potere, ad indicare il potere a cui le prime erano sottoposte; ..... l’antico *mancipium* abbracciava, oltre talune *res* (quelle che furono dette *mancipi*), anche le persone libere soggette” (G. Grosso, *Lezioni di storia del diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1959, pp. 10 - 11).

(25) I greci identificavano il dio egiziano *Thoth*, con *Ermete* (il *Mercurio* latino), cui attribuivano il titolo di *Trismegisto* (tre volte grande), e che, come dio della sapienza, sarebbe stato l’autore di libri a carattere esoterico - magico - religioso, il cd, *Corpus Hermeticum*. Del *Corpus Hermeticum* esiste una moderna traduzione a cura di J. Festugiere e di A. D. Nock; la monumentale opera è stata editata in lingua italiana (a cura di I. Ramelli), dalla casa editrice Bompiani, Milano, 2005, nella collana “Il pensiero occidentale”.

(26) Sulle traiettorie che le figure del Pantheon greco - romano vengono a compiere e a percorrere, almeno fino al Rinascimento e, talora, con singolari metamorfosi, si veda: J. Seznec, *La sopravvivenza degli antichi dei. Saggio sul ruolo della tradizione mitologica nella cultura e nell’arte rinascimentale.*, Bollati Boringhieri, Torino, 2015.

(27) *Hermes* è anche considerato come la *guida delle anime* nella mitologia greco - romana.

(28) Secondo Isidoro di Siviglia fu *Mercurio Trismegisto* ad “insegnare l’uso delle leggi agli Egiziani” (Isidoro di Siviglia, *Etimologie o origini*, vol. I, UTET, Torino, 2014, p.387). *Mercurio Trismegisto* (il tre volte grande), viene ad assumere allora anche la veste del sapiente legislatore, il che rientra (anche) nella “funzione” di messaggero od annunciatore della volontà degli dei.

(29) Le figure (forme) di *Hestia* (Vesta) e di *Hermes* (Mercurio), si riferiscono, al di là della narrazione mitologica, ad aspetti o archetipi di tipo sub storico o proto storico. Alla prima figura troviamo collegate la cura e custodia del fuoco (forse con influenze sotterranee di tipo indo - iranico) e il governo (conseguenziale) della casa (che nel mondo arcaico è un’entità magico - politico - religiosa); per la seconda figura l’aspetto di messaggero divino e di psicopompo (quale guida delle anime), è anche legato a valenze aventi ad oggetto segreti sapienziali e conoscenze di carattere magico - esoterico: si pensi al *Corpus Hermeticum* della tarda antichità ed il revival di tali scritti attribuiti ad *Ermete Trismegisto*, in epoca umanistica, tramite l’opera, di carattere magico - sapienziale, di autori quali Marsilio Ficino o Giovanni Pico della Mirandola.

(30) Si noti che nell’ampio immaginario mitologico greco - romano, *Hermes* (o *Mercurio*) è anche il dio protettore dei ladri.

## Arbitrato e negoziazione assistita: quali opportunità per l'avvocatura\*

**Carlo Alberto Calcagno**

Avvocato, Foro di Genova

**Sommario:** 1. Giustizia: un momento di crisi. - 2. L'arbitrato forense. La Convenzione di New York. La Model law. - 3. L'arbitrato del consumo. - 4. Inquadramento storico delle ADR. - 5. Un recupero delle ADR: una giustizia elastica. - 6. La negoziazione assistita: i dati. - 7. La negoziazione assistita in Francia: esiti. - 8. La negoziazione assistita: transazione? - 9. La negoziazione assistita: i tratti fondamentali. - 10. La negoziazione assistita: le tecniche di negoziazione e comunicazione.

### Abstract.

La qualità dei nostri sistemi di composizione della lite non è in generale positivamente percepita dai nostri cittadini: ciò si riverbera anche sull'accesso agli strumenti. Mentre a livello internazionale l'arbitrato è considerato mezzo d'elezione per comporre perlomeno le controversie commerciali, all'interno del nostro paese trova difficoltà di utilizzo. Ma dobbiamo ricordare che la tradizione giuridica italiana ed europea riposa su meccanismi aggiudicativi e valutativi: bisogna dunque insistere nel richiedere nuove soluzioni legislative che consentano da un lato in capo al cittadino una maggiore conoscenza dell'arbitrato e dall'altro una giustizia più elastica. La negoziazione assistita, a differenza dell'arbitrato, appare allo stato attuale uno strumento non radicato nella cultura europea. L'istituto si basa sulla collaborazione tra gli attori che richiede necessariamente al giurista l'approfondimento di competenze non giuridiche, allo stato oggetto di studio dei soli mediatori. Le opportunità per l'avvocatura dipendono in conclusione quanto all'arbitrato dalla predisposizione di sistemi giurisdizionali misti e quanto alla negoziazione nell'approfondimento delle cosiddette abilità trasversali.

### 1. Giustizia: un momento di crisi.

Tutti noi percepiamo ogni giorno in Tribunale che stiamo vivendo (e non siamo i soli) un momento di particolare crisi del settore giudiziario.

Un recente rapporto (aprile 2018) sull'accesso mondiale alla giustizia (1) ci informa che negli ultimi due anni soltanto il 14% dei nostri concittadini si è rivolto ad una autorità terza per risolvere una controversia.

Si percepisce, in altre parole, una particolare sfiducia: non a caso in ordine alla tutela dei diritti fondamentali (per intenderci quelli della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo) l'Italia occupa solo il 28° posto su 113 nazioni: prima di noi si collocano, con tutto il rispetto, ad esempio la Repubblica Ceca (14), le Barbados (17), il Costa Rica (18) e la Romania (27) (2).

In merito alla qualità della giustizia civile ci posizioniamo al 52° posto, nettamente sopravanzati dalla Grecia che troviamo al 46°.

In quel nostro 52° posto viene valutata anche la qualità degli strumenti alternativi ed in particolare se siano convenienti, efficienti, eseguibili ed imparziali.

Il che potrebbe già darci una prima risposta su come i cittadini percepiscono gli strumenti e pure gli operatori di ADR nel nostro paese e sulle opportunità che allo stato si possono presentare per i professionisti del settore.

### 2. L'arbitrato forense. La Convenzione di New York. La Model law.

Discorrere oggi delle opportunità recate agli avvocati dall'arbitrato introdotto nel 2014 in Italia non è particolarmente agevole per me, dal momento che nel 2018, almeno nel mio foro, quello genovese, non ne è stato celebrato nemmeno uno.

Così stando le cose, quando ho preparato questa relazione, non ho avuto un particolare incentivo ad indagarne le cause. Detto ciò devo precisare, più in generale, che nel Mondo - come riconobbe l'ONU nel 2007 (3) - è l'arbitrato l'istituto maggiormente riconosciuto almeno nell'ambito del commercio internazionale.

E potremmo aggiungere, d'altro canto, che in Europa alla fine del 2017 è emerso il fatto incontestabile che i cittadini hanno preferito il processo e quindi uno strumento decisionale.

La risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 2017 sulla mediazione civile e commerciale precisa del resto, lapidariamente, che la mediazione non ha riguardato neppure l'1% delle controversie (4). È stato un durissimo colpo per tutti coloro che come il sottoscritto, sperano da almeno vent'anni che gli strumenti di negoziazione possano trovare una equilibrata collocazione nel panorama ordinamentale della UE.

Ma da studioso della materia devo prenderne atto: il dato è in linea con l'andamento della composizione del conflitto in Europa nei secoli passati che ha sempre visto una prevalenza dell'approccio decisionale.

In tempi recenti il maggior riconoscimento dell'arbitrato è dipeso probabilmente dal fatto che nel 1958 la Conferenza delle Nazioni Unite a New York ha adottato una convenzione (5) che è stata ratificata nel tempo da 159 Stati su 196 (6).

La convenzione di New York che è rivolta ai giudici dei singoli stati aderenti concerne il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali (7).

In pratica se un arbitro tedesco emette un lodo in Germania esso può essere riconosciuto od eseguito in Grecia in quanto Germania e Grecia hanno ratificato la detta convenzione.

Ecco probabilmente uno dei motivi della maggiore diffusione dello strumento arbitrale. La mediazione non possiede a livello mondiale lo stesso vantaggio, anche se si sta cercando da ultimo di correre ai ripari (8).

Molti paesi europei hanno dunque ratificato la Convenzione di New York del 1958, seppure alcuni con riserva (9).

Nel 1985 una commissione dell'Onu (UNCITRAL) ha poi emanato un documento (*Model law on international commercial arbitration*) (10) modificato nel 2006 (11), che contiene norme in materia di arbitrato internazionale che possono essere adottate su base pattizia dagli Stati: in sostanza lo stato aderente può adottare la *Model law* incorporandola nel suo diritto nazionale.

La legge modello è stata concepita per aiutare gli Stati a riformare e modernizzare le loro leggi sulla procedura arbitrale in modo da tener conto delle caratteristiche e dei bisogni specifici dell'arbitrato commerciale internazionale. Diversi stati europei che hanno aderito alla *Model Law* o l'hanno incorporata nei loro atti *ab origine* oppure hanno modificato la disciplina che avevano adottato in precedenza.

\* Intervento tenuto in occasione della Giornata Europea della Giustizia Civile, il 25 ottobre 2018, sul tema "Lo sviluppo economico dell'avvocatura nel contesto europeo ed italiano, attraverso le tecnologie digitali ed informatiche, gli studi di genere e sulle a.d.r.

Tendenzialmente chi ha adottato una disciplina in materia di arbitrato osserva anche determinati principi della legge modello sulla conciliazione commerciale internazionale, tra cui spicca quello di volontarietà, principi che poi in seguito, tra l'altro, sono stati traslati anche nella disciplina sulla mediazione civile e commerciale da diversi paesi.

Gli Stati che hanno incorporato la *Model law* nella legislazione interna sono 80 nel Mondo e 30 in Europa (12).

### 3. L'arbitrato del consumo.

Un incentivo recente all'utilizzo dell'arbitrato è poi venuto dal recepimento della Direttiva 2013/11/UE (13) con riferimento alle ADR del consumo, visto che ci sono state diverse nazioni che lo hanno adottato in esclusiva: spicca tra le altre la Germania (14).

Nel paese teutonico è uscita la prima relazione sulle controversie di consumo (15) ed i numeri sono molto confortanti: nel 2016 ci sono state 61.694 domande e nel 2017 68.538.

Gli avvocati dunque nella loro attività di arbitri possono trovare in Europa e in molti stati extraeuropei un terreno comune di principi; hanno poi il vantaggio di poter eseguire, come si è detto, le pronunce in tutti gli stati aderenti alla Convenzione di New York.

In materia di consumo poi in futuro i legali potrebbero avere, se non ne hanno già avute, diverse occasioni per partecipare ad arbitrato.

### 4. Inquadramento storico delle ADR.

Vorrei sottolineare ancora e comunque che l'arbitrato fa parte delle nostre radici.

La distinzione che facciamo tra sistemi di ordine imposto (arbitrato e giudizio) e sistemi di ordine negoziato (conciliazione, mediazione, negoziazione e transazione) appartiene all'uomo di oggi.

Nella Roma antica la differenza tra arbitrato e conciliazione risiedeva solo nel fatto che l'*arbiter* si obbligava a decidere, mentre il *disceptator domesticus* (il conciliatore) non assumeva questo impegno.

Nei fatti il popolo italico è stato sempre legato ad un sistema marcatamente aggiudicativo e comunque valutativo (16).

Non c'era inoltre nell'antichità una netta distinzione di ruoli tra i gestori del conflitto: nell'Atene classica i giudici di pace (*Dieteti*) svolgevano funzioni sia di arbitrato, sia di conciliazione obbligatoria.

A Roma l'*arbiter* era chiamato a giudicare dal *praetor* che si limitava ad istruire il processo: le questioni bagatellari venivano affidate allo *iudex*, mentre all'*arbiter* si assegnavano le questioni più complesse non solo dal lato tecnico, ma anche da quello giuridico.

I Vescovi stessi furono autorizzati (17) nell'era cristiana ad intromettersi negli affari civili dei fedeli quali conciliatori ed arbitri (18).

Nel Medioevo perlomeno in Occidente le magistrature minori, hanno svolto, almeno nelle questioni di minor rilievo economico, compiti di conciliazione, arbitrato e giurisdizione.

E l'arbitrato sempre in quel periodo è stato piegato anche a ruoli non propri della composizione dei conflitti, come la pianificazione delle strade o la regolazione dei corsi d'acqua. In arbitrato sono sempre andate le questioni familiari (v. l'istituzione dei tribunali di famiglia), direi sino all'istituzione del Giudice tutelare, e sino alla metà dell'Ottocento anche la materia societaria era per lo più oggetto di arbitrato obbligatorio, tramite delega del tribunale.

Il conciliatore del Regno delle Due Sicilie - siamo all'inizio dell'Ottocento - teneva di norma due registri: uno per le conciliazioni e i compromessi che redigeva egli stesso e l'altro per i giudizi (19). Unitamente al conciliatore del 1865 poteva inoltre, al pari di qualsiasi cittadino, svolgere la funzione arbitrale che peraltro entrambi rivestivano abitualmente ed inappellabilmente per le questioni di modica entità.

Se sfogliamo poi le Costituzioni dei secoli XVIII e XIX in Europa, ci rendiamo facilmente conto che i metodi di risoluzione alternativa delle controversie (conciliazione e arbitrato) rivestivano un ruolo primario e facevano parte del sistema giustizia.

Tale politica del diritto si interruppe, come per incanto, almeno nella legislazione di rango costituzionale, a partire dai documenti legislativi del 1848 (20).

Per la verità a livello di codificazione la valorizzazione dei metodi alternativi proseguì con il Codice del 1865, il Codice di procedura civile del Regno d'Italia, che già dalla sistematica vedeva il giudizio come una *extrema ratio*, dato che i primi 7 articoli erano destinati alla conciliazione e gli ulteriori, dall'8 al 34, disciplinavano appunto l'arbitrato.

Coerentemente avevamo un giudice conciliatore (che era all'epoca un togato) che se la conciliazione falliva proponeva alle parti l'arbitrato e metteva il lodo a verbale, oppure nominava gli arbitri su richiesta delle parti.

Era una giustizia elastica, non paragonabile a quella confinata negli ultimi articoli del codice di procedura civile attuale.

Una giustizia che da noi è andata perduta.

### 5. Un recupero delle ADR: una giustizia elastica.

Nel 2012 il viatico della giustizia elastica è stato debolmente ripreso in Germania dove è nata la figura del *Güterichter*, un giudice che non giudica e che, delegato dal giudicante col consenso delle parti, può utilizzare "tutti i metodi di risoluzione dei conflitti compresa la mediazione" (21).

Ma è ancora debole come passo perché, ligi alla nostra tradizione del XIX secolo, il *Güterichter* non può utilizzare lo strumento arbitrale, come faceva il conciliatore italiano del secolo precedente.

Però può dire ad esempio che un contratto secondo lui si interpreta in un certo modo, o può ad esempio stimare una prestazione. Così come può incoraggiare le parti a contattare un arbitro od uno stimatore.

E può dare quindi impulso ad una più vasta conoscenza da parte degli utenti dell'arbitrato. Non a caso abbiamo detto che in Germania è l'arbitrato l'istituto utilizzato in materia di consumo.

Di sicuro sono stati più arditi negli Stati Uniti; possiamo fare l'esempio della California.

il Codice di rito stima che per ogni giorno di giudizio la spesa ammonti a 3.943\$ e che tale costo può essere sensibilmente ridotto attraverso mezzi ADR preventivi (22).

Nella Contea di Los Angeles è il giudice che invia le parti in arbitrato e nel caso in cui il valore sia superiore ai 50.000 \$ non può ordinare la mediazione. I mediatori e gli arbitri sono compensati nello stesso modo (23): il che favorisce l'utilizzazione di entrambi gli istituti a seconda della natura della controversia.

Nella Contea di Santa Barbara davanti alle Corti è possibile, tra le altre cose, sottoporre la questione agli *special masters or referees*.

Gli arbitri sono così definiti nelle Corti federali: di solito sono avvocati esperti o giudici in pensione. Aiutano le parti a scambiarsi documentazione e possono risolvere il caso:

fanno spesso *settlement conferences* con le parti per risolvere il caso insieme; di solito, l'arbitro suggerisce una soluzione alla Corte: è un meccanismo questo che risale all'antica Roma e che ritroviamo costante dal Rinascimento in poi!

Il giudice può accogliere la raccomandazione del *referee* e farla propria. Le parti peraltro possono fornire l'arbitro di quanta autorità desiderano. Questo può rendere il processo più veloce. Se vogliono, le parti possono anche concordare che la decisione dell'arbitro sia vincolante (24).

Tali esempi sono oggi propri di una nazione di *common law*, ma nel nostro paese si trovavano soluzioni analoghe - lo ribadisco - già dal tempo delle XII tavole, prima ancora che nascesse il ceto degli avvocati.

Tutto questo per dire ai legali presenti di non rinunciare alle proprie radici e di continuare a chiedere con forza al legislatore una disciplina che consenta la diffusione dell'istituto.

## 6. La negoziazione assistita: i dati.

Ed ora è venuto il momento di spendere qualche parola sulla negoziazione assistita.

Che costituisca o meno oggi una opportunità per l'avvocato lo possiamo in qualche modo dedurre dalla relazione annuale al Parlamento del 2018 che illustra l'andamento dell'istituto nel 2016 e nel 2017 (25).

Per amor di verità il dato è parziale perché soltanto 70 COA su 138 (26) hanno rilasciato i dati. Ma ci possiamo fare certamente un'idea.

Nel 2016 in negoziazione assistita ci sono stati 4132 accordi, di cui non si conosce la materia.

Nel 2017 ci sono stati 5136 accordi di cui però 4268 in materia di crisi coniugale.

Solo 793 nel 2017 sono stati dunque gli accordi nelle materie a pena di improcedibilità e tra questi l'hanno fatta da padrone i crediti degli avvocati.

Gli accordi in materia di circolazione stradale sono stati 43; per cui lo stesso documento recita che "Nell'ambito di applicazione della negoziazione obbligatoria può rilevarsi il sostanziale fallimento dell'istituto in relazione alle controversie in materia di circolazione".

E dunque meno di 800 accordi all'anno per materie che scontano la condizione di procedibilità, non sembrano dare l'idea di un istituto appetibile per gli avvocati italiani.

Per di più nel 2017, se eccettuiamo il foro di Napoli, l'istituto negoziale non ha fatto alcuna presa al Sud. I fori che hanno visto più accordi da negoziazione assistita sono stati nell'ordine Milano (804), Torino (451), Firenze (434), Bologna (364), Pordenone (320), Brescia (261), Napoli (249), Genova (197), Bergamo (143), Udine (124) e Vicenza (118).

Con riferimento al 2018 possiedo soltanto i dati del mio foro di appartenenza e non sono particolarmente incoraggianti. Nel periodo gennaio-luglio le negoziazioni assistite con accordo sono state 115: 22 per quella ordinaria, 93 in materia di famiglia. In totale risultano in numero inferiore rispetto al gennaio-giugno 2017 (128). Per i mesi successivi sino al 5 ottobre 2018 le ordinarie risultano 13, mentre 44 sono state le familiari.

In totale da gennaio 2018 mi risultano dunque 172 accordi, 137 in materia di famiglia e 35 in materia sottoposta a condizione di procedibilità (31 delle quali sono per pagamento di somme inferiori per lo più ai 50.000 €).

Solo una negoziazione assistita positiva ha riguardato il risarcimento danni da circolazione di veicoli e natanti.

Alla luce di questi dati verrebbe da dire che la negoziazione assistita sino ad ora non ha offerto molte opportunità agli avvocati.

## 7. La negoziazione assistita in Francia: esiti.

Anche in Francia dove è nata tra il 2010 ed il 2012, la *procédure participative* ha incontrato molte difficoltà: non ci sono statistiche aggiornate, ma dobbiamo sottolineare che per il periodo 2018-2022 il Ministro della Giustizia ha deciso di puntare decisamente sul rafforzamento della mediazione (27).

L'unica norma che prendeva in considerazione la negoziazione assistita è stata stralciata con un emendamento in Commissione (28).

Del resto in Francia la mediazione ha un tasso di successo tra il 70 e l'80% (29).

La cosa strana è che il diritto collaborativo dalla cui costola è nata la *procédure participative*, ha un tasso di successo addirittura del 98%. E quindi ci potremmo chiedere la ragione per cui la negoziazione assistita ha fatto così poca presa nell'avvocatura.

Mi limito ai dati comuni che riguardano avvocati italiani e francesi.

In un primo momento i legali hanno pensato che la negoziazione assistita fosse una specie di transazione.

## 8. La negoziazione assistita: transazione?

Dobbiamo però sottolineare che in Francia la transazione tra avvocati omologata dal giudice faceva già parte dell'ordinamento (dal 1998) (30) quando la commissione Guinchard (31) ha partorito la *procédure participative* e dunque non si può trattare di un doppione.

Ed in Italia gli avvocati fanno transazioni da duemila anni: se ci fosse davvero equivalenza tra i due istituti la negoziazione assistita avrebbe dovuto prendere campo, anche vista la facilità di confezionare un titolo esecutivo; a differenza della Francia in Italia non c'è nemmeno bisogno di chiedere l'omologazione al giudice.

Se allora non siamo in presenza di una transazione, per dare un senso all'istituto dobbiamo ammettere che quello del negoziatore è in realtà un'attività più articolata.

La dottrina francese più autorevole in materia (Natalie Fricero (32), Dominique Lopez (33), Laurence Junod-Fanget (34)) sin dall'inizio ha sottolineato che la negoziazione assistita richiede all'avvocato una specifica preparazione in tecniche di negoziazione e comunicazione; diversamente qualora si insista soltanto sulle posizioni giuridiche (come accade in transazione) la negoziazione assistita si traduce in una mera perdita di tempo.

## 9. La negoziazione assistita: i tratti fondamentali.

Ma che cosa si intende nel nostro paese per negoziazione assistita?

La convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati è un accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati iscritti all'albo (35).

Come si propone? Tramite un invito effettuato da un avvocato ad una controparte a stipulare una convenzione di negoziazione (36).

Che cosa riguarda? I diritti disponibili (37).

È obbligatoria prima del giudizio? Per alcune materie: il risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti, la domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti i cinquantamila euro (fuori dalle materie per cui è obbligatoria la mediazione) (38), infine le controversie in materia di contratto di trasporto o di sub-trasporto (39).

Quando non è necessaria?



- a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione;
- b) nei procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, di cui all'articolo 696-bis del codice di procedura civile;
- c) nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata;
- d) nei procedimenti in camera di consiglio;
- e) nell'azione civile esercitata nel processo penale.

Può essere volontaria?

Quando si tratta di diritti disponibili. La volontarietà riguarda poi in particolare le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio (40).

La negoziazione assistita è a pagamento?

Il cliente paga l'onorario dell'avvocato in base ad un decreto ministeriale (41); ma la giurisprudenza da ultimo ventila la possibilità di pattuire un onorario diverso (42). Chi può essere ammesso al gratuito patrocinio però non remunererà l'avvocato quando la negoziazione assistita è obbligatoria (43). L'assistenza dell'avvocato è obbligatoria? Sì, sempre (44). Chi partecipa alla negoziazione assistita? Le parti assistite dai propri avvocati (45).

Come si svolge? Un avvocato invia alla controparte del suo cliente un invito a negoziare (46). La controparte può accettare o rifiutare entro 30 giorni (47).

Se la controparte accetta si dota a sua volta di avvocato. Nel caso di accettazione le parti e gli avvocati stipulano una convenzione (48) che è una clausola con cui si impegnano a negoziare per un tempo determinato e su un dato oggetto.

Siglata la convenzione segue il negoziato tra di loro secondo le regole della convenzione stessa ed in conclusione le parti assistite dai loro legali possono accordarsi o meno. L'accordo è titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale (49).

## 10. La negoziazione assistita: le tecniche di negoziazione e comunicazione.

Premessa in breve la disciplina, abbiamo detto che questo meccanismo richiede tecniche di negoziazione e comunicazione.

In proposito dobbiamo parlare delle abilità che l'avvocato negoziatore ha la necessità di possedere.

L'avvocato negoziatore è in tanto una persona che "appare" felice al suo interlocutore: alcuni ricercatori (50) hanno sperimentato che chi possiede un volto serio ed accigliato è considerato un negoziatore meno affidabile (51). Di questi tempi la cosa non è per niente facile.

L'avvocato negoziatore ascolta in modo efficace, sa comunicare chiaramente, facilita la comunicazione tra tutti i partecipanti, propone l'esplorazione di opzioni di accordo che trovino il consenso di tutte le parti.

Sono queste abilità primariamente del mediatore (52), ma nella negoziazione assistita il mediatore non è presente per natura (salvo che le parti in convenzione non decidano di ricorrere ad un mediatore) e dunque queste abilità investono direttamente gli avvocati che vogliono portare a casa un accordo. Reco qui qualche breve indicazione per facilitare la comprensione di ciò che intendo.

Facilitare la comunicazione tra tutti i partecipanti significa che l'avvocato negoziatore non diffida la controparte, ma si limita a proporre uno strumento per la risoluzione delle questioni comuni.

Implica che l'avvocato negoziatore scambi i documenti rilevanti della controversia con il suo collega: in negoziazione

ciascuno deve avere un quadro chiaro di ciò che può dare e pretendere.

Ascoltare in modo efficace comporta ad esempio un cambiamento del modo di condurre la consulenza.

Il tradizionale parere giuridico reso da dietro ad una scrivania (spesso oberata dalle pratiche (53)) potrebbe rivelarsi poco funzionale al cliente con cui si voglia collaborare.

Si può rilevare, infatti, che inconsciamente due persone sedute frontalmente tendono a dividere il tavolo in parti eguali come per una partita ideale e c'è il rischio che tendano ad assumere un atteggiamento competitivo e quasi di sfida (54). E dunque è difficile che si instauri un rapporto di tipo collaborativo per la risoluzione della questione.

Chi vuole comunicare chiaramente con il proprio cliente dovrebbe abituarsi a parlare dopo aver ascoltato il verbale e seguendo il filo conduttore che l'interlocutore stesso gli suggerisce attraverso le sue reazioni non verbali.

La maggior parte della comunicazione che avviene in una interazione tra esseri umani dipende dal paraverbale (55) e dal linguaggio del corpo; aggiungiamo il contesto in cui avviene l'interazione e anche il silenzio (56), aspetto quest'ultimo che si rivela spesso preziosissimo.

Ora se le reazioni non verbali non sono congruenti con quelle verbali, si rischia che il nostro cliente si possa tramutare in un nemico piuttosto che in un collaboratore al tavolo della negoziazione.

Da dove si parte poi per proporre l'esplorazione di opzioni di accordo che trovino il consenso di tutte le parti?

La tradizionale consulenza ha come effetto finale la "depurazione" del passato del cliente, nella prospettiva di dover affrontare un processo.

I fatti passati in negoziazione rivestono invece un significato marginale, ciò che conta è soprattutto il presente ed il futuro dei rapporti tra le parti: il passato può al limite essere anche "cambiato" se ciò si rivela conveniente per coloro che negoziano.

Il legale assistente non ha in negoziazione la necessità primaria di sviluppare una narrazione che sia coerente con un impianto normativo.

In negoziazione si può osare e spesso le idee più brillanti nascono da punti di vista che appaiono paradossali.

La priorità è quella di trovare la migliore soluzione che possa soddisfare il cliente e contemporaneamente le esigenze della controparte.

Una volta trovata una o più soluzioni che soddisfino entrambe le parti del rapporto, si porrà naturalmente il problema della legalità delle scelte operate, ma ciò riguarderà l'intero nuovo rapporto che si rinvenga tra le parti.

Per concludere la sfida futura dei legali che vogliono trovare nuove opportunità nella negoziazione potrà passare dall'acquisizione di queste sensibilità ed abilità.

### Note.

(1) World Justice Project, Global Insights on Access to Justice. [https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP\\_Access-Justice\\_April\\_2018\\_Online.pdf](https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP_Access-Justice_April_2018_Online.pdf)

Il World Justice Project® (WJP) è un'organizzazione indipendente e multidisciplinare che lavora per far avanzare lo stato di diritto in tutto il mondo.

(2) Cfr. World Justice Project, Rule of Law Index 2017-2018. [https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-ROLI-2018-June-Online-Edition\\_0.pdf](https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-ROLI-2018-June-Online-Edition_0.pdf)

(3) L'Assemblea Generale ha adottato il 6 dicembre 2007 la risoluzione

ne 62/65 con cui ha riconosciuto il valore dell'arbitrato come metodo di risoluzione delle controversie nei rapporti commerciali internazionali che contribuisce a approntare relazioni commerciali armoniose, che stimola il commercio e lo sviluppo internazionale e promuove lo stato di diritto a livello internazionale e nazionale (*"Recognizing the value of arbitration as a method of settling disputes in international commercial relations, contributing to harmonious commercial relations, stimulating international trade and development and promoting the rule of law at the international and national levels,"*) [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/62/65](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/62/65)

(4) "considerando che è evidente che gli obiettivi enunciati all'articolo 1 della direttiva sulla mediazione, vale a dire promuovere il ricorso alla mediazione e in particolare garantire «un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario», non sono stati raggiunti, visto che la mediazione è utilizzata mediamente in meno dell'1 % dei casi nei tribunali della maggior parte degli Stati membri". Risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 2017 sull'attuazione della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale (la «direttiva sulla mediazione») (2016/2066(INI))

(5) Entrata in vigore il 7 giugno 1959.

(6) Tra i Paesi aderenti alla Convenzione di New York del 1958 ricordiamo: Albania, Austria, Belgio, Bulgaria, Cipro, Croazia, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Islanda, Italia, Lettonia, Lituania, Macedonia, Malta, Norvegia, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Regno Unito, Romania, Russia, Serbia e Montenegro, Svizzera, Svezia, Turchia, Ungheria; e, nel resto del mondo, Brasile, Cile, Uruguay, Venezuela, Canada, Algeria, Egitto, Kenya, Marocco, Mauritania, Nigeria, Zambia, Giordania, India, Cina, Giappone, Australia, Nuova Zelanda.

[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html)

L'ultima nazione è Cabo Verde che ha depositato l'adesione il 22 marzo 2018; anche l'Italia ha naturalmente aderito il 31 gennaio 1969.

[http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=more\\_results&look\\_ALL=1&user\\_query=\\*&autolevel1=1&jurisdiction=93](http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=more_results&look_ALL=1&user_query=*&autolevel1=1&jurisdiction=93)

(7) "che sono rese nel territorio di uno Stato diverso da quello in cui il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze sono richiesti e che concernono controversie tra persone fisiche o giuridiche. Essa si applica altresì alle sentenze arbitrali che non sono considerate come sentenze nazionali nello Stato in cui il loro riconoscimento e la loro esecuzione sono richiesti"

(8) At the 51st session of United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) on 25 June 2018, the final drafts for a Convention on the Enforcement of Mediation Settlements and the corresponding Model Law were approved. The drafts are now being referred to the Commission for adoption later this year. This is a huge step in encouraging the use of mediation on an international level, presenting it as a viable alternative to arbitration and litigation for certain disputes. After three years of vigorous debate with participation by 85 member states and 35 IGOs/NGOs, the UNCITRAL Working Group II has created an instrument which aims to implement an international regime for the enforcement of mediated settlements - similar to the 1958 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention). The Group also approved a resolution to name the Convention the "Singapore Mediation Convention", with a signing ceremony expected in Singapore in 2019. In order for the Convention to come into force, it must be ratified by at least three member states.

Cfr. The Singapore Mediation Convention: An Overview

<https://www.globalpound.org/2018/07/12/the-singapore-mediation-convention-an-overview/>

(9) Belgio, Bulgaria, Francia, Germania, Grecia, Lituania, Portogallo, Slovenia e Regno Unito. Cfr. <http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=cmepage&pageid=9>

(10) [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf)

(11) [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf)

(12) Austria, Belgio, Bulgaria, Croazia, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Monaco, Norvegia, Olanda, Polonia, Portogallo, Romania, Santa Sede, Serbia, Spagna, Svezia, Svizzera, Slovacchia, Slovenia, Scozia, Ungheria. [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html)

(13) Direttiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori)

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:165:0063:0079:IT:PDF>

(14) Cipro, Germania, Lituania, Portogallo, Slovacchia.

In Spagna viene utilizzato da tempo l'arbitrato in materia di consumo. Nel progetto iniziale di recepimento della direttiva si prevedeva solo il metodo arbitrale. Ora con la Ley 7/2017 si è ammessa la possibilità di celebrare in materia anche delle mediazioni, ove opportuno; è stata abrogata, infatti, l'art. 2 c.2 lett. d) della ley 5/12 che escludeva l'applicazione della legge sulla mediazione civile e commerciale alla materia del consumo.

(15) Verbraucherschlichtungsbericht 2018

[https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Berichte/Verbraucherschlichtungsbericht%20\\_2018.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Berichte/Verbraucherschlichtungsbericht%20_2018.pdf?__blob=publicationFile&v=1)

(16) Cfr. Carlo Alberto Calcagno, Breve storia della risoluzione del conflitto, Aracne Editrice, 2014.

(17) Dai rescritti imperiali di Arcadio ed Onorio.

(18) Vedi l'istituto della Udienza episcopale. Si configurava qui potenzialmente addirittura un duplice tentativo di conciliazione (o arbitrato)? Gli storici non sono concordi) e il tentativo preventivo era obbligatorio.

(19) Art. 6 Codice per lo Regno delle Due Sicilie, 26 marzo 1819.

(20) Cfr. Carlo Alberto Calcagno, Breve storia della risoluzione del conflitto, Aracne Editrice, 2014.

(21) § 278 c. 5 ZPO: "Das Gericht kann die Parteien für die Güteverhandlung sowie für weitere Güteversuche vor einen hierfür bestimmten und nicht entscheidungsbefugten Richter (Güterichter) verweisen. Der Güterichter kann alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen".

(22) Sezione 1775 punto F del Codice di Procedura civile della California: "It is estimated that the average cost to the court for processing a civil case of the kind described in Section 1775.3 through judgment is three thousand nine hundred forty-three dollars (\$3,943) for each judge day, and that a substantial portion of this cost can be saved if these cases are resolved before trial". (Si stima che il costo medio al tribunale per l'elaborazione di una causa civile del tipo descritto nella Sezione 1775,3 attraverso il giudizio è 3.943 dollari (3.943 dollari) per ogni giorno di giudizio, e che una parte sostanziale di questo costo può essere eliminato se questi casi sono risolti prima del processo)

(23) <https://mediarensenzaconfini.org/2012/04/30/sistemi-di-composizione-dei-conflitti-in-california-i-parte/>

(24) <https://mediarensenzaconfini.org/2012/05/02/sistemi-di-composizione-dei-conflitti-in-california-ii-parte/>

(25) <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/1067591.pdf>

(26) <https://www.consiglionazionaleforense.it/web/cnf/consigli-degli-ordini-degli-avvocati/cerca-ordini>

(27) Ad aprile 2018 Il Ministro della Giustizia ha depositato il Projet De Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. Si può trovare il testo aggiornato all'ottobre 2018 in [https://www.senat.fr/leg/pjl18-013.html#\\_Toc511896417](https://www.senat.fr/leg/pjl18-013.html#_Toc511896417); cfr. anche <http://www.senat.fr/rap/18-011/18-011-112.html>

I punti qualificanti per la mediazione sono i seguenti:

1) Mediazione demandata e primo incontro gratuito

Il Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice in oggi in discussione al Senato prevede la possibilità per il giudi-

ce di ordinare la mediazione in tutti gli stati della procedura compresi i procedimenti cautelari (« en tout état de la procédure, y compris en référé») semplicemente sulla base del fatto che egli valutò possibile il componimento amichevole della controversia (« il estime qu'une résolution amiable du litige est possible »).

Ma non si tratta di una mediazione vera e propria, ma soltanto di un primo incontro informativo (« Cette disposition n'aurait pas pour effet d'imposer aux parties une médiation mais seulement de leur imposer de rencontrer un médiateur pour recevoir des informations sur l'objet et le déroulement d'une mesure de médiation. »)

Il giudice comunque può e potrebbe anche in seguito conciliare la controversia in proprio (art. 21 c.p.c.)

Così come avviene per il tentativo obbligatorio di mediazione familiare, i conseils départementaux de l'accès au droit che sono presente in ogni dipartimento francese, stipulerebbero una convenzione con i mediatori civili per lo svolgimento a titolo gratuito dell'incontro.

Si pensa che i mediatori dovrebbero accettare di buon grado avendo in cambio la possibilità di far proseguire la mediazione a pagamento col consenso delle parti.

Da mediatore italiano che vive già penosamente la realtà del primo incontro gratuito mi sento di consigliare un ripensamento della norma.

2) Estensione dell'obbligo della mediazione preventiva al giudizio.

Attualmente il tentativo di componimento bonario è già obbligatorio per le domande che non superano i 4000 €.

In base a questo progetto diverrebbero suscettibili di mediazione obbligatoria, con qualche eccezione (controversie di consumo e ipoteche), tutte le domande di pagamento sotto ad un certo ammontare fissato dal Consiglio di Stato (« toute demande tendant au paiement d'une somme n'excédant pas « un certain montant » fixé par décret en Conseil d'État ») e determinati conflitti di vicinato indicati dal medesimo decreto.

Tuttavia con un emendamento questa parte è stata soppressa dalla Commissione in data 12 ottobre 2018.

3) Se le statistiche della mediazione familiare obbligatoria andranno nel verso giusto, diverrà definitiva nel 2020.

(28) Il comma cancellato (Arndt COM-237), peraltro di grande impatto, era il seguente.

II. - L'article 4 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle est ainsi rédigé:

« I. - Lorsque la demande tend au paiement d'une somme n'excédant pas un certain montant ou est relative à un conflit de voisinage, la saisine du tribunal de grande instance doit, à peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, être précédée, au choix des parties, d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation ou de procédure participative, sauf :

« 1° Si l'une des parties au moins sollicite l'homologation d'un accord ;

« 2° Lorsque l'exercice d'un recours préalable est imposé auprès de l'auteur de la décision ;

« 3° Si l'absence de recours à l'un des modes de résolution amiable mentionnés au premier alinéa est justifiée par un motif légitime ;

« 4° Si le juge doit, en vertu d'une disposition particulière, procéder à une tentative préalable de conciliation.

(29) <http://www.hsa-avocats.com/procedure-participative/>

(30) Articolo 1441-4 C.p.c.

Le président du tribunal de grande instance, saisi sur requête par une partie à la transaction, confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté.

E lo stesso istituto lo ritroviamo in Austria e in Germania.

(31) Cfr. L'ambizione motivata di una giustizia di pace in <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000392/>

(32) [http://www.youtube.com/watch?v=\\_OOEFY-9ZNS](http://www.youtube.com/watch?v=_OOEFY-9ZNS)

(33) « Fort bien, qu'ils le soient est toujours un plus pour négociateur, c'est vrai mais si en face l'autre avocat n'est pas formé car il n'en a nulle obligation, il sera très dur d'arriver à un accord qui ne soit pas une concession réciproque au sens

juridique du terme? C'est donc perdre une chance d'avoir votre solution optimale et encore faut-il que l'avocat non formé à ces techniques ne s'arc-boute pas naturellement sur une défense légitime mais axée uniquement sur les positions de base de son client. Ce ne sera que temps perdu et personne n'en sortira gagnant »

(34) « L'avocat formé à la négociation - Initialement formé au droit, à la rédaction d'actes juridiques et/ou judiciaires ainsi qu'à la plaidoirie, l'avocat apprend aussi les techniques d'entretien et de négociation. Cela est particulièrement utile dans les conflits familiaux. Une séparation est une période délicate, faite de doutes, de désarroi, de fragilité psychologique et, pourtant, des décisions doivent être prises sur les plans extrapatrimonial et patrimonial »

(35) anche ai sensi dell'articolo 6 del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 96. Art. 2 Testo Coordinato del Decreto-Legge 12 settembre 2014, n. 132

(36) Art. 3 Testo Coordinato del Decreto-Legge 12 settembre 2014, n. 132

(37) Art. 2 c. 2 lett. B) Testo Coordinato del Decreto-Legge 12 settembre 2014, n. 132

(38) Art. 3 Testo Coordinato del Decreto-Legge 12 settembre 2014, n. 132

(39) Art. 1 c. 249 Legge 23 dicembre 2014, n. 190

(40) Art. 6 Testo Coordinato del Decreto-Legge 12 settembre 2014, n. 132

(41) Art. 20 Decreto 10 marzo 2014, n. 55

Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense, ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247. (14G00067) (GU n.77 del 2-4-2014)

(42) Corte di Cassazione, sez. II Civile, ordinanza n. 25054/18; depositata il 10 ottobre.

(43) Art. 3 c. 6 Testo Coordinato del Decreto-Legge 12 settembre 2014, n. 132

(44) Art. 2-5 Testo Coordinato del Decreto-Legge 12 settembre 2014, n. 132

(45) Art. 2-5 Testo Coordinato del Decreto-Legge 12 settembre 2014, n. 132.

(46) Art. 4 Testo Coordinato del Decreto-Legge 12 settembre 2014, n. 132.

(47) Art. 3 c. 2 Testo Coordinato del Decreto-Legge 12 settembre 2014, n. 132

(48) Art. 2 Testo Coordinato del Decreto-Legge 12 settembre 2014, n. 132

(49) Art. 5 Testo Coordinato del Decreto-Legge 12 settembre 2014, n. 132

(50) Jeroen Stouten dell'Università di Leuven, in Belgio, e David De Cremer della Rotterdam School of Management, nei Paesi Bassi.

(51) [https://www.pon.harvard.edu/daily/negotiation-skills-daily/how-facial-expressions-affect-trust/?utm\\_source=WhatCountsEmail&utm\\_medium=jsweekly&utm\\_date=2018-09-29-13-30-00&mqsc=W3992934](https://www.pon.harvard.edu/daily/negotiation-skills-daily/how-facial-expressions-affect-trust/?utm_source=WhatCountsEmail&utm_medium=jsweekly&utm_date=2018-09-29-13-30-00&mqsc=W3992934)

(52) Core mediation skills include communicating clearly, listening effectively, facilitating communication among all participants, promoting exploration of mutually acceptable settlement options, and conducting oneself in a neutral manner". Northern district of California. Advisory Committee Comment.

(53) « Tante carte e documenti accatastati alla rinfusa, tanto da occupare quasi tutto lo spazio del piano di lavoro, non rivelano un individuo super indaffarato, ma al contrario: chi siede a quella scrivania non riesce ad avere la giusta efficienza e metodo di lavoro ». ANNA GUGLIELMI, Il linguaggio segreto del corpo. La comunicazione non verbale, Piemme, 2007, p. 37.

(54) Cfr. ANNA GUGLIELMI, Il linguaggio segreto del corpo, op. cit., p. 43.

(55) L'aspetto paraverbale riguarda le qualità della voce, il modo in cui articoliamo le parole e dunque il registro, il volume, il tono, il timbro, la nasalizzazione, la dizione, la cadenza, l'affettazione della nostra espressione vocale.

(56) Che secondo alcuno sarebbe da parificarsi al linguaggio verbale in quanto a percentuale.

## Su alcuni riferimenti biblici alla figura del magistrato

**Antonio Fontana**

**Sommario:** 1. *Le origini, durante la traversata del deserto. Nasce il principio di competenza - 2. Il periodo monarchico. Il re è anche giudice. Salomone.* - 3. *La piaga della corruzione. I Salmi. L'intervento divino: Nabot.* - 4. *Il principio dell'oralità nel processo: sua prevalenza sulle prove documentali.* - 5. *Chi è senza peccato scagli la prima pietra. Il valore della testimonianza nei Vangeli. Un invito alla riflessione.*

### 1. Le origini, durante la traversata del deserto. Nasce il principio di competenza.

In Israele l'istituzione dei magistrati, come classe di persone che esercitavano professionalmente le funzioni giurisdizionali, risale ad epoca assai remota: quando il popolo, liberato dalla schiavitù d'Egitto (intorno al 1280 a.C.) era ancora impegnato nella lunga traversata del deserto. Leggiamo infatti in Es. 18:13-26 che Mosè, dopo aver accolto Jetro, suo suocero, che era venuto a fargli visita, "si sedette per amministrare la giustizia al popolo, ed il popolo rimase intorno a Mosè dal mattino fino alla sera. Quando il suocero di Mosè vide tutto quello che egli faceva per il popolo disse: "Che cosa fai con il popolo? Perché siedi solo, e tutto il popolo ti sta attorno dal mattino fino alla sera?" Mosè rispose a suo suocero: "Perché il popolo viene da me per consultare Dio. Quando essi hanno qualche questione, vengono da me e io giudico fra l'uno e l'altro, faccio loro conoscere gli ordini di Dio e le sue leggi". Ma il suocero di Mosè gli disse: "Quel che fai non va bene. Tu ti esaurirai certamente e stancherai anche questo popolo che è con te; perché questo compito è troppo pesante per te; tu non puoi farcela da solo. Ascolta la mia voce; io ti darò un consiglio, e Dio sia con te; sii tu il rappresentante del popolo davanti a Dio, e porta a Dio le loro cause. Insegna loro i decreti e le leggi, mostra loro la via per la quale devono camminare e quello che devono fare; ma scegli fra tutto il popolo degli uomini capaci e timorati di Dio: degli uomini fidati, che detestino il guadagno illecito, e stabiliscili sul popolo come capi di migliaia, capi di centinaia, capi di cinquantine e capi di decine. Essi dovranno amministrare la giustizia al popolo in ogni circostanza. Essi riferiscano a te su ogni questione di grande importanza, ma ogni piccolo affare lo decidano loro. Così alleggerirai il tuo carico, ed essi lo porteranno con te. Se tu fai questo, e se Dio te lo conferma, tu potrai resistere; anche tutto questo popolo arriverà felicemente al luogo che gli è destinato." Mosè ascoltò la voce di suo suocero, e fece tutto quello che egli aveva detto. Mosè scelse fra tutto Israele degli uomini capaci e li stabilì capi del popolo: capi di migliaia, capi di centinaia, capi di cinquantine e capi di decine. Questi amministravano la giustizia al popolo in ogni tempo; le cause difficili le segnalavano a Mosè, ma ogni piccolo affare lo decidevano loro".

Questo racconto si presta ad alcune considerazioni. Notiamo, in primo luogo, com'esso insista sulle doti che il magistrato deve possedere per essere all'altezza del suo compito: capacità, da intendere non solo come preparazione tecnico-giuridica, ma, soprattutto, come penetrazione dell'animo umano, affinata dall'esperienza – per questo i magistrati erano di regola gli anziani – e attitudine a valutare, nella loro obbiettiva consistenza, gli interessi, anche materiali, che alla condizione umana sono legati; timor di Dio (che in Prov. 1:7 è definito come il principio della scienza), ed onestà, così da saper resistere sia alle lusinghe di chi vorrebbe corromperlo, sia alle minacce di chi vorrebbe in-

timorirlo, costi quello che costi; e questo anche nella trattazione di controversie di non grande rilievo, perché anch'esse coinvolgono pur sempre non solo il patrimonio, ma anche il buon nome delle parti in causa.

Sono requisiti che valgono ancor oggi, esattamente come quando il testo biblico fu scritto: e le cronache giudiziarie che leggiamo tutti i giorni ce lo confermano fin troppo bene.

In secondo luogo, val la pena di riflettere un poco sul comportamento di Mosè. Egli era il condottiero prescelto da Dio per guidare il popolo eletto verso la Terra Promessa; Jetro, invece, altro non era che un Madianita, il quale si accostava alla religione di Israele solo da "simpatizzante", mentre al suo Paese esercitava – per giunta, in qualità di sacerdote – un altro culto: dunque, al tempo stesso, uno straniero ed un pagano. Ce n'era più che abbastanza per considerarlo un essere inferiore. Ma Mosè ha saputo resistere a questa tentazione. Quello del suocero era un consiglio sensato, che rispondeva ad un'esigenza reale, quale quella della divisione del lavoro; non solo, ma nasceva dall'affetto per Mosè e dalla sollecitudine per il bene del popolo che egli guidava: insomma, dimostrava come anche stranieri e pagani siano capaci di sentimenti altruistici: per ciò Mosè lo ha accettato di buon grado. Una bella lezione per quanti, oggi, pretendono di avere il monopolio dell'intelligenza e della civiltà, al punto da guardare dall'alto in basso non soltanto chi ha la pelle di un colore diverso o parla un'altra lingua, ma perfino chi, pur facendo parte della stessa nazione, è nato a qualche grado di latitudine più a sud.

Ancora, è interessante notare come le questioni di maggior importanza fossero riferite a Mosè non già dai diretti interessati (che avrebbero potuto presentarle in maniera distorta) ma dai capi (di migliaia, di centinaia, ecc.) che egli aveva costituito sopra il popolo. Sembra quindi ragionevole supporre che questi, nel riferirgli la causa, gli abbiano espresso anche la loro opinione su di essa, o che Mosè stesso abbia voluto sentire il loro parere: se così fosse, si sarebbe costituita una sia pur embrionale "camera di consiglio", che avrebbe consentito di giungere ad una decisione più ponderata.

Infine, non va trascurato il fatto che i magistrati vennero scelti "fra tutto Israele", quindi senza discriminazioni fra una tribù e l'altra, o fra le condizioni economiche di una persona e l'altra (ad es.; la quantità di bestiame posseduto): si è guardato soltanto alle qualità personali cui sopra ho accennato, quali garanzie di serietà nell'assolvimento di una funzione tanto delicata.

### 2. Il periodo monarchico. Il re è anche giudice. Salomone.

In epoca successiva, quando le dodici tribù si fusero in uno Stato unitario (intorno al 1040 a.C.) l'applicazione del diritto fu affidata a funzionari di nomina regia. In 2 Cr. 19:5-7 leggiamo che Giosafat "Stabilì dei giudici nel Paese, in tutte le città fortificate di Giuda, città per città, e disse ai giudici: "Badate bene a quello che fate; poiché voi amministrare la giustizia non per servire un uomo ma per servire il Signore, il quale sarà con voi negli affari della giustizia. Ora, il timor del Signore sia con voi; agite con prudenza, poiché presso il Signore, nostro Dio, non c'è perversità, né favoritismi, né si prendono regali".

Ma, in ultima istanza, ogni causa si poteva portare davanti al sovrano in persona: da 1 Re 7:7 apprendiamo che Salomone (il quale regnò dal 961 al 922 a.C.), quando costruì il suo palazzo ebbe cura di dotarlo di un portico "dove amministrava la giustizia", che, appunto per questo, fu chiamato "portico del giudizio". Lì era collocato il trono, e le pareti erano rivestite del legno più pregiato allora conosciuto, quello di cedro, "dal pavimento al soffitto", per far sì che l'ambiente ricordasse a chiunque, già

col suo aspetto esteriore, la dignità della funzione che vi si esercitava.

Forse proprio Salomone ha sentito, più di ogni altro, la grandezza ma anche la responsabilità del compito che spetta al magistrato, il cui potere di giudicare altri uomini è quello che maggiormente ricorda sulla terra la potestà divina.

Significativo a questo proposito è l'episodio narrato in 1 Re 3:5-9: "A Gabaon, il Signore apparve di notte, in sogno, a Salomone. Dio gli disse: "Chiedi ciò che vuoi che io ti conceda". Salomone rispose: "Tu hai trattato con gran benevolenza il tuo servo Davide, mio padre, perché egli agiva davanti a te con fedeltà, con giustizia, con rettitudine di cuore a tuo riguardo: tu gli hai conservato questa grande benevolenza e gli hai dato un figlio che siede sul trono di lui, come oggi avviene. Ora o Signore, mio Dio, tu hai fatto regnare me, tuo servo, al posto di Davide, mio padre, e io sono giovane, e non so come comportarmi. Io, tuo servo, sono in mezzo al popolo che tu hai scelto, popolo numeroso, che non può essere contato né calcolato, tanto è grande. Dà dunque al tuo servo un cuore intelligente perché io possa amministrare la giustizia per il tuo popolo, e discernere il bene dal male; perché chi mai potrebbe amministrare la giustizia per questo tuo popolo che è così numeroso?". Il racconto si conclude affermando (v. 10) che una tale richiesta "piacque al Signore", il quale la esaudì. A conferma di ciò è riferito, poco dopo (vv. 16-27) il caso famoso del bambino conteso fra due donne: il modo in cui Salomone seppe risolverlo, individuandone la madre, è un capolavoro di finezza psicologica.

### 3. La piaga della corruzione. I Salmi. L'intervento divino: Nabot.

Purtroppo si sono avuti anche magistrati insensibili o addirittura corrotti, come dimostrano le dure invettive contenute, ad esempio, nei Salmi 58 e 82. Da notare che, al versetto 2 del primo, già s'incontra l'immagine della bilancia, che, richiamando l'idea di equilibrio, resta, ancor oggi, il simbolo più noto della giustizia. Con molto realismo, la Bibbia ci avverte che l'uomo è capace di distorcere anche la funzione del processo, che dovrebbe servire ad accertare la verità, facendone uno strumento di prevaricazione: ma, allorché questo accade, si può e si deve confidare nell'intervento divino, come dimostra la vicenda di Nabot (1 Re 21:1 ss.).

### 4. Il principio dell'oralità nel processo: sua prevalenza sulle prove documentali.

Non sappiamo con esattezza quando si sia diffuso tra gli Ebrei l'uso della scrittura. Certo è che essi fecero proprio l'alfabeto fonetico dei Fenici, come appare dalle ventidue lettere (alef, bet, ghimel, ecc.) che contraddistinguono le corrispondenti strofe del Salmo 119, il più lungo dell'intera raccolta. Il che dovrebbe riportarci al tempo in cui Salomone stipulò con Chiram, re di Tiro, quello che oggi chiameremmo un trattato di assistenza commerciale, per la fornitura dei materiali pregiati che dovevano servire alla costruzione del tempio di Gerusalemme (1 Re 5:15-32, ov'è detto che maestranze dell'uno e dell'altro Paese lavorarono fianco a fianco: nulla di strano, quindi, che vi siano stati anche fenomeni di osmosi delle rispettive culture). Ben si comprende perciò la grande importanza attribuita, dalle più antiche norme sul processo, alle prove orali, ed in particolare alle deposizioni dei testimoni, rispetto a quelle documentali.

Anche qui si manifesta quell'atteggiamento prudente di cui, in ogni tempo e sotto qualunque cielo, è stata così avvertita la necessità, nella pratica del diritto, da dare ad essa perfino il nome (di *iuris prudentia*, appunto).

Secondi Nu.35:30 "Se uno uccide un altro, l'omicida sarà

messo a morte in seguito a deposizione di testimoni; ma un unico testimone non basterà per far condannare a morte una persona". Il principio è ribadito in De. 19:15. "Un solo testimone non sarà sufficiente per condannare un uomo; qualunque sia il delitto o il peccato che questi ha commesso, il fatto sarà stabilito sulla deposizione di due o tre testimoni". Ma se ne trova una puntuale applicazione anche nel Nuovo testamento. In Mt. 18: 15-16 leggiamo infatti: "Se tuo fratello ha peccato contro di te, va' e convincilo fra te e lui solo. Se ti ascolta, avrai guadagnato tuo fratello. Ma se non ti ascolta prendi con te ancora una o due persone, affinché ogni parola sia confermata per bocca di due o tre testimoni". Dalle Sacre Scritture, questa regola è passata nelle legislazioni di molti Stati, che per secoli si sono attenuti al criterio: *unus testis, nullus testis*.

### 5. Chi è senza peccato scagli la prima pietra. Il valore della testimonianza nei Vangeli. Un invito alla riflessione.

Questi versetti mi suggeriscono ancora una considerazione, che qui posso accennare solo di sfuggita, mentre richiederebbe ben altri sviluppi.

Nel Nuovo Testamento vi sono quattro libri che, per dirla in parole molto povere, raccontano la stessa storia: sono i Vangeli. Partendo da questo dato di fatto, molti si sono chiesti se, integrandoli l'uno con l'altro, se ne potesse ricavare una biografia del personaggio che di quella storia è il protagonista assoluto: Gesù. Hegel vi ha provato già alla fine del Settecento. Nell'Ottocento vi hanno provato Renan e tanti altri: tutti con esiti insoddisfacenti. Oggi si riconosce unanimemente che per ricostruire la vicenda umana di Gesù, in ogni suo risvolto, compresi quelli relativi agli anni dell'adolescenza e della prima giovinezza trascorsi a Nazareth, i Vangeli non forniscono notizie sufficienti. Non perché siano lacunosi, ma semplicemente perché il loro scopo è tutt'altro. Giovanni ce lo dice con estrema chiarezza: "Or Gesù fece in presenza dei discepoli molti altri segni miracolosi, che non sono scritti in questo libro; ma questi sono stati scritti, affinché crediate che Gesù è il Cristo, il Figlio di Dio, e affinché, credendo, abbiate vita nel suo nome (Gv.20:30). Né può dubitarsi che anche i Sinottici siano stato composti allo stesso fine.

La molteplicità dei vangeli, che in passato ha suscitato in qualche spirito inquieto imbarazzo e perplessità, al punto di indurlo a tentarne una sorta di *reductio ad unum* (si pensi al Diatessaron di Taziano) si spiega quindi agevolmente richiamando l'idea veterotestamentaria di testimonianza. Qui, però, i testimoni non sono soltanto due o tre; sono addirittura quattro, anzi, molti di più. I vangeli costituiscono infatti il punto di arrivo di un'elaborazione assai complessa: il più antico, quello di Marco, è stato scritto, secondo l'opinione oggi più accreditata, poco prima che le truppe romane al comando di Tito espugnassero Gerusalemme nel 70 d.C., vale a dire una quarantina d'anni dopo gli avvenimenti che vi sono narrati. Durante questa...fase istruttoria sono state raccolte e valutate le prove fornite da un gran numero di persone. Basterebbe questo a dare un'idea, sia pure approssimativa, dell'importanza che alla figura, all'opera ed agli insegnamenti di Gesù è stata attribuita dai suoi contemporanei.

Queste testimonianze, rese sovente al prezzo del proprio sangue (non a caso la parola greca che le nostre Bibbie -ad es. in At. 1:8 - traducono con "testimonio" significa anche "martire") sono oggi davanti a noi. E noi che giudizio ne ricaviamo?

## Recensioni

*Il nuovo spazio giudiziario europeo  
in materia civile e commerciale*

SERGIO MARIA CARBONE, CHIARA TUO  
Giappichelli Editore, Torino 2018, pp. 428.

Il volume analizza il diritto processuale civile (1) e commerciale (2) elaborato in ambito europeo (3), che costituisce uno degli aspetti più qualificanti dell'integrazione giuridica dell'Unione europea (4); tanto che esso è destinato a divenire il pilastro su cui fondare la codificazione europea del diritto civile e commerciale (5). Come è noto, le fonti primarie, o diritto primario, comprendono essenzialmente i trattati istitutivi delle Comunità europee e dell'Unione europea. Tali trattati contengono le norme formali e sostanziali che costituiscono il quadro in cui le istituzioni attuano le varie politiche delle Comunità europee e dell'Unione. Fissano, inoltre, le norme formali che sanciscono la ripartizione delle competenze tra l'Unione europea e gli Stati membri (6) e che fondano il potere delle istituzioni. Il diritto derivato, in buona sostanza, è composto dagli atti unilaterali e dagli atti convenzionali. Cercando di sintetizzare; atti unilaterali: posto che il diritto derivato è fondato sui trattati sia per quanto concerne gli obiettivi che relativamente alle procedure per la sua creazione, esso può assumere essenzialmente le seguenti forme:

1) Regolamenti (7). Atti a portata generale con valore *erga omnes*: non si rivolgono a destinatari indicati espressamente o comunque individuabili a priori, ma a categorie di soggetti determinate in astratto e nel loro insieme. Sono obbligatori in tutti i suoi elementi per le stesse istituzioni, per gli Stati membri o per i loro cittadini: ciò significa che non è consentita una loro applicazione solo parziale, incompleta o selettiva del regolamento né qualsiasi modifica o trasposizione suscettibili di incidere sulla portata o sul contenuto dell'atto. Sono direttamente applicabili in ciascuno degli Stati membri: essi si integrano nei sistemi giuridici statali e producono effetti immediati nei confronti di tutti i soggetti di diritto interno, senza alcuna interposizione di alcuna misura nazionale di recepimento pubblicazione. Non hanno bisogno di alcun atto di recezione o attuazione da parte degli Stati membri: anzi qualsiasi misura di recepimento mediante un atto normativo interno deve considerarsi illegittima, poiché potrebbe "nascondere agli amministrati la natura comunitaria di una norma giuridica" e "sminuire la competenza della corte a pronunciarsi su qualsiasi questione di interpretazione del diritto comunitario." (8) Sono pubblicati nella Gazzetta ufficiale della Comunità (9), ed entrano in vigore alla data da essi stabilita, ovvero a partire dal ventesimo giorno successivo alla loro pubblicazione.

2) Direttive. Rappresentano la caratteristica di vincolare (10) gli Stati membri cui sono dirette per quanto riguarda il risultato da raggiungere, lasciandoli tuttavia liberi quanto alla scelta della forma e dei mezzi necessari per conseguirlo. Una sorta di discrezionalità quanto alle misure da utilizzate a tal fine. Non hanno portata generale (se non nel senso che possono rivolgersi a tutti gli Stati membri) e si "limitano" ad imporre obblighi di risultato nei confronti degli Stati mem-

bri, che ne sono unici destinatari. Sono classificate come uno strumento di legislazione indiretta, o a due stadi (una sorta di legge-quadro), mediante cui non si vogliono porre regole uniformi, in considerazione anche della difficoltà di conciliare le notevoli diversità esistenti negli ordinamenti giuridici nazionali (11), ma si preferisce attivare una collaborazione tra il livello comunitario e quello nazionale, lasciando liberi gli Stati membri di determinare essi stessi le modifiche da apportare alla propria normativa interna per renderla conforme al risultato perseguito dalla direttiva (12). Infine, non hanno carattere direttamente applicabile: necessariamente devono formare oggetto provvedimenti nazionali di recepimento. Dunque solo a seguito dell'adozione di questi ultimi possono derivare dalla direttiva obblighi e diritti per i soggetti degli ordinamenti interni. Di solito le direttive fissano un termine entro cui gli Stati membri devono adottare tutte le misure necessarie per la loro attuazione.

3) Decisioni. È vincolante in tutte le sue parti per coloro ai quali è notificata. I destinatari di una decisione possono essere Stati membri o persone fisiche o giuridiche. La decisione serve a regolamentare fatti concreti nei confronti di determinati destinatari. Al pari delle direttive le decisioni possono implicare obblighi per uno Stato membro a concedere al singolo cittadino una posizione giuridica più vantaggiosa. Le decisioni possono essere direttamente applicabili alle stesse condizioni delle disposizioni delle direttive.

4) Raccomandazioni e pareri. Non sono vincolanti e non fanno sorgere diritti e obblighi per il destinatario. Per completezza citiamo anche le fonti di diritto complementare. Oltre alla giurisprudenza della Corte di giustizia (13), le fonti di diritto complementare comprendono il: i) diritto internazionale (14); ii) principi generali del diritto (15). Tali fonti hanno permesso alla Corte di colmare i vuoti lasciati dal diritto primario o derivato. Nell'elaborare la sua giurisprudenza la Corte di giustizia si ispira al diritto internazionale, cui fa riferimento tramite rinvii al diritto scritto, alla consuetudine e agli usi. Ad esempio, si è basata sulle norme di diritto internazionale relative al *treaty making power* (capacità internazionale di concludere accordi con organizzazioni e paesi terzi), derivante dalla personalità giuridica internazionale, per convalidare gli accordi esterni conclusi dalla Comunità europea. Si tratta di un lungo percorso iniziato nel 1968 con la convenzione di Bruxelles (16), i cui principi fondanti, progressivamente rielaborati, affinati e aggiornati nel corso di questi decenni, sono anche la base normativa su cui sono state costruite e adottate le ulteriori normative specialistiche trasfuse in atti dell'UE (17). Ed invece, nella giurisprudenza della Corte di giustizia il fenomeno del ravvicinamento è sempre molto legato a quello della disapplicazione delle norme nazionali non conformi al diritto dell'Unione. Così, nella misura in cui esistono norme dotate di effetto diretto che vogliono applicarsi e che prevalgono sulle norme nazionali a contenuto incompatibile con quello della norma di diritto dell'Unione, l'obiettivo programmatico di armonizzare le disposizioni nazionali in funzione di realizzare il mercato comune diventa una necessità vitale per gli Stati membri. Ciò perché, diversamente, lungi dal resistere al diritto dell'Unione europea, le legisla-

zioni nazionali — usando il linguaggio della Corte — sarebbero state tutte disapplicate, ma in realtà, sul piano interno, sarebbero state malamente travolte dal diritto dell'Unione europea, in quanto incompatibili con le norme e in particolare le libertà fondamentali dotate di effetto diretto. Nel discorso concernente il rapporto tra norme dell'Unione europea e norme nazionali, più o meno ravvicinate, deve quindi senz'altro tenersi conto del fenomeno della concorrenza tra ordinamenti, e quindi della diversità delle leggi nazionali in chiave di promozione di determinati obiettivi, e in chiave di fattore competitivo di uno Stato membro rispetto ad altri nell'ambito del grande mercato interno realizzato dall'Unione europea. Rispetto a tale rielaborazione, la recente disciplina introdotta in virtù del Regolamento (UE) del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012, n. 1215, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (18), ha rappresentato un momento di completa riconsiderazione degli accennati principi e delle istanze di un loro adeguamento alle esigenze della pratica. Gli strumenti all'uopo rilevanti risultano, ancora una volta, predisposti dalle norme europee, questa volta tuttavia adeguatamente completate dal diritto nazionale: viene in rilievo, più precisamente, il controllo che gli Stati membri — e soprattutto i loro parlamenti nazionali — possono e debbono esercitare in fase ascendente sulla formazione delle norme dell'Unione europea, sulla scorta, per quanto interessa l'ordinamento italiano, rispettivamente del Protocollo sulla sussidiarietà allegato al Trattato di Lisbona e della l. n. 234/2012, che ha ampiamente modificato la l. n. 11/2005 (cd. legge Buttiglione). Tale ripensamento, stimolato da importanti sollecitazioni da parte della dottrina, ha condotto, così, a una vera e propria "rifondazione" del sistema normativo cd. Bruxelles I (19). Quest'ultimo, pertanto, ha comportato una completa rivisitazione delle precedenti edizioni del volume e un integrale ripensamento delle soluzioni in tali sedi esposte. Si è presentata, così, l'occasione e l'opportunità di inserire questo volume all'interno del Trattato diretto da Gianmaria Ajani e Gian Antonio Benacchio di cui ora fa parte (20). Si è ritenuto, infatti, che nei principi elaborati attraverso l'esperienza normativa e giurisprudenziale dello spazio giudiziario europeo vi siano anche le fondamenta per la costruzione, nei limiti consentiti dal principio di sussidiarietà, di un vero e proprio diritto privato e commerciale europeo (21). Peraltro, come per il passato, tale rivisitazione è stata effettuata prendendo le mosse dall'analisi dei testi normativi e dei risultati della relativa giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, soprattutto con riferimento ai *leading cases* che hanno sensibilmente modellato l'evoluzione e la nuova codificazione del sistema normativo in esame (22). D'altronde, gli effetti di tale giurisprudenza sono ormai sempre più assimilati a una vera e propria fonte (para)normativa. Per quanto riguarda, invece, la giurisprudenza nazionale, si è tenuto conto prevalentemente di quella italiana, integrata da alcuni spunti ricostruttivi tratti soprattutto dalla giurisprudenza francese, tedesca e inglese quali espressioni delle differenti impostazioni e metodologie impiegate nell'applicazione della normativa in esame verso esiti comuni (23). In ogni caso, ci si è limitati ai risultati giurisprudenziali ritenuti particolarmente significativi e non meramente ripetitivi dei contenuti già elaborati e codificati nell'ambito delle varie manifestazioni al riguardo rilevanti nell'ordinamento dell'Unione (24). Le citazioni dei casi esaminati sono riportate, spesso in nota, nella

misura indispensabile per la comprensione del contenuto e del rilievo in senso interpretativo-evolutivo della disciplina comunitaria. Al fine di non rendere troppo voluminoso il testo, sono state escluse le citazioni in nota della dottrina del cui fondamentale contributo, peraltro, ci si è grandemente giovati (25). L'elenco di tali opere è, comunque, riportato alla fine del volume anche se limitato soltanto a quelle a portata generale ma specificamente attinenti al tema trattato (con esclusione, pertanto, di manuali di diritto processuale e di diritto internazionale privato (26) oltre che delle varie monografie, pur nella consapevolezza della particolare rilevanza soprattutto di alcune di esse). Tutte le sentenze citate possono essere facilmente reperite nel loro testo completo, oltre che nelle principali banche dati elettroniche, anche nelle più note riviste giuridiche (spesso anche in quelle non specializzate; si segnala comunque, al riguardo, in modo particolare per i lettori italiani, la Rivista di diritto internazionale privato e processuale).

Filippo Maria Torresi  
Avvocato, Foro di Genova  
Dottore di ricerca

#### Note.

- (1) Mandrioli, *Diritto processuale civile*, Torino, 2010.
- (2) Campobasso, *Manuale di diritto commerciale*, Milano, 2017.
- (3) Si veda per tutti Tesaurò, *Diritto comunitario*, 2a ed., Padova, 2015.
- (4) Queirolo I., *Gli accordi sulla competenza giurisdizionale tra diritto comunitario e diritto interno*, Padova, 2000.
- (5) Randazzo, I controlimiti al primato del diritto comunitario: un futuro non diverso dal presente?, in *Forum Quad. cost.*, 2008, pag. 1 ss.
- (6) Peeters, L'article 235 du Traité C.E.E. et les relations extérieures de la C.E.E., in *Rev. marché comm.*, 1973, pag. 141 ss.
- (7) Si pensi al "pacchetto" di regolamenti entrato in vigore nel 2011 per varare il nuovo sistema europeo di vigilanza finanziaria, comprensivo del Regolamento (UE) n. 1092/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, relativo alla vigilanza macroprudenziale del sistema finanziario nell'Unione europea e che istituisce il Comitato europeo per il rischio sistemico; del Regolamento (UE) n. 1093/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità bancaria europea), modifica la decisione n. 716/2009/CE e abroga la decisione 2009/78/CE della Commissione; del Regolamento (UE) n. 1094/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali), modifica la decisione n. 716/2009/CE e abroga la decisione 2009/79/CE della Commissione; del Regolamento (UE) n. 1095/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati), modifica la decisione n. 716/2009/CE e abroga la decisione 2009/77/CE della Commissione, tutti in Guue L 331 del 15 dicembre 2010, da p. 1 ss. In argomento, per un'efficacia sintesi, cfr. M. Lo Bue, *Crisi economica e trasformazione dell'istituzioni europee. Meccanismi istituzionali di governo della recessione*, Torino, 2013, p. 59 ss. Naturalmente, ancor più avanzata, ambiziosa e "uniforme" è la disciplina sulla vigilanza bancaria in vigore dal settembre 2014, ormai in arrivo dopo l'approvazione del Parlamento europeo in data 12 settembre 2013, al riguardo, cfr. M. Mancini, *Dalla vigilanza armonizzata alla Bankiny Union. Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, n. 73, Banca d'Italia, in [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it)

- (8) Si veda Tesauro, cit. alla nota n. 3.
- (9) Consultabile all'indirizzo [www.europa.eu](http://www.europa.eu).
- (10) Ivaldi, *Directive inattuata e responsabilità dello Stato inadempiente* (con E. Fadda), in *Commercio internazionale*, fascicolo n. 7, Milano, 1992, pp. 395-397.
- (11) Com'è noto, ai sensi dell'art. 7 del Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità richiede almeno un terzo dell'insieme dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali (e un quarto se l'atto legislativo è adottato nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia) in senso contrario al rispetto della sussidiarietà per obbligare le istituzioni europee al riesame della proposta. È tuttavia vero che, sempre a norma dell'art. 7, le istituzioni suddette debbono in ogni caso tener conto « dei pareri motivati trasmessi dai parlamenti nazionali o da ciascuna camera di uno di questi parlamenti ».
- (12) Munari, *Gli effetti del diritto dell'Unione europea sul sistema interno delle fonti*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, Anno XVIII, Fasc. 4, 2013.
- (13) Munari, *Appunti di diritto europeo*, Genova, 2017.
- (14) Carbone S.M. - Luzzatto-Santa Maria, *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2010.
- (15) Cicconetti, *Le fonti del diritto italiano*, Torino, 2017.
- (16) Si veda Adam - Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2017.
- (17) Munari, *Le norme del cd. terzo pilastro nel sistema dell'Unione Europea: profili istituzionali, problematiche e prospettive* (con Amalfitano Chiara), in *Dir. Un. Eur.*, 2007, pagg. 773-809.
- (18) Per il testo integrale si rinvia all'indirizzo web [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it).
- (19) Ivaldi, *Diritti fondamentali e diritto internazionale privato dell'Unione europea nella prospettiva dell'adesione alla CEDU* (con C.E. Tuo), in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, pp. 7-36.
- (20) *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da Gianmaria Ajani e Gian Antonio Benacchio, Torino, 2006.
- (21) Mengozzi, *Il diritto comunitario e dell'Unione Europea*, Padova, 1997.
- (22) Ivaldi, *La posizione della CEDU e della giurisprudenza di Strasburgo nel sistema interno di tutela dei diritti*, in S.M. Carbone, I. Queirolo (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2008, pp. 83-109.
- (23) Il riferimento va all'opera e ai lavori di Ole Lando (tra cui, per tutti, cfr. O. Lando, H. Beale, *Principles of European Contract Law*, L'Aja, 1999), e all'omonima Commissione incaricata di elaborare un codice civile europeo, oltre alla vera e propria scuola di pensiero, soprattutto germanica, che si è a lungo dedicata all'unificazione del diritto privato europeo che ha dato origine a fenomeni ormai "tipizzati", come il Draft Common Frame of Reference (DFCR) dei Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law a cura del cd. Study Group on a European Civil Code (cfr., per ulteriori riferimenti, [www.law-net.eu](http://www.law-net.eu)). Nella dottrina italiana, e per riferimenti, per tutti cfr.: G. Alpa, M. Andenas, *Fondamenti del diritto privato europeo*, in *Trattato di diritto privato*, Milano, 2005; C. Castronovo, S. Mazzamuto, *Il diritto privato europeo*, Milano, 2007; F. Cafaggi (a cura di), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford, 2006.
- (24) Ivaldi, *Costituzione e diritto dell'Unione europea*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche. Appendice di aggiornamento*, Torino, 2010, pp. 59-68.
- (25) Pocar (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione Europea (Breviaria iuris)*, Padova, 2001.
- (26) Ivaldi, *Lezioni di diritto internazionale privato* (con S.M. Carbone), Padova, 2000.



*Avvocati di Genova. Arringhe.*

AVV. AURELIO DI RELLA TOMASI DI LAMPEDUSA  
Nuova Editrice Universitaria, 2018, pp. 256

A Catania, in occasione del congresso nazionale, il CNF ha presentato, fresco di stampa, il libro di Aurelio Di Rella Tomasi di Lampedusa "Avvocati di Genova. Arringhe" settimo volume della prestigiosa collana de "I discorsi dell'avvocatura" nella quale figurano personaggi del calibro di Carrara, Calamandrei, Zanardelli e Carnelutti.

Il volume, che verrà presentato anche a Genova ed è impreziosito dalla presentazione dell'avvocato Francesco Marullo di Condojanni, coordinatore della commissione del CNF per la Storia dell'Avvocatura in Italia, e dalla prefazione del nostro prof. Guido Alpa, contiene sei pregevoli arringhe di grandi avvocati genovesi (Pietro Cogliolo, Orazio Raimondo, Francesco Paolo Erizzo, Francesco Marcellini e Ugo Maria Failla) la lettura delle quali consente di apprezzare, oltre alla loro ars oratoria, anche lo stile e la profonda cultura umanistica.

L'illustrazione chiara e sintetica delle vicende che diedero luogo ai processi, l'inquadramento delle stesse nella società dei tempi, la ricchezza di note esplicative rendono interessante e godibile, anche agli estranei al mondo della giustizia, la lettura del volume che fa conoscere il diverso ruolo sociale e giuridico delle donne agli inizi del '900, l'influenza sull'opinione pubblica - anche in tema di reati passionali - delle opzioni politiche, la libertà e l'indipendenza dell'Avvocatura durante il regime fascista, l'ecletticità degli avvocati capaci di indagare da psicologi i meandri dell'animo umano e dei sentimenti e di sceverare - illustrandole con chiarezza - le aride e complesse problematiche del mondo della finanza e della borsa.

Una pubblicazione particolarmente suggestiva e gratificante per chi ha l'orgoglio di appartenere a un Ordine che, come il nostro, si è sempre distinto per la capacità, qualità e serietà dei suoi componenti.

Nel primo capitolo, dedicato a Pietro Cogliolo, che fu anche presidente del nostro Ordine, è riportata l'arringa pronunciata davanti alla Corte di Cassazione di Roma in difesa di Teresa Labriola cancellata, come trent'anni prima la Poet a Torino, dall'Albo, in quanto donna in seguito a ricorso del Procuratore del Re contro la delibera del Consiglio dell'Ordine di Roma che aveva accolto la richiesta di iscrizione.

Cogliolo, che era un tradizionalista ed auspicava che non fossero molte le donne intenzionate ad esercitare la professione invece di dedicarsi alla famiglia, sostenne con vigore e dovizia di argomenti, non condivisi dai giudici, che era doverosa un'interpretazione evolutiva della legge forense e si doveva riconoscere il diritto di ogni donna, in possesso dei requisiti di legge, di iscriversi all'Albo ed esercitare. Non si limitò a difendere il diritto in aula ma fu in prima linea anche nel mondo accademico e politico per rivendicare questo diritto delle donne. Un fulgido esempio di una avvocatura che difende il diritto anche in antitesi alle proprie personali convinzioni.

Il secondo capitolo è incentrato su una vicenda di amore e morte che divise l'opinione pubblica schierata, spesso a seconda delle opinioni politiche, per la colpevolezza o per l'innocenza della contessa Tiepolo, imputata dell'omicidio dell'attendente del marito, capitano dei bersaglieri. Gli innocentisti ritenevano che la nobile avvenente signora avesse sparato per sottrarsi alle voglie del giovane attendente; i colpevolisti che gli avesse sparato per metterlo a tacere dopo essersi concessa. La vicenda fu ricordata molti anni dopo da Sciascia nel suo volume "1912+1". Il difensore della Tiepolo, Orazio Raimondo, sanremese trasferitosi all'Ordine di Genova, uno dei più apprezzati maestri dell'ars oratoria strappò con la sua travolgente arringa un'assoluzione con una risicata maggioranza della giuria. All'epoca la giuria era composta esclusivamente da non togati (introdotti poi dal Guardasigilli Rocco per mettere un freno alle troppe assoluzioni ottenute per la suggestione di abili oratori capaci di fare leva sui sentimenti popolari in materia di onore e di affetti).

Di grande rilevanza storica l'arringa di Francesco Paolo Erizzo, conservata nell'archivio della resistenza, pronunciata nel processo a carico di Pertini, Turati, Rosselli, Parri ed altri imputati di espatrio clandestino a fini politici. Vico Faggi (il giudice di Genova Orenco che fu consigliere in Corte di Appello) scrisse la sceneggiatura de "Il processo di Savona" un'opera teatrale nella quale ricostruì la vicenda processuale. Erizzo, in piena era fascista, dichiarandosi apolitico e quindi non fascista, criticò duramente, senza mezzi termini la legge, mettendo in luce il clima politico e poliziesco che indusse Turati a lasciare il paese. Anche il fascista avvocato Oppenheim, genovese, difensore di un altro imputato criticò chi aveva voluto che quel processo venisse celebrato. Esempi di una Avvocatura capace di essere e rimanere libera ed indipendente anche in tempi di dittatura.

Il processo indiziario a carico di un veterinario imputato di avere ucciso il marito della sua amante inviandogli per posta una bottiglia di aperitivo tenne viva l'attenzione dell'opinione pubblica sollecitata dal profluvio di notizie su quello che la stampa aveva definito "Il processo del bitter".. Luca Ciurlo, uno degli ultimi grandi oratori capaci di catturare l'attenzione degli ascoltatori e di coinvolgerli emotivamente pronunciò davanti alla Corte di Assise di Sanremo l'arringa riprodotta nel quarto capitolo con la quale strappò le lacrime persino al Presidente della Corte. Il quinto e sesto capitolo sono relativi allo stesso processo per il reato di agguato nel quale Francesco Marcellini difendeva i tre imputati principali e Ugo Maria Failla una figura marginale o, meglio, un soggetto che appariva come protagonista nonostante la marginalità della sua posizione. I due avvocati, eminenti e facondi giuristi, espongono con stile impeccabile e in modo chiaro e comprensibile anche a chi non ha specifiche conoscenze delle materie trattate i problemi giuridici riuscendo a rendere interessante una materia di per sé arida.

Alessandro Barca

*Il sistema sanzionatorio nel diritto di famiglia*  
 AVV. FRANCO LONGO  
 Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, pp. 356

Il volume in questione attraversa il diritto di famiglia e minore con un'impostazione originale: tratta la materia considerando le molteplici sanzioni, misure e pene, tanto da assurgere a sistema, introdotte negli ultimi 15 anni dal legislatore. Se si considera che fino alla fine degli anni novanta il diritto di famiglia era considerato una materia a sé, isolata dagli altri rami del diritto privato, con proprie e specifiche forme di tutela e sanzioni tipiche (poche, tra cui l'addebito della separazione), negli ultimi anni tale situazione è profondamente mutata. Si pensi al fenomeno della contrattualizzazione del diritto di famiglia e, aspetto ampiamente trattato dal libro in questione, a quello dell'accostamento del sistema della responsabilità civile al diritto di famiglia e, in particolare, della sanzione del risarcimento del danno nel caso della violazione dei doveri coniugali e genitoriali. Quest'ultimo dirompente accostamento è stato inaugurato dalla giurisprudenza a partire dal 1999, anche in virtù di una sempre maggiore attenzione ai diritti fondamentali della persona sanciti da convenzioni internazionali e anche, in particolare, dall'art. 2 della Costituzione. Tale orientamento si è diffuso negli anni in modo univoco ed è diventato consolidato, tanto da influenzare il legislatore ad esempio con l'introduzione, con la legge 54/2006 sull'affidamento condiviso, delle sanzioni previste dall'art. 709 ter cpc, tra le quali è annoverato "il risarcimento del danno".

Si tratta del comparto degli illeciti endofamiliari che vanno distinti dagli illeciti esofamiliari. Con questi ultimi si intendono gli illeciti provenienti dall'esterno, da terzi nei confronti di un familiare, con diritto al risarcimento del danno sia patrimoniale che non patrimoniale a favore degli altri stretti congiunti. Si pensi ai familiari superstiti per decesso di un familiare per omicidio colposo o doloso.

Gli illeciti endofamiliari riguardano i pregiudizi che un familiare determina ai danni di un altro o altri con la sua condotta illecita. Si tratta di un'area in continua evoluzione trattata nel libro in modo approfondito con riferimento alle singole fattispecie quali, ad esempio, il danno da privazione genitoriale, il danno da mancata assistenza materiale o morale, il danno da infedeltà coniugale e, aspetto innovativo recentemente introdotto dalla giurisprudenza e trattato dall'Autore, il risarcimento del danno tra conviventi per la violazione di taluni doveri, quale quello all'assistenza morale, pur non essendo espressamente previsti dalla legge.

Il volume esamina, quindi, in modo accurato i singoli obblighi e rispettivi diritti dei coniugi e dei figli in virtù degli orientamenti giurisprudenziali più recenti e anche, appunto, dei conviventi *more uxorio*.

Come noto, qualche anno fa vi è stata la riforma della filiazione, una riforma profonda con riflessi anche sulla materia

delle successioni. La riforma ha inciso notevolmente sulle responsabilità genitoriali e sui diritti dei figli minorenni, alcuni oggetto di nuova disciplina, come il diritto ad essere ascoltati nei procedimenti che li riguardano, puntualmente trattato nel libro.

Un capitolo specifico è dedicato alla tutela degli animali domestici o "familiari", sia dal punto di vista delle conseguenze in caso di illeciti nei loro confronti, sia con riferimento al loro affidamento nel caso di separazione dei loro padroni.

Il volume si sofferma dunque, anche esaminando i contributi dottrinali e soprattutto le pronunce giurisprudenziali, sulle specifiche misure di tutela quali quelle contenute negli artt. 342 bis e ter cc (ordini di protezione contro gli abusi familiari), 330 e 330 cc (sulle limitazioni o la decadenza relative alla responsabilità genitoriale), 709 ter cpc, 614 bis cpc (*astreintes* di origine francese).

Queste ultime rappresentano una novità recente e quasi dirompente, fungendo da deterrente nei confronti di eventuali violazioni da parte dei genitori, ad esempio, delle regole sull'affido stabilite nella separazione.

Vengono trattate poi tutte le ipotesi di "danni punitivi" previste nel settore e anche nell'ambito del processo civile come, a quest'ultimo proposito, le disposizioni ex art. 96 cpc sulle liti temerarie e la responsabilità aggravata.

Capitoli specifici sono poi dedicati alla recente evoluzione giurisprudenziale in tema di assegno divorzile (che può presentare anche il requisito risarcitorio e assumere rilevanza, quindi, nella determinazione del *quantum* dell'assegno stesso) e in tema di illeciti compiuti dai genitori tramite i social network.

In questa era dominata dalla massiccia informazione e da una comunicazione da un lato virtuale, dall'altro immediata, si sono configurati sempre più nuovi casi di lesione di diritti. Alcuni casi di uso scorretto dei social network da parte dei genitori che hanno coinvolto i figli sono approdati davanti ai giudici e sono illustrati ed esaminati nel testo.

Il volume si chiude con un capitolo dedicato all'esame dei reati intrafamiliari tra cui quello di recente introduzione previsto dall'art. 570 bis cp, oggetto di vivaci discussioni quanto al suo contenuto.

Vengono esaminati anche i reati di maltrattamento di familiari, della violazione delle regole sull'affido, della sottrazione anche internazionale di minori, dell'infanticidio, dell'incesto e quelli previsti anche a tutela dei conviventi e degli uniti civilmente.

In conclusione, un volume accurato e aggiornato che approfondisce tutte le tipologie sanzionatorie, ovvero quelle già esistenti, esaminate alla luce della più recente giurisprudenza, e quelle nuove e inedite come le *astreintes* e i danni punitivi, da poco, come evidenziato, entrati nel nostro ordinamento e già applicati dai giudici in diversi casi.

Alessandro Barca

## Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

# Sentenze e ordinanze

Tribunale di Genova, sez. III pen. specializzata per il riesame, ord. 6 settembre 2018 - Pres. Est. Cascini.

(Annullamento con rinvio disposto dalla Corte di Cassazione (sent. 12 aprile 2018) su appello del Pubblico Ministero avverso ordinanza Tribunale di Genova (16 novembre 2017) in riferimento al sequestro preventivo disposto nei confronti del partito politico Lega Nord)

**SEQUESTRO PREVENTIVO FINALIZZATO ALLA CONFISCA - la Corte di Cassazione chiarisce una questione di diritto - già suscettibile di diverse interpretazioni - Tribunale di Genova, sezione specializzata per il riesame, si adegua.**

(Art. 640-bis; artt. 640-quater e 322-ter c.p.; Cass., Sez. II Pen., sent. 12 aprile 2018, n. 29923 - deposito il 03.07.2018; Cass., SS.UU. Gubert, 30.01.2014, e Cass., SS.UU. Lucci, 26.06.2015)

**SEQUESTRO PREVENTIVO FINALIZZATO ALLA CONFISCA - denaro - bene fungibile - scopo del provvedimento quello di ristabilire l'equilibrio sociale alterato dalla condotta illecita - vincolo pertinenziale tra bene oggetto del provvedimento ablatorio ed il reato - insussistenza - sufficiente la corrispondenza dell'importo oggetto del sequestro ed il profitto del reato.**

(Art. 640-bis; artt. 640-quater e 322-ter c.p.; Cass., SS.UU. Gubert, 30.01.2014 e Cass., SS.UU. Lucci, 26.06.2015)

**SEQUESTRO PREVENTIVO FINALIZZATO ALLA CONFISCA - denaro - bene fungibile - confusione del profitto del reato con le altre somme depositate sui conti correnti - natura diretta del sequestro - atto obbligatorio e non discrezionale.**

(Art. 640-bis; artt. 640-quater e 322-ter c.p.)

**SEQUESTRO PREVENTIVO FINALIZZATO ALLA CONFISCA - mantiene suoi effetti anche su somme confluite successivamente al provvedimento ablatorio - unico limite legislativo per l'apprensione delle somme oggetto del decreto di sequestro - costituito dall'importo dell'arricchimento indebito fino a concorrenza del profitto del reato.**

(Art. 640-bis; artt. 640-quater e 322-ter c.p.)

**SEQUESTRO PREVENTIVO FINALIZZATO ALLA CONFISCA - somma di denaro oggetto di sequestro preventivo - da cercarsi "ovunque e presso chiunque" - disponibilità economica del partito aumentata del profitto del reato.**

(Art. 640-bis; artt. 640-quater e 322-ter c.p.; Cass., Sez. II Pen., sent. 12 aprile 2018, n. 29923 - deposito il 03.07.2018)

**SEQUESTRO PREVENTIVO FINALIZZATO ALLA CONFISCA - estensione della confisca a soggetti estranei**

**al procedimento di merito - nulla poena sine lege - illegittimità costituzionale - manifesta infondatezza - carattere restitutorio e non sanzionatorio del sequestro preventivo.**

(Artt. 321 c.p.p. e 322-ter c.p.; art. 7 CEDU; Sent. CEDU, Grande Chambre, 28 giugno 2018)

**SEQUESTRO PREVENTIVO FINALIZZATO ALLA CONFISCA - estraneità del partito all'arricchimento indebito - insussistenza - somme ricevute e versate sui conti - concreto e consistente vantaggio economico del partito.**

(Art. 640-bis c.p.; artt. 640-quater e 322-ter c.p.)

**CONFISCA - partito politico - violazione delle prerogative democratiche e costituzionali - insussistenza.**

(Art. 640-bis c.p.; artt. 640-quater e 322-ter c.p.)

*Il Tribunale di Genova, sezione specializzata per il riesame, si deve adeguare a quanto stabilito dalla Corte di Cassazione nel caso in esame, poiché con il principio espresso la Corte "ha risolto una questione di diritto precedentemente suscettibile di diverse interpretazioni sulla base di principi ormai consolidati a livello di Sezioni Unite". (1)*

*Come discende dai principi di diritto espressi dalla Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite (sent. Gubert e sent. Lucci), essendo il fine del sequestro preventivo quello di "ristabilire l'equilibrio economico alterato dalla condotta illecita", esso non deve essere subordinato ad una verifica che esse provengano direttamente dal reato: è sufficiente che le stesse corrispondano all'importo del profitto del reato, "non sussistendo un vincolo pertinenziale tra il reato ed il bene da confiscare" (sent. Gubert). Infatti, essendo la somma di denaro oggetto del sequestro un bene fungibile, non è necessaria la verifica della "derivazione" diretta tra questa ed il reato (sent. Lucci). (2)*

*Avendo la somma di denaro, oggetto del sequestro, natura di bene fungibile, essa si confonde con le altre somme a qualsiasi titolo ed in qualsiasi momento versate sui conti correnti, quindi il rinvio alla norma di cui all'art 322-ter c.p. non altera la natura diretta del sequestro preventivo finalizzato alla confisca e, di conseguenza, il sequestro preventivo "costituisce atto obbligatorio e non discrezionale". (3)*

*Il sequestro mantiene i suoi effetti anche sulle somme che confluiscono sui conti del partito politico successivamente alla data di emissione del provvedimento, poiché sussiste un unico limite legislativo per l'esecuzione del provvedimento ablatorio nei confronti delle somme oggetto del decreto di sequestro preventivo, che "è costituito dall'importo dell'arricchimento indebito fino a concorrenza del profitto del reato indicato nella sentenza di condanna". (4)*

*La somma di denaro oggetto di confisca diretta va cercata in tutti i conti correnti, depositi bancari e libretti postali riferibili alla Lega, poiché la disponibilità economica del partito è aumentata del profitto del reato. (5)*

*Nel caso concreto non costituisce violazione dell'art. 7 della Carta Edu il sequestro preventivo finalizzato alla confisca, atteso che lo stesso ha carattere restitutorio e non è "equiparabile all'irrogazione di una pena" perché privo di natura sanzionatoria. (6)*

Non può essere invocata l'estraneità del soggetto politico all'arricchimento indebito, in quanto essendo giustificato il provvedimento ablatorio dal fine di recuperare "le somme illegittimamente percepite dai dirigenti pro tempore" del movimento politico ed essendo le predette somme state versate sui suoi conti, il partito ha "direttamente tratto un concreto e consistente vantaggio patrimoniale". (7)

La confisca disposta dal Tribunale di Genova nei confronti del partito politico Lega Nord per l'Indipendenza della Padania non reca alcun pregiudizio alle "prerogative democratiche" anche in ragione del fatto che parte civile nel procedimento di merito sono "i massimi Organi costituzionali di rappresentanza popolare". (8)

### (1-8) Il sequestro dei fondi della Lega: brevi osservazioni all'ordinanza del Tribunale del riesame di Genova del 6 settembre 2018

**Sommario:** 1. La decisione della Cassazione cambia lo scenario ... - 2. ... ed il Tribunale del riesame si adegua. - 3. La questione sotto la lente del diritto costituzionale. - 4. La via d'uscita proposta: ai posteri (l'esecuzione del) l'ardua sentenza.

#### 1. La decisione della Corte di Cassazione cambia lo scenario...

Su ricorso della Procura, il Tribunale, Sezione III Penale, specializzata per il riesame, di Genova si è pronunciato nuovamente, il 6 settembre 2018, in merito al sequestro finalizzato alla confisca diretta delle somme di denaro appartenenti alla "Lega Nord per l'Indipendenza della Padania". Contro tale formazione politica, un precedente tentativo aveva infatti portato al rinvenimento della minor somma di € 1.651.279,01 rispetto a quella di € 48.696.617,00, considerata il profitto del reato di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche ottenute con la presentazione alla Camera dei Deputati ed al Senato della Repubblica di rendiconti e bilanci dimostrati in giudizio di primo grado essere falsi o comunque irregolari (1).

Inoltre è d'uopo rilevare che, recentemente, la Corte d'Appello di Genova ha parzialmente confermato la sentenza di primo grado che aveva condannato gli imputati anche per il reato di cui all'art. 640-bis c.p. In sostanza la sentenza parrebbe aver confermato nel merito la decisione del giudice di prime cure, poiché la stessa ha dichiarato, in riferimento ai fatti anteriori, la prescrizione del reato, confermando la condanna per i fatti più recenti, e, per gli ex-revisori dei conti, ha riqualificato il fatto nel reato di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, previsto dall'art. 316-ter c.p.; ad ogni modo ha espressamente confermato la confisca disposta dal Tribunale di primo grado (2).

La Procura, in forza della sentenza di primo grado, ha chiesto di essere autorizzata a sequestrare qualsiasi somma in conti, libretti e depositi riferibili alla Lega, anche successivamente alla data del primo provvedimento, dopoché nello scorso luglio la Corte di Cassazione ha annullato la precedente ordinanza del riesame che aveva negato tale possibilità. Testualmente, infatti, secondo la Suprema Corte, l'estensione dell'originario provvedimento cautelare (4 settembre 2017) "anche alle somme affluite in un momento successivo" e "nei limiti del *quantum* del provvedimento ablatorio originale, non comporta novazione, stante l'irrilevanza della fonte del sequestro perché l'oggetto della misura cautelare è sempre quella del decreto originario, che tra l'altro non è stata oggetto di contestazione" (3). La Cassazione

ha inoltre osservato che, essendo il denaro bene fungibile, il sequestro non deve necessariamente avvenire sulla stessa specie monetaria ricevuta illecitamente, ma su somme corrispondenti al valore nominale oggetto del provvedimento, ovunque si trovino, purché venga "accertato, come nel caso in esame, il rapporto pertinenziale, quale relazione diretta, attuale e strumentale, fra il denaro oggetto di provvedimento di sequestro ed il reato del quale costituisce il profitto illecito" (4).

#### 2. ... ed il Tribunale del riesame si adegua.

Il Tribunale del riesame di Genova, adeguandosi al principio stabilito dalla Suprema Corte, ha statuito che "la somma oggetto della confisca diretta va ricercata «ovunque e presso chiunque» comprendendovi anche le somme confluite sul conto «in data successiva all'esecuzione del provvedimento genetico»", sottolineando che la natura del provvedimento è riparatoria e non sanzionatoria, con la conseguenza che la richiesta è quella di restituire quanto ricevuto indebitamente e non quella di sanzionare un partito per l'illecita condotta tenuta dai suoi leader ed amministratori (5). E ciò benché il partito politico non possa essere considerato estraneo alla vicenda, in quanto il provento della truffa aggravata per il conseguimento di erogazione pubbliche è stato "versato" proprio nei suoi conti correnti, depositi bancari e libretti postali, percependo un notevole vantaggio patrimoniale.

Inoltre recentemente la Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso proposto dai legali del partito avverso la decisione del collegio genovese, dal che si potrebbe desumere la conferma di quanto in essa stabilito (6).

#### 3. La questione sotto la lente del diritto costituzionale.

La questione così riassunta ha suscitato prevedibilmente numerosi interrogativi di ordine politico e giuridico.

Sotto il primo profilo, suggestivamente ci si è chiesto come possa funzionare il partito in parola fino a quando non restituirà la somma totale del provento del reato, dato che la Procura potrà sequestrare "ogni centesimo" presente nei suoi conti, perpetrandosi in tal modo un *vulnus* della democrazia, col limitare una forza politica nel continuare la sua attività.

Dal canto loro, proprio gli esponenti del partito hanno sottolineato il fatto che le risorse presenti nei conti della Lega dal 4 settembre 2017 (giorno del primo provvedimento di sequestro) ad oggi riguardano donazioni dei cittadini, contributi degli eletti, quote associative o donazioni ricevute tramite il 2x1000 e pertanto non riferibili alla truffa ascritta a Bossi, Belsito e altri ai danni della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica.

Per contro, si è rilevato che le parti civili danneggiate siano proprio la Camera dei Deputati ed il Senato della Repubblica, che formano i più importanti organi costituzionali di rappresentanza popolare, sicché non potrebbe essere leso il principio democratico, se "si chiede" a chi ha sottratto illecitamente fondi al massimo organo rappresentativo in una democrazia, di restituirli.

Ma, sempre con riferimento al quadro democratico, potrebbe addirittura osservarsi come la competizione politica tra diversi partiti o forze politiche risulti viziata ove ve ne sia una che utilizza per la sua attività (promozione, pubblicità, gazebo, presenza nelle tv, dipendenti del partito, ...) risorse che ha ottenuto illecitamente, in violazione dell'uguaglianza di tutti i cittadini all'effettiva partecipazione all'organizzazione politica del nostro Paese prevista dall'art. 3 della Co-

stituzione (si ricordi che la Lega è passata in cinque anni dal 4% a circa il 17/18% diventando una delle maggiori forze politiche).

#### 4. La via d'uscita proposta: ai posteri (l'esecuzione del)l'ardua sentenza.

Comunque sia, si apprende che ciò che sembrava impossibile, ossia una qualche via di uscita dall'*impasse* politico-giuridico generato soprattutto dalla consistenza considerevole della somma dovuta, è avvenuto perché, da un lato, i rappresentanti della Lega, mettendo da parte ogni iniziale risentimento nei confronti della magistratura, hanno proposto un piano per restituire i fondi dilazionandoli nel tempo (7) e, dall'altro, il Pubblico Ministero ha accettato la proposta, fissando la modalità esecutiva del sequestro disposto dal Tribunale di Genova.

Tale modalità in sostanza dovrebbe consistere nel versamento da parte della Lega su un conto corrente a disposizione della Guardia di Finanza di € 100.000,00 ogni bimestre, pari ad € 600.000,00 all'anno (8), fino al raggiungimento della somma dovuta, derivandone che ci vorranno circa 80 anni per il suo completamento.

Ora, se da un lato, potrebbe opinarsi che, forse, questa era l'u-

nica modalità per garantire ad un partito di poter continuare la sua ordinaria attività, garantendo nel contempo il graduale recupero di quanto percepito illecitamente (potrebbe, del resto, accadere che non si arrivi a riscuotere tutto, preferendosi, pertanto, iniziare a ricevere qualcosa); dall'altro lato, non è chi non veda la paradossalità della situazione: 80 anni costituiscono indiscutibilmente un lasso di tempo molto lungo, maggiore dell'intera nostra storia repubblicana; e solo le più recenti generazioni potranno vedere, se tutto andrà bene (la Lega? la Repubblica? il contesto internazionale?), il versamento dell'ultima *tranche*.

Sicché v'è luogo a dubitare che la soluzione apprestata sia veramente assistita dai caratteri della congruità e della proporzionalità, sembrando piuttosto lambire la sfera simbolica. In conclusione, considerato che al partito ovviamente non è fatto divieto di versare più dei € 600.000,00 annui, non può mancare l'auspicio che venga restituito di più e più celermente di quanto proposto, visto anche il considerevole numero di eletti in quota alla Lega nel Parlamento e nei consigli territoriali in grado di contribuire a ristorare gli attuali cittadini italiani del cd. *maltolto*.

Dott. Simone Frega

# Massime

T.A.R. Liguria, sez. I, sent. 12 settembre 2018 - Pres. Daniele, Est. Goso - A. (Avv. Masetti) c. Ministero dell'Interno (Avv. distr. Stato).

**ARMI, MUNIZIONI E MATERIALI ESPLODENTI - detenzione - tutela della pubblica incolumità - prevalenza sulle esigenze lavorative - insufficienza di motivazione - illegittimità - annullamento**

(Art. 39 T.U.L.P.S.)

*Va annullato il divieto di detenzione di armi, munizioni e materiali esplosivi quando incida direttamente sul diritto al lavoro e non sia adeguatamente motivato quanto alle ragioni del sacrificio delle esigenze lavorative del privato rispetto alla tutela della pubblica incolumità. (1)*

(1) Il ricorrente aveva chiesto l'annullamento del decreto prefettizio che gli vietava di detenere armi, munizioni e materiali esplosivi, alla luce del fatto che ne sarebbe conseguita la privazione della sua unica fonte di reddito, essendo egli addetto nel settore degli spettacoli pirotecnici.

F.G.

TAR Liguria, sez. II, 11 settembre 2018 - Pres. Est. Pupilella - V. (Avv. Fiorini) c. Ministero dell'Interno (Avv. distr. Stato) e Prefetto di Savona (non costituito).

**ASILANTI - misure di accoglienza - revoca prefettizia - correlato rischio di costringimento a soddisfare i bisogni primari al di fuori della rete assistenziale che lo Stato fornisce - straordinarietà del provvedimento.**

(Art. 23, comma 7, lett. e), d. lgs. 18 agosto 2015, n. 142)

**ASILANTI - misure di accoglienza - revoca prefettizia motivata da un unico episodio di accattonaggio - illegittimità per violazione dei principi di proporzionalità e adeguatezza della sanzione rispetto alla condotta addebitata.**

(Art. 23, comma 7, lett. e), d. lgs. 18 agosto 2015, n. 142; T.A.R. Bolzano, sez. I, 24 maggio 2017, n. 165; T.A.R. Liguria, sez. II, causa RGR n. 353/2018)

*La revoca delle misure di accoglienza deve essere impiegata esclusivamente come extrema ratio poiché privarne lo straniero richiedente asilo, lo costringerebbe a tentare di soddisfare i propri bisogni primari al di fuori della rete assistenziale che lo Stato gli fornisce, probabilmente e nella migliore delle ipotesi, incrementando gli episodi di accattonaggio e trascurando il percorso formativo di integrazione e di autonomia intrapreso.*

*L'accattonaggio, compiuto in un'unica occasione isolata, non si ammovera tra «le violazioni gravi e ripetute delle regole della struttura in cui il richiedente asilo è accolto» che legittimerebbero, tra le altre, la revoca delle misure di accoglienza da parte del Prefetto.*

A.T.

T.A.R. Liguria, sez. II, sent. 19 settembre 2018, n. 712 - Pres. e Est. Pupilella - M. (Avv. Fiorini) c. Ministero dell'Interno, Ufficio Territoriale del Governo Savona (Avv. Distr. St.).

**ASILANTI - misure di accoglienza - revoca prefettizia - applicabilità tanto ai centri di accoglienza ordinaria quanto ai centri di accoglienza straordinaria.**

(Art. 23, comma 7, lett. e), d. lgs. 18 agosto 2015, n. 142)

**ASILANTI - misure di accoglienza - revoca prefettizia - valutazione in concreto della singola fattispecie e della particolare situazione della persona interessata, anche sotto il profilo della proporzionalità del provvedimento rispetto alla gravità delle condotte accertate - necessità.**

(Art. 23, comma 7, lett. e), d. lgs. 18 agosto 2015, n. 142; T.A.R. Bolzano, sez. I, 24 maggio 2017, n. 165)

**ASILANTI - misure di accoglienza - revoca prefettizia motivata da episodi reiterati di accattonaggio ovvero in presenza di altre violazioni delle regole poste a tutela della sicurezza e dell'incolumità pubblica - legittimità.**

(Art. 23, c. 1, lett. e), d. lgs. n. 142 del 2015; T.A.R. Torino, sez. I, sent. 28 novembre 2016, n. 1461)

*In tema di revoca delle condizioni di accoglienza, l'art. 23 del d. lgs. n. 142 del 2015, che ne affida la competenza al Prefetto, risulta applicabile - ove ne sussistano i presupposti di fatto - tanto ai centri di accoglienza ordinaria quanto a quelli di accoglienza straordinaria, non rilevando la tipologia della struttura, posto che la differenza tra esse è insita nel solo tempo di permanenza.*

*In tema di revoca delle condizioni di accoglienza, il Prefetto deve accertare - in modo sufficientemente certo - la specifica condotta imputabile al soggetto, valutandone la gravità in rapporto alle esigenze di ordinato funzionamento della struttura di accoglienza e garantendo, al contempo, l'adeguatezza e la proporzionalità del provvedimento adottato rispetto alla gravità accertata.*

*È legittima ex art. 23, c. 1, lett. e), del d. lgs. 142 del 2015 la revoca prefettizia delle condizioni di accoglienza motivata da episodi reiterati di accattonaggio ovvero in presenza di altre violazioni delle regole poste a tutela della sicurezza e dell'incolumità pubblica.*

F.D.

TAR Liguria, sez. I, sent. 14 agosto 2018 n. 681 - Pres. Daniele - Est. Peruggia - H. (Avv. ti Deluigi e Saguato) c. Comune di Santa Margherita Ligure (Avv. Mottola) e C. s.r.l. (Avv. Mozzati).

**GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - pluralità di domande - cumulo oggettivo - ammissibilità.**

(Art. 117, comma 5, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104; Cons. Stato, sez. IV, sent. 29 novembre 2017 n. 5596; sez. III, 10 novembre 2017 n. 5188; sez. V, 16 giugno 2016 n. 2644)

**INQUINAMENTO ACUSTICO - immissioni sonore provenienti da locali d'intrattenimento - persistente superamento dei limiti legali - obbligo di vigilanza ed irrogazione delle sanzioni previste dal regolamento comunale.**

(Art. 27 delib. consiliare n. 33 del Comune di Santa Margherita Ligure del 21.06.2012)

*È ammissibile il ricorso al giudice amministrativo recante una pluralità di domande (nella specie l'accertamento del silenzio assenso della*

PA e l'annullamento degli atti da questa adottati) laddove le istanze attingano ad un unico oggetto del contendere e non vi siano ostacoli alla decisione in un'unica soluzione di tutte le domande proposte.

È obbligo dell'amministrazione civica effettuare il costante controllo del rispetto delle immissioni provenienti dai luoghi d'intrattenimento, dovendo il Sindaco irrogare le sanzioni previste dal regolamento comunale nel caso di persistenza di superamento dei limiti legali

S.P.

TAR Liguria, sez. I, sent. 20 luglio 2018, n. 675 - Pres. Daniele - Est. Garbari - F. (Avv. Gerbi) c. Consiglio Regionale - Assemblea Legislativa della Liguria (Avvocatura Distr. Stato) e c. Regione Liguria (non costituita in giudizio) e nei confronti di A. (Avv.ti Bormioli e Triveri).

**REGIONE LIGURIA - attribuzione di incarichi dirigenziali - procedura selettiva caratterizzata da elementi concorsuali - giurisdizione amministrativa - sussistenza.**

(Art. 23-bis, comma 2-ter, legge regionale Liguria 17 agosto 2006, n. 25)

**REGIONE LIGURIA - nota del Segretario generale del Consiglio regionale/ Assemblea Legislativa della Liguria di carattere esclusivamente comunicativo - carattere provvedimentale - esclusione - inammissibilità del ricorso.**

(Art. 7 d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)

**REGIONE LIGURIA - Consiglio regionale - atti di macro-organizzazione - obbligo di motivazione - requisiti minimi - sussistenza - impugnazione - rigetto del ricorso.**

(Art. 31.7 agosto 1990, n. 241; C.d.S., sez. V, 14 maggio 2013, n. 2607)

**AMMINISTRAZIONE PUBBLICA - criterio della rotazione degli incarichi - principio generale - criterio di norma tendenziale ma non dirimente nell'attribuzione degli incarichi - incarichi più esposti al pericolo di corruzione - carattere più stringente.**

(Art. 1, comma 4, lett. e), l. 6 novembre 2012, n. 190; Corte dei conti, Lazio, sez. controllo, delib. 30 marzo 2018, n. 11)

*Rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la deliberazione dell'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale/Assemblea Legislativa della Liguria - n. 181 del 2015, concernente l'attribuzione di incarichi dirigenziali a seguito dell'acquisizione dei curricula e della valutazione comparativa dei requisiti personali e professionali in ordine "alle posizioni da ricoprire" ex art. 23-bis, comma 2-ter, l. r. 25/2006, poiché adottata in seguito ad una procedura selettiva caratterizzata da elementi concorsuali.*

*Non ha carattere provvedimentale la nota del Segretario Generale del Consiglio regionale/Assemblea Legislativa della Liguria del 14 gennaio 2016 atteso che essa ha natura esclusivamente comunicativa "a carattere interlocutorio", dal che consegue l'inammissibilità del ricorso per l'annullamento di tale nota in quanto priva di "contenuto provvedimentale o dispositivo".*

*L'obbligo di motivazione previsto dall'art. 3 della l. n. 241 del 1990 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), in caso di atto di macro-organizzazione, è adempiuto se dal provvedimento risultino rispettati i "principi di non manifesta illogicità o incongruità delle scelte e dei modelli organizzatori adottati", e non necessita di ulteriori e superflui "appesantimenti argomentativi".*

*La rotazione degli incarichi, prevista dalla l. n. 190 del 2012 (Dispo-*

*sizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione), costituisce principio generale per le amministrazioni pubbliche, da attuarsi secondo le linee guida dell'autorità anticorruzione, seppure come "criterio di riferimento tendenziale ma non dirimente", da considerarsi peraltro più stringente per incarichi più esposti al pericolo di corruzione.*

S.F.

T.A.R. Liguria, sez. II, sent. 18 aprile 2018, n. 353 - Pres. Est. Pupilella - B. (Avv. Massa) c. Ministero dell'Interno (Avv. Distr. Stato).

**ELEZIONI COMUNALI - comune di Triora - rinnovo del consiglio comunale per decesso del sindaco - fissazione della tornata elettorale - impugnativa - contenzioso elettorale - esclusione.**

(Artt. 126 e 130 d. lgs 2 luglio 2010, n. 104; art. 38, comma 5, d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267; T.A.R. Campania, sez. II, 27 dicembre 2017, n. 6089)

*L'ambito di estensione della materia del contenzioso elettorale deve essere limitato alle "operazioni elettorali", ovvero a "tutti gli atti del procedimento elettorale successivi all'emanazione dei comizi elettorali", con la conseguente esclusione di tutte le controversie riferite al procedimento elettorale preparatorio precedente (nel caso di specie: l'impugnativa della nota ministeriale di slittamento della tornata elettorale).*

**ELEZIONI COMUNALI - comune di Triora - condizioni che rendono necessario il rinnovo del consiglio comunale - decesso del sindaco - rilevanza dell'evento in sé - decreto di scioglimento del consiglio comunale - irrilevanza.**

(Art. 53, d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267; art. 2, l. 7 giugno 1991, n. 182; Cons. Stato, sez. III, 28 giugno 2017, n. 3164)

*Le condizioni che, ai sensi dell'art. 2 della l. 182 del 1991, rendono necessario il rinnovo degli organi elettivi comunali vengono integrate dall'evento, in sé considerato, che ha determinato lo scioglimento del Consiglio comunale, e non dal provvedimento che formalmente lo ha dichiarato.*

**ELEZIONI COMUNALI - comune di Triora - rinnovo del consiglio comunale per decesso del sindaco - rispetto dei termini previsti - rinvio ministeriale della tornata elettorale - violazione dell'affidamento dei cittadini - illegittimità - annullamento.**

(Art. 3, l. 182 del 1991; nota ministeriale Dip. Affari interni e territoriali, class. 15937/61, prot. n. 5465 del 3 aprile 2018; decreto prefettizio 6 aprile 2018 n. 8640/area II, EE.LL.E.; nota prefettizia 3 aprile 2018 prot. 0008287/Area II; nota ministeriale 13 marzo 2018 pervenuta in allegato alla nota prefettizia 5 aprile 2018)

*Una volta intervenute le "condizioni" che impongono lo scioglimento dell'organo rappresentativo, l'unico termine assolutamente inderogabile è quello stabilito dall'art. 3 della l. 182 del 1991, che individua la fissazione della data dello svolgimento delle elezioni "non oltre il cinquantacinquesimo giorno precedente quello della votazione". Essendo stato tale termine rispettato, va annullato il rinvio stabilito dal Ministero dell'Interno in quanto comporterebbe un'indebita frustrazione dell'affidamento dei cittadini circa lo svolgimento delle elezioni nell'ambito del successivo turno elettorale.*

O.C.

## Sezione di diritto tributario

# Massime

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 5 gennaio 2018, n. 20 - Pres. Canepa - Rel. Ceriale.

### **ACCERTAMENTO - società - conti cointestati con i soci - riferibilità delle movimentazioni del socio alla gestione societaria - presunzione - esclusione.**

*La presunzione di appartenenza alla gestione societaria delle movimentazioni riflesse sui conti personali dei soci presuppone la prova, fornibile anche attraverso presunzioni, che i detti conti siano stati interessati da movimentazioni di pertinenza societaria e siano stati dunque utilizzati per occultare ricavi o per sostenere costi. L'applicazione della presunzione, infatti, non può esser fondata solo sulla riscontrata esistenza di conti della Società cointestati con i soci e/o dipendenti. Correlativamente, non si può pretendere che il socio fornisca la dimostrazione del carattere personale delle movimentazioni riscontrate sul conto cointestato, tenuto conto che nell'ambito dell'attività privata non sussiste alcun obbligo di richiedere emissioni di fatture per gli acquisti giornalieri né tantomeno di conservare una qualsivoglia documentazione che li concerna.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 5 febbraio 2018, n. 111 - Pres. Caputo - Rel. Chiti.

### **ACCERTAMENTO - metodologia induttiva per ristoratore - consumo di vino - legittimità - condizioni.**

*È legittima la ricostruzione induttiva del reddito basata sul consumo del vino: in tale valutazione, però, l'Ufficio deve tener conto del vino impiego nella cucina per la preparazione del cibo, di quello offerto come aperitivo alla clientela nonché della parte consumata dai dipendenti per i loro pasti.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 5 febbraio 2018, n. 112 - Pres. Caputo - Rel. Chiti.

### **ACCERTAMENTO - società estinta - soci - responsabilità nel limite delle somme percepite - dimostrazione - onere - ufficio - incombenza.**

### **ACCERTAMENTO - art. 28, c. 4, d.lgs. n. 175/2014 - società estinte - sopravvivenza fiscale - natura - interpretativa - esclusione.**

*Ai sensi dell'art. 2495, secondo comma, cod. civ., "fermo restando l'estinzione della società dopo la cancellazione i creditori sociali non soddisfatti possono far valere i loro crediti nei confronti dei soci, sino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione". L'applicazione di tale disposizione presuppone che l'Ufficio dia concreta dimostrazione delle somme percepite dai soci ed accerti la loro responsabilità per le obbligazioni fiscali non assolte.*

*La disposizione di cui al comma 4 dell'art. 28, d.lgs. n. 175/2014, secondo cui "ai soli fini della validità e dell'efficacia degli atti di liquidazione, accertamento, contenzioso e riscossione dei tributi e contributi, sanzioni e interessi, l'estinzione della società di cui all'articolo 2495 del codice civile ha effetto trascorsi cinque anni dalla richiesta di cancellazione del Registro delle imprese" ha natura sostanziale e, quindi, non può avere effetto retroattivo. Pertanto la sopravvivenza*

*ai fini fiscali delle società estinte avrà efficacia soltanto per le cancellazioni avvenute successivamente al 13 dicembre 2014, così come anche sancito dalla Suprema Corte (Ord. n. 19142/2016).*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 8 febbraio 2018) n. 116 - Pres. Fanucci - Rel. Serra Caracciolo.

### **ACCERTAMENTO - società estinta - liquidatore - responsabilità - mancato pagamento di crediti erariali per sua colpa - presupposti.**

*Ai sensi dell'art. 2495, secondo comma, cod. civ., il liquidatore di una società cessata risponde dei debiti della società non assolti se il mancato pagamento è dipeso da sua colpa. Il liquidatore non è quindi un successore dell'ente estinto ma soggetto che risponde esclusivamente se il mancato pagamento dipende da sua colpa nell'espletamento della sua attività di liquidatore. In questo caso la responsabilità del liquidatore per non aver pagato il debito erariale ha come antecedente necessario l'iscrizione dei crediti erariali quanto meno in ruoli provvisori, al momento della cessazione della società, antecedente insussistente in un caso come quello di specie in cui la società è cessata nel 2006 e l'accertamento è stato notificato nel 2011.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 26 marzo 2018), n. 337 - Pres. e Rel. Spirito.

### **ACCERTAMENTO - società estinte - responsabilità dei soci - art. 2495 c.c.**

### **ACCERTAMENTO - società estinte - raddoppio dei termini - notizia di reato riguardante il liquidatore - influente per i soci - art. 2495 c.c.**

*La responsabilità dei soci delle società estinte, secondo l'art. 2495 c.c. non è illimitata, ma circoscritta alle somme riscosse in base al bilancio finale di liquidazione e nei limiti in cui essi siano stati effettivi percettori di una quota parte delle attività che dovevano essere destinate a soddisfare i creditori sociali e fino alla concorrenza di quanto ricevuto nei due anni precedenti alla liquidazione. Si tratta di un'autonoma ipotesi di successione ex lege nei debiti della società e la responsabilità dei soci, nei limiti di quanto ricevuto, non è automatica, bensì sussidiaria, dovendosi necessariamente presupporre l'esistenza e la definitività del debito tributario, nonché l'avvenuta iscrizione a ruolo del tributo. La motivazione dell'avviso di accertamento, pertanto, secondo la regola generale di cui all'art. 2697 c.c. sull'onere della prova, deve indagare ed evidenziare la ricorrenza di tutti i presupposti richiesti dalla norma civilistica per l'attivazione della responsabilità dei soci.*

*La denuncia penale inviata a carico del liquidatore di società di capitali estinta è ininfluyente al fine del raddoppio dei termini per l'emissione dell'accertamento nei confronti del mero socio di capitale, in attivazione della responsabilità di cui all'art. 2495 c.c..*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 28 marzo 2018 n. 363 - Pres. Fanucci - Rel. Serra Caracciolo.

### **ACCERTAMENTO - Impresa familiare - Lavoro "nero" e collaborazione familiare - Onere della prova - spettanza.**



*Grava sull'ufficio accertatore l'onere di provare la subordinazione e l'onerosità della prestazione in caso di lavoro familiare.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 8 maggio 2018, n. 525 - Pres. Cardino - Rel. Romano.

**ACCERTAMENTO - delega di firma "in bianco" - nullità - art. 42, D.P.R. n. 600/73.**

*Secondo i principi di diritto chiaramente enunciati dalla Corte di Cassazione con le sentenze nn. 22800, 22803 e 22810 del 2015, la delega di firma in bianco, senza alcuna indicazione nominativa del funzionario firmatario dell'avviso di accertamento, determina la nullità dell'atto impugnato per violazione dell'art. 42 del D.P.R. n. 600/73.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 5 giugno 2018, n. 701 - Pres. Celle - Rel. D'Avanzo.

**ACCERTAMENTO - ente no profit - attività commerciale - effettiva partecipazione alla vita associativa - verifica - necessità.**

*Per determinare se un "ente no profit" esercita attività commerciale è determinante verificare l'effettiva partecipazione degli associati alla vita associativa dell'ente (trattasi, nella specie, di un'associazione culturale che organizza corsi di lingua straniera durante l'estate; la CTR ha escluso la natura "non commerciale" dell'attività dell'ente avendo riscontrato che gli associati erano in prevalenza soggetti che, per la loro età, non avevano diritto di voto e che comunque avrebbero potuto partecipare alla vita sociale solo temporaneamente, ossia limitatamente al periodo di durata del corso frequentato).*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 7 agosto 2018, n. 1070 - Pres. Cardino - Rel. Cattaneo.

**ACCERTAMENTO - metodologia - studi di settore - contraddittorio preventivo - antieconomicità - esclusione.**

*Il principio del contraddittorio preventivo ha derivazione comunitaria ed è pertanto applicabile ai tributi armonizzati; tuttavia, in tali ipotesi, perché operi la sanzione della nullità dell'atto occorre che il contribuente dimostri che, in tale sede, avrebbe potuto produrre elementi difensivi tali da poter ribaltare l'accertamento dell'Amministrazione finanziaria. In particolare, il contraddittorio preventivo ai fini dell'accertamento basato sugli studi di settore è necessario, a pena di nullità, solo ove la pretesa impositiva si regga unicamente sull'applicazione degli studi di settore, ma non quando essa sia altresì supportata da un comportamento antieconomico del contribuente.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, n. 336 - Pres e Rel. Spirito.

**DOGANE - prescrizione - termine - sua decorrenza in presenza di sentenza penale.**

*Con legge delega n. 23/2014, art. 8 II c., il governo è stato delegato a definire la portata della disciplina del raddoppio dei termini, prevedendo che tale raddoppio si verifichi solo in presenza di effettivo invio della denuncia, effettuato entro un termine correlato allo scadere del termine ordinario di decadenza, fatti salvi gli effetti degli atti di controllo già notificati alla data di entrata in vigore dei decreti legislativi.*

*In ottemperanza a tale principio la Circolare 3D dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli del 25/3/2015 (Direzione Centrale Legislazione) ha affermato che "resta valida la valenza prescrizione del termine triennale, così come ritenuta operante dalla Corte di Cassazione in relazione alla notifica della notizia criminis all'A.G. "In tal senso è prevalente giurisprudenza di legittimità, che, in numerose sentenze (ex plurimis nn. 30710/11, 5384/12, 14016/12, 8708/13, 20468/13, 24674/15), ha precisato che "affinché si possa verificare una proroga del termine prescrizione dei diritti doganali, è necessario che la notizia criminis sia trasmessa alla competente Procura della Repubblica prima della scadenza del termine triennale di prescrizione al fine di ridurre la discrezionalità degli uffici doganali in materia, evitando di lasciare esposto il contribuente all'esercizio di potere di accertamento sine die". Pertanto applicando tali principi per tutte le bollette emesse nel corso dell'anno d'imposta 2010 e facenti parte dell'avviso di accertamento n. 11186 del 25/03/2016 e n. 13838 del 15/04/2016, che sono state inserite per la prima volta nel procedimento penale solo in data 04/03/2014, solo da questa data si può considerare interrotta la decadenza del termine prescrizione, per cui deve ritenersi sopraggiunta la prescrizione triennale delle stesse con conseguente nullità dei succitati due avvisi di accertamento, nonché dei collegati atti di irrogazione sanzioni (n. 11189/RU e n. 13839/RU) e altresì dell'avviso di accertamento n. 13672/RU e del collegato atto di irrogazione sanzione n. 13672/RU così come previsto dagli artt. 2934 e seguenti C.C., e dalla normativa doganale. Sulla scorta di tali argomentazioni è da richiamare pure, la sentenza n. 335/2017 della C.T.P. di Genova sezione n. 5 del 11/1/2017, emessa nei confronti di un co-obbligato in un avviso di accertamento collegato alla faccenda in oggetto e relativo allo stesso periodo d'imposta 2010, che ha sottolineato l'intervenuta prescrizione per il fatto che la notizia criminis era stata trasmessa in data 04/02/2014, ben oltre il terzo anno previsto dalla normativa comunitaria, per evitare di incorrere nella decadenza/prescrizione, che una volta intervenuta, non consentiva all'A.D. di beneficiare del raddoppio dei termini.*

*Tale sentenza, passata in giudicato, anche per acquiescenza dell'ufficio delle dogane, costituisce un giudicato esterno, che può avere efficacia nel presente procedimento. A questo punto della trattazione non si ritiene più necessario soffermarsi sugli ulteriori motivi addotti dalle parti.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, n. 336 - Pres e Rel. Spirito.

**DOGANE - obbligo di preventivo contraddittorio ex art. 11 d.lvo 374/90 - fattispecie.**

*L'Ufficio, in occasione della revisione dell'accertamento doganale, non ha svolto alcuna attività di contraddittorio preventivo, non applicando l'art. 11 DLGS 374/90, che prevede, appunto, una forma di contraddittorio con gli importatori da instaurarsi con l'invio di raccomandata, in cui veniva indicato e fissato un termine a comparire o a fornire notizie e documenti; non effettuando alcun controllo della documentazione utilizzata per l'accertamento, limitandosi a riportarsi, senza allegarli, al p.v. della G.D.F., utilizzati nel procedimento penale; e non osservando il dovere di motivare l'atto impositivo emanato, tenendo conto delle osservazioni presentate dalle parti coinvolte e dei motivi che hanno indotto l'ufficio a non considerare le obiezioni e le prove offerte dal contribuente.*

*Tale comportamento dell'ufficio è in contrasto con il principio fissato dalle SS.UU. della Corte di Cassazione nella sentenza n. 24823/2015 che, richiamandosi all'art. 41 della Carta dei diritti*

*fondamentali dell'Unione europea, che prevede il diritto di ogni persona ad essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale, che le rechi pregiudizio, ha stabilito l'obbligo dell'instaurazione del contraddittorio endo-procedimentale.*

*L'argomentazione secondo cui l'ufficio, essendo stato assegnato il termine di 30 giorni alla parte per comunicare all'amministrazione osservazioni e richieste, in base alla procedura dell'art. 11 succitato, aveva solo il dovere di valutarle, per cui l'avviso di accertamento, emesso, doveva essere considerato come un rigetto delle memorie presentate, non è pienamente soddisfacente, perché, se è vero che il principio è stato accolto dalla prima sezione della C.T.P. di Genova con la sentenza pronunciata nei confronti di altri coobbligati che ha osservato testualmente che "il contraddittorio è stato instaurato correttamente con la notifica del pvr, con il quale è stato concesso il termine previsto dall'art. 11 IV c. D.LGS. 374/90, è altrettanto vero che l'ufficio non può limitarsi a rispondere genericamente alle osservazioni del contribuente, ma, di fronte alla sue osservazioni articolate, deve dimostrare opportunamente motivando i propri atti successivi e conseguenti, di aver valutato le osservazioni e le richieste avanzate dal contribuente, e, in caso di carente motivazione sul punto, non può che conseguire la nullità dell'atto stesso (Corte Cost. ord. n. 244/09 e Corte di Cassazione n. 22320/2010).*

*Peraltro la stessa sentenza, pur riconoscendo che era stato instaurato correttamente il contraddittorio con la notifica del pvr, ha annullato, poi, tutti gli avvisi di accertamento per mancata allegazione dei pvc. Redatti dalla G.D.F., precisando che "tutta l'attività di verifica era stata effettuata solo dal G.D.F., mentre non era stata svolta alcuna ulteriore attività di controllo e verifica da parte dell'Agenzia delle Dogane".*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 5 gennaio 2018, n. 21 - Pres. Canepa - Rel. Ceriale.

**IMPOSTA DI REGISTRO - agevolazione "prima casa" - trasferimento della residenza - causa di forza maggiore - 18 mesi - termine perentorio - inconfigurabilità.**

*Ai fini della spettanza dell'agevolazione "prima casa", il termine di 18 mesi entro il quale deve avvenire il trasferimento della residenza non costituisce un termine perentorio, ma sollecitatorio, dovendo la decadenza dell'agevolazione fiscale invece, ricollegarsi solo all'inutile decorso del termine triennale, di cui all'art. 76, comma 2, D.P.R. n. 131/1986, decorrente dalla data registrazione dell'atto. In particolare, se il mancato rispetto del termine di 18 mesi è dipeso da causa di forza maggiore (nella specie, un grave incidente occorso alla ricorrente), il termine ultimo entro il quale l'acquirente, per non decadere dal beneficio fiscale, può trasferire la residenza nell'abitazione principale è quello triennale entro cui l'ufficio fiscale, a pena di decadenza, può revocare l'agevolazione e liquidare la maggiore imposta.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 27 marzo 2018, n. 354 - Pres. Venturini - Rel. Pennucci.

**IMPOSTA DI REGISTRO - costituzione di diritto di superficie - terreno agricolo - aliquota 8% - applicazione - aliquota 15% - illegittimità.**

*Appare infondata la tesi dell'Amministrazione Finanziaria secondo la quale, deve essere applicata l'aliquota del 15%, sulla base del secondo capoverso dell'art. 1 della tariffa parte prima allegata al D.P.R. 131/1986, in virtù della natura agricola dei ter-*

*reni sui quali è stato costituito il diritto di superficie per la realizzazione, da parte del superficiario, di impianti fotovoltaici. Al riguardo, osserva, che su detta questione è intervenuta anche la Corte Suprema di Cassazione che, con sentenza del 4/11/2003 n. 16495, ha statuito, a norma dell'art. 1, comma 1, della tariffa parte prima, DPR 26 aprile 1986 n. 131, che l'applicazione della maggiore aliquota del 15% opera per i soli trasferimenti della proprietà di terreni agricoli e relative pertinenze, in favore di soggetti diversi dagli imprenditori agricoli, e non per i diritti reali di godimento, quale la servitù di elettrodotto, che pertanto resta soggetta all'aliquota del 8%. Conseguentemente, questa Commissione, ritiene applicabile il succitato c. 1, dell'art. 1, anche nella considerazione che l'atto, intervenuto tra le parti, dispone la costituzione di un diritto reale di godimento, e non il trasferimento di proprietà del terreno agricolo, che rimane di proprietà del concedente, e nel caso di specie non opera l'accessione dell'impianto fotovoltaico che rimane di proprietà del superficiario.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 16 maggio 2018, n. 584 - Pres. Pasca - Rel. Alba.

**IMPOSTA DI REGISTRO - agevolazione - art. 33 c. 3 L. n. 388/2000 - applicabilità - condizioni.**

*Ai fini dell'applicabilità del beneficio di cui all'art. 33, c. 3, L. n. 388/2000, è sufficiente che l'immobile sia situato in un'area soggetta ad uno strumento urbanistico generale qualora, quest'ultimo, per contenuto e prescrizioni, assolva alle stesse funzioni di uno strumento urbanistico secondario, pur in assenza di un piano urbanistico particolareggiato.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 13 febbraio 2018, n. 139 - Pres. Celle - Rel. D'Avanzo.

**IMPOSTE E TASSE IN GENERE - contributo unificato tributario - invito al pagamento - natura - avviso bonario - atto impugnabile - configurabilità.**

**IMPOSTE E TASSE IN GENERE - contributo unificato tributario - ricorso cumulativo - calcolo - valore complessivo - esclusione - valore di ciascun singolo atto impugnato - necessità.**

*L'invito al pagamento emesso dall'Ufficio di Segreteria della Commissione tributaria ai sensi dell'art. 212 del D.P.R. n. 115/2002, ha natura di "avviso bonario", e, come tale, è atto considerato dalla giurisprudenza "impugnabile" in quanto con esso l'Amministrazione comunica al contribuente una pretesa tributaria, ancorché tale comunicazione non si concluda con una formale intimazione di pagamento, come invece è facilmente constatabile nel caso in esame, sorretta dalla prospettazione in termini brevi dell'attività esecutiva, bensì con un invito bonario a versare quanto dovuto*

*Nel caso in cui il contribuente impugni con un unico ricorso diverse iscrizioni a ruolo, il contributo unificato non deve esser calcolato sul valore totale della vertenza, bensì deve esser calcolato con riferimento al valore di ciascuno degli atti impugnati.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 19 aprile 2018, n. 441 - Pres. e Rel. Fanucci.

**IRAP - compartecipazioni al diritto alle prestazioni sportive dei calciatori - natura - provento finanziario - assoggettabilità ad IRAP - esclusione.**

Non sono assoggettabili ad IRAP i proventi derivanti dall'esecuzione degli accordi di compartecipazione del diritto alle prestazioni sportive dei calciatori (ex art. 102-bis del N.O.I.F - Norme organizzative interne federali). Al riguardo, deve infatti distinguersi tra l'acquisizione, da parte della società sportiva, del diritto alle prestazioni sportive del calciatore che, incidendo per l'intero periodo di svolgimento dell'attività sportiva, produce, conseguentemente, obbligo di iscrizione di una precipua posta a carattere pluriennale, ed il diversificato diritto di compartecipazione, accordo diverso da quello della titolarità del primo originario contratto e che, ex articolo 102bis NOIF, rappresenta invece un'attività finanziaria da escludersi, come tale, dall'assoggettamento ad IRAP.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 12 aprile 2018, n. 414 - Pres. Venturini - Rel. Cattaneo.

**IRES - accertamento - leverage buy out - finanziamento infragruppo - riqualificazione giuridica dell'operazione - non consentita in presenza di plausibile giustificazione economica - onere probatorio - incombe sull'Amministrazione - art. 110, c. 7 T.U.I.R.**

Nell'ambito di un'operazione di leverage buy out, è precluso all'Amministrazione finanziaria, in assenza di espressa previsione normativa, riqualificare un finanziamento infragruppo quale conferimento di capitale. Tale impostazione, in presenza di un'evidente logica imprenditoriale, risulta altresì contraria alla previsione contenuta nel nuovo paragrafo 1.123 delle linee guida OCSE e non trova conforto neppure nell'art. 110, c. 7 del T.U.I.R., riconducendo la norma le transazioni intercompany al loro valore normale, senza tuttavia consentirne una riqualificazione giuridica. Grava quindi sull'Amministrazione tributaria l'onere di provare la simulazione (assoluta o relativa) dello schema contrattuale concretamente utilizzato, facendo prevalere la sostanza sulla forma (Cass., nn. 1568/2014 e 1338/2016); in difetto, l'accertamento deve ritenersi illegittimo.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 12 marzo 2018, n. 253 - Pres. Celle - Rel. D'Avanzo.

**IRPEF- avviso bonario - concessione di dilazione di pagamento - pagamento ritardato della I rata - decadenza - emissione cartella di pagamento - illegittimità - fatti-specie.**

La notifica di irregolarità, c.d. avviso bonario, e la relativa cartella di pagamento può essere rateizzata con versamento della prima rata entro 30 gg. dalla notifica dell'avviso e l'art. 3 bis dlgs 462/97 prevede due modi in cui si può incorrere nella decadenza della rateizzazione.

Mancato pagamento entro 30 giorni della prima rata

Mancato pagamento anche di una sola delle rate successive entro il termine di pagamento della rata seguente.

Siamo in presenza, nel caso alla ns. attenzione, in quello che può, ragionevolmente, essere definito un lieve ritardo.

Secondo il Garante del Contribuente l'espressione mancato pagamento utilizzato nell'art. 3 bis comma 4 non comprende il caso di lieve ritardo.

La norma richiede che l'inadempienza sia prolungata nel tempo oltre la scadenza della rata successiva.

L'Amministrazione Finanziaria nella circolare n. 65 del 28.06.2001 invitava gli Uffici a distinguere fra manovre dilatorie, da sanzionare, ed anomalie di lieve entità.

Inoltre il Garante del Contribuente, nella risoluzione 9/F del 2001, sottolinea come nel prospetto dei versamenti rateali non sia stato inserito alcun avvertimento relativo ad eventuali ritardi. Anche la C.T.P. di Genova con sentenza n. 35 del 2012, su tale linea, ha ritenuto non sanzionabile il lieve ritardo.

Tutto ciò premesso la Commissione ritiene, in pieno accordo con quanto sopra riportato, che un ritardo che non abbia travalicato la scadenza della rata successiva, essendo interesse anche dell'Amministrazione che il contribuente continui a versare in base ad un piano finanziario più agevole e maggiormente alla sua portata, non possa comportare l'annullamento di tutta la rateizzazione, ma l'applicazione, al massimo di una lieve sanzione ed interessi di legge.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 23 marzo 2018, n. 331 - Pres. Venturini - Rel. Chiti.

**IRPEF - reddito d'impresa - immobile concesso in locazione - quote di ammortamento - legittimità - fatti-specie.**

La controversia oggetto del presente giudizio riguarda la esatta interpretazione dell'art. 43 TUIR circa la possibilità del contribuente di detrarre la quota di ammortamento di immobile concesso in locazione.

A riguardo sovviene la prassi dell'Agenzia delle Entrate che nella Circolare 57/2001 ha chiarito come rientrino nella categoria degli immobili strumentali per natura anche i fabbricati classificati nelle categorie catastali A/10-B-C-D- ed E, anche se gli stessi sono concessi in locazione o comodato.

Tali immobili pur avendo caratteristiche non suscettibili di diverso utilizzo, salvo procedere a lavori di trasformazione, mantengono la strumentalità anche se non direttamente utilizzati.

Ma anche la Risoluzione n. 56/E-2004 stabilisce che "La strumentalità per natura ha carattere oggettivo, non rilevando l'utilizzazione o meno del bene per l'esercizio dell'impresa".

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 27 marzo 2018, n. 347 - Pres. Celle - Rel. Maggio.

**IRPEF - redditometro - accertamento del "nucleo familiare" - illegittimità - beni indice - attribuibilità - criterio - fattispecie.**

In primo luogo il Collegio rileva l'erroneità dell'impostazione dell'accertamento operato dall'Ufficio che ha avuto oggetto l'intero nucleo familiare inteso come comprensivo dell'appellante sig. ... e della sua convivente sig.ra...

La motivazione dell'avviso di accertamento, infatti, afferma chiaramente che: "...si determina il reddito accertabile in capo all'intero nucleo familiare sulla base della capacità di spesa dimostrata dalla famiglia come indicato anche nella circolare n. 49/E del 09/08/2007".

Tale impostazione è erranea in primo luogo in quanto il nucleo familiare non costituisce soggetto passivo di imposta, tale essendo soltanto la persona fisica.

Tale impostazione è contraria anche alla circolare 9 agosto 2007 n. 49/E che espressamente afferma: "non si tratta di mettere in atto un redditometro sulla famiglia" (circolare 9 agosto 2007 n. 49/E pag. 15).

Conseguentemente l'Ufficio avrebbe dovuto procedere all'accertamento sintetico nei confronti del solo appellante, valorizzando i beni indice effettivamente nella disponibilità del sig. ...

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 11 maggio 2018, n. 565 - Pres. Delucchi - Rel. Morino.

**IRPEF - Reddito di impresa - principio di inerenza - art. 109 T.U.I.R. - clausola "libero e franco da debiti e liti".**

*La presenza della clausola "libero e franco da debiti e liti" inserita in un atto di cessione di immobile commerciale (da intendersi nel senso che il bene non è gravato da alcuna servitù, da alcun onere né da alcun diritto reale), non pregiudica l'inerenza e la deducibilità delle somme successivamente corrisposte dall'acquirente all'affittuario a titolo di "buonuscita" a fronte dell'anticipata liberazione dell'immobile medesimo.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 16 maggio 2018, n. 570 - Pres. Canepa - Rel. Zanoni.

**IRPEF - credito di imposta ex art. 1, D.L. n. 66/2014 - riduzione del cuneo fiscale per lavoratori dipendenti e assimilati - titolari di redditi di pensione - non spetta.**

*Il credito di imposta introdotto dall'art. 1 del D.L. n. 66/2014, con la finalità di alleggerire la pressione fiscale e contributiva sul lavoro tramite la riduzione del cuneo fiscale, nell'ottica di favorire nuove assunzioni e di promuovere il ricorso alla previdenza complementare, vede come unici destinatari della norma agevolativa i titolari di reddito di lavoro dipendente e di redditi assimilati e non può applicarsi ai titolari di redditi pensionistici.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 12 settembre 2018, n. 1108 - Pres. Venturini - Rel. Piombo.

**IRPEF - reddito di impresa - spese di sponsorizzazione - inerenza - onere della prova.**

*In presenza di spese di sponsorizzazione formalmente giustificate dal contribuente, l'effettività delle quali non viene neppure contestata, è onere dell'Ufficio dimostrare che le stesse non sono inerenti o che vi è sovrapproduzione, non essendo sufficiente motivare l'accertamento sulla scorta di circostanze verosimili, ancorché non provate.*

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 20 settembre 2018, n. 1007 - Pres. e Rel. Delucchi.

**IRPEF - associazione professionale - ritenute - ripartizione tra i soci non in proporzione delle rispettive quote - inammissibilità.**

*L'ammontare delle ritenute d'acconto effettuate da un'associazione professionale non può essere ripartito tra gli associati in base a criteri pattizi e non in proporzione alle rispettive quote. La regola fiscale prevista sia dall'art. 5 che dall'art. 22 TUIR prevede infatti che sia i redditi che le ritenute vengano attribuiti/computati a/da ciascun associato sulla base della quota di partecipazione in seno all'associazione. Tale interpretazione non è smentita dalla circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 56/E del 23 dicembre 2009 la quale prevede solo la facoltà per l'associazione di avocare a sé le ritenute che residuano dopo il loro scomputo dall'IRPEF dovuta dagli associati senza autorizzare l'effettuazione di operazioni convenzionali tra i medesimi atte a modificare il rapporto proporzionale ritenute/quota associativa. Né varrebbe addurre che nessun danno è stato subito dall'Erario in quanto la contribuente, essendosi detratta dal proprio reddito un ammontare di ritenute superiore a quello di pertinenza, ha comunque ottenuto un ingiustificato risparmio di imposta.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 14 marzo 2018, n. 461 - Pres. Pasca - Rel. Alba.

**IVA - operazioni inesistenti - assenza minima dotazione strumentale e personale dell'appaltatore - rilevanza - operazioni soggettivamente inesistenti - prova diretta dell'accordo fraudolento - non necessità - committente - prova che "sapeva o poteva non sapere" - sufficienza - fattispecie.**

*Sull'onere della prova in caso di fatture per operazioni inesistenti il consolidato orientamento giurisprudenziale e che, in tema di frodi l'onere della prova tra Amministrazione e contribuente deve essere trattato con giusto equilibrio, a tutela del diritto alla detrazione e del principio di neutralità dell'iva.*

*Parimenti forzata appare la conclusione che al fine di negare il diritto alla detrazione per fatture soggettivamente inesistenti, l'Ufficio dovrebbe provare la partecipazione consapevole del committente/cessionario o addirittura sarebbe tenuto a provare che le prestazioni di che trattasi sarebbero state il frutto di un accordo consapevole.*

*Non vi è dubbio che tale prova possa essere fornita anche mediante presunzioni, come espressamente prevede, per l'iva l'art. 54 del D.P.R. n. 633/72.*

*Ne consegue che il committente-cessionario, al quale sia contestata - sulla base di elementi presuntivi - la detrazione dell'Iva versata in rivalsa al soggetto diverso dal cedente-prestatore, che - pur tuttavia - ha emesso la fattura, ha il diritto di detrarre l'imposta soltanto se può provare, ai sensi dell'articolo 2697 del codice civile, c. 2, che non sapeva o non poteva sapere di partecipare a un'operazione fraudolenta.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 12 aprile 2018, n. 415 - Pres. Venturini - Rel. Cattaneo.

**IVA - contraddittorio preventivo - omissione - ragioni che il contribuente avrebbe potuto far valere in sede di contraddittorio - pretestuosità - esclusione - nullità dell'accertamento - sussiste.**

**IVA - assicurazioni - contratti di coassicurazione - commissione di delega - assoggettamento ad IVA - esclusione - esenzione - configurabilità.**

*In materia di tributi armonizzati, quale l'IVA è, la violazione del contraddittorio endoprocedimentale da parte dell'amministrazione finanziaria comporta in ogni caso, anche in campo tributario, l'invalidità dell'atto, purché in giudizio il contribuente assolva l'onere di enunciare in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere, qualora il contraddittorio fosse stato tempestivamente attivato e che l'opposizione di dette ragioni si riveli non puramente pretestuosa e tale da configurare, in relazione al principio generale di correttezza e di buona fede nonché di lealtà processuale, sviamento dello strumento difensivo rispetto alle finalità di corretta tutela dell'interesse sostanziale, per le quali è stato predisposto (nella specie, la CTR ha ritenuto nullo l'accertamento ritenendo che le ragioni che la Società avrebbe potuto far valere in caso di confronto con l'Ufficio non erano per nulla pretestuose e infondate, riguardando la assoluta prevalenza della giurisprudenza di merito e di Cassazione sull'esenzione da IVA delle commissioni di delega, oggetto di ripresa da parte dell'accertamento).*

*In materia di IVA, il regime di esenzione previsto dall'art. 10, comma 1, n. 2 per le operazioni di assicurazione, si estende alle pluralità di prestazioni idonee ad integrare il servizio assicurativo*

sotto il profilo economico, sempre che il prestatore di servizi si sia impegnato a garantire all'assicurato la copertura di un rischio e sia vincolato all'assicurato da un rapporto contrattuale. Tale principio si applica anche quando il contratto assicurativo sia stato concluso in coassicurazione con una pluralità di soggetti obbligati pro-quota alla copertura del rischio dell'assicurato ed uno dei coassicuratori sia stato delegato dagli altri alla gestione ed all'esecuzione del rapporto assicurativo. A tale proposito, la regolamentazione dei rapporti interni tra coassicuratori, mediante la clausola di delega e le concrete modalità di esecuzione dei compiti delegati, non incide sulla nozione di operazione di assicurazione, così come definita dalla normativa comunitaria e dalla elaborazione giurisprudenziale. Conseguentemente, le somme corrisposte da una compagnia assicuratrice ad un'altra compagnia in forza della clausola di delega sono esenti IVA.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 20 luglio 2018, n. 1037 - Pres. Delucchi - Rel. Venturini.

**IVA - cessione all'esportazione - furto della merce avvenuto in Italia - operazione - qualificazione - "interna" - recupero dell'IVA nei confronti del venditore - legittimità.**

Nel caso di una cessione all'esportazione, se si verifica un furto della merce durante il trasporto effettuato con mezzi propri dall'acquirente (o tramite vettore), l'operazione si considera comunque conclusa avendo avuto l'acquirente stesso la disponibilità del bene. In tale ipotesi, però, se una volta conclusa la transazione, la sparizione della merce si è comunque verificata in Italia, l'operazione va qualificata come "operazione interna", e quindi deve essere assoggettata ad IVA, con conseguente legittimità del recupero dell'imposta nei confronti del venditore (salve le eventuali lagnanze dell'acquirente che potrebbe reclamare la non imponibilità in quanto oggetto di furto).

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 24 agosto 2018, n. 1078 - Pres. Venturini - Rel. Assandri.

**MONOPOLI FISCALI - prelievo erariale unico - apparecchi con vincite di denaro - soggetto che detiene i locali e soggetto che gestisce gli apparecchi - responsabilità solidale - sussistenza.**

**ACCERTAMENTO - PVC - notificazione - servizio postale ordinario - validità.**

**ACCERTAMENTO - valore giornaliero forfettario - determinazione - decreto direttoriale n. 29/2005 - richiamo - motivazione - legittimità.**

Le somme dovute a titolo di Prelievo Erariale Unico ("PREU") sono poste a carico dell'installatore degli apparecchi con vincite di denaro in solido con chi detiene i locali nei quali tali apparecchi sono collocati. È onere di quest'ultimo, infatti, controllare che gli apparecchi non siano privi di nulla osta, siano collegati alla rete telematica e trasmettano gli importi delle giocate. Conseguentemente, non può sostenersi che chi detiene i locali è totalmente estraneo alla gestione degli apparecchi medesimi (con la conseguente irrilevanza della affermata ignoranza del titolare dei locali in ordine al corretto funzionamento dei contatori degli apparecchi installati).

Trattandosi di atto che non ha natura processuale, è valida e regolare la notifica del PVC eseguita tramite il servizio postale a mezzo posta raccomandata.

Deve ritenersi motivato l'accertamento che, nel caso di impossi-

bilità di eseguire la lettura dei contatori degli apparecchi con vincite di denaro, abbia calcolato il "PREU" sulla base del "valore giornaliero forfettario", secondo i criteri di cui al Decreto Direttoriale n. 29 del 7/02/2005, allegando all'accertamento i relativi prospetti di dettaglio.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 20 settembre 2018, n. 1014 - Pres. e Rel. Picozzi.

**PROCESSO - ricorso - notificazione - "cartacea" - costituzione in giudizio - in via "telematica" - inammissibilità - esclusione.**

Non è inammissibile il ricorso notificato "in cartaceo" e successivamente depositato in Commissione in "via telematica". Ed infatti, né la legge 15/07/2011 n. 111, né l'art. 2, 3° comma, D.M. n. 163/2013, prevedono esplicitamente il caso in questione, sanzionando di inammissibilità solo il caso che dal telematico si retroagisca con gli atti

successivi al cartaceo. La ratio legis implica che tale sanzione processuale consegua alla necessità del rapido ed agevole inquadramento degli atti ad opera delle segreterie delle Commissioni tributarie, il che pare emergere piuttosto nel passaggio da telematico a cartaceo, che nel caso contrario. Inoltre, non solo la sanzione dell'inammissibilità, per la sua gravità, deve risultare esplicita normativamente, ma la violazione di una norma processuale invalida l'atto solo in caso di concreto pregiudizio per la difesa di controparte.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 27 marzo 2018, n. 352 - Pres. Venturini - Rel. Pennucci.

**RISCOSSIONE - cartella di pagamento - notificazione a mezzo servizio postale - irreperibilità relativa - art. 26, D.P.R. n. 602/73 - art. 140 c.p.c.**

In tema di notifica a mezzo servizio postale di cartella di pagamento, nei casi di "irreperibilità relativa" del destinatario, all'esito della sentenza della Corte Costituzionale n. 258/2012 relativa all'art. 26, c. 3 (ora c. 4) del D.P.R. n. 602/73, deve applicarsi l'art. 140 c.p.c., in virtù del combinato disposto del citato art. 26, ultimo comma e dell'art. 60, c. 1 del D.P.R. n. 600/73. Sicché, ai fini del perfezionamento del processo di notifica, è necessario che siano effettuati tutti gli adempimenti prescritti dall'art. 140 c.p.c., incluso l'inoltro al destinatario, e l'effettiva ricezione, della raccomandata informativa del deposito dell'atto presso la Casa Comunale

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 9 maggio 2018, n. 537 - Pres. Canepa - Rel. Chiti.

**RISCOSSIONE - cartelle di pagamento - definitività - crediti erariali - prescrizione - decennale - sussistenza.**

Il termine di prescrizione per poter riscuotere crediti erariali (IRPEF, IRAP ed IVA) recati da cartelle di pagamento divenute definitive per la loro mancata impugnazione è di dieci anni e decorre dal sessantesimo giorno successivo alla notifica delle cartelle di pagamento medesime.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 12 settembre 2018, n. 1106 - Pres. Venturini - Rel. Piombo.

**RISCOSSIONE - liti da riscossione - contribuente de-**

**ceduto - intestazione e notifica della cartella di pagamento - art. 65, D.P.R. n. 600/73.****RISCOSSIONE - contribuente deceduto - imposta sostitutiva per la rideterminazione del valore di acquisto di partecipazioni e terreni ex art. 2, D.L. n. 282/2002 - pagamento rateale - responsabilità degli eredi.**

Secondo consolidata giurisprudenza di legittimità, qualora sia stata eseguita la comunicazione di cui all'art. 65 del D.P.R. n. 600/73, gli atti devono essere diretti e notificati personalmente e nominativamente agli eredi del contribuente deceduto, nel domicilio da costoro comunicato; se invece tale comunicazione non è stata eseguita, gli atti intestati al dante causa possono essere notificati nell'ultimo domicilio del *de cuius*, agli eredi collettivamente ed impersonalmente.

Il decesso del contribuente che abbia aderito alla procedura di rideterminazione del valore di acquisto delle partecipazioni non negoziate in mercati regolamentati e dei terreni edificabili aventi destinazione agricola posseduti alla data del 1° gennaio 2008 non esime gli eredi dal pagamento delle rate ancora eventualmente dovute dal *de cuius*, essendo l'evento morte successivo e comunque estraneo rispetto alla natura ed alle finalità dell'operazione di affrancamento inizialmente intrapresa.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 17 gennaio 2018, n. 44 - Pres. Sciacaluga - Rel. Teppati.

**SANZIONI - art. 6, c. 8, d.lgs. n. 471/97 - omessa regolarizzazione di fattura di acquisto - fattura "esente IVA" invece che "imponibile" - acquirente - controllo delle valutazioni giuridiche del venditore - obbligo - esclusione - sanzione - non irrogabile.**

Al ricevente la fattura spetta l'obbligo di supplire alle mancanze commesse dall'emittente in ordine all'identificazione dell'atto negoziale e alla notizia dei dati di fatto fiscalmente rilevanti, ma non quello di controllare e sindacare le valutazioni giuridiche espresse dall'emittente medesimo quando, come nella fattispecie, inserisca l'esplicita dichiarazione di non debenza dell'imposta, indipendentemente dalla questione delle tassabilità o meno dell'operazione. Conseguentemente, la sanzione di cui all'art. 6, c. 8, d.lgs. n. 471/97, non può essere irrogata all'acquirente di un terreno che, confidando nel corretto inquadramento dell'operazione operata dal venditore, non ha regolarizzato la fattura di acquisto che era stata emessa dal venditore "in esenzione IVA" a fronte di un'operazione "imponibile".

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 13 febbraio 2018, n. 152 - Pres. Sciacaluga - Rel. Morino.

**TRIBUTI LOCALI - ICI - aree portuali - aree scoperte strumentali - assoggettabilità - sussistenza.**

È indubbio che le aree portuali abbiano una finalità produttiva e che, di conseguenza, l'appartenenza pubblica al demanio portuale delle aree in concessione sia strettamente inerente al perseguimento della relativa funzione e dei relativi interessi ad essa collegata" (Cass. sez. un., 14 febbraio 2011 n. 3665). Questa nuova visione trova conferma nel fatto che le modalità d'accesso alle concessioni relative a beni del demanio marittimo devono sottostare al rispetto dei principi informativi dell'ordinamento euro-

peo di concorrenza, libertà di stabilimento, garanzia dell'esercizio dello sviluppo, valorizzazione delle attività imprenditoriali, tutela degli investimenti. Tutti questi motivi fanno sì che il piano regolatore portuale consideri le aree detenute in concessione in modo unitario. Conseguentemente, non pare possibile fare alcuna distinzione, all'interno di una concessione di beni appartenenti al demanio marittimo, tra beni che abbiano funzionalità reddituale autonoma e beni che tale funzionalità non possiedano: tutte le aree in concessione possiedono la caratteristica di essere strumentali alla conduzione di un unico compendio e come tali sono assoggettate al pagamento dell'ICI (ivi comprese le aree scoperte strumentali all'esercizio di impresa, oggetto di contestazione nel caso di specie).

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 27 febbraio 2018, n. 189 - Pres. Cardino - Rel. Piombo.

**TRIBUTI LOCALI - ICI - art. 8, d.lgs. n. 504/92 - dimora abituale - contribuente - onere della prova - incombenza.**

Per poter beneficiare dell'agevolazione ICI prevista dall'art. 8, d.lgs. n. 504/92, il contribuente deve dimostrare l'ubicazione della dimora abituale della famiglia, dovendo fornire ogni elemento utile in tal senso quale, ad esempio, la scelta del medico di famiglia nel Comune di ubicazione dell'immobile, utenze, iscrizioni scolastiche, a palestre, circoli ecc. In altre parole, può essere utile fornire elementi a dimostrazione che l'intera famiglia abbia in quel Comune il centro dei propri interessi.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 3 maggio 2018, n. 493 - Pres. Spirito - Rel. Ceriale.

**TRIBUTI LOCALI - IMU - accertamento - immobili fip provenienti da altri enti pubblici - esenzione - non sussiste.**

Gli immobili di proprietà di un ente pubblico non economico, allo stesso conferiti da enti previdenziali, sono soggetti allo stesso trattamento tributario a cui erano assoggettato prima del trasferimento. Pertanto, spetta l'esenzione ICI unicamente per quegli immobili del Fondo Immobili Pubblici che già ne godevano prima del trasferimento da altri Enti pubblici.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 13 settembre 2018, n. 984 - Pres. Di Napoli - Rel. Grasso.

**TRIBUTI LOCALI - imposta sulla pubblicità - insegna - macchinario di erogazione dei contanti "postamat" - debenza - esclusione.**

Non è dovuta l'imposta sulla pubblicità per l'insegna installata su di un macchinario di erogazione dei contanti "Postamat" in corrispondenza di un ufficio postale. Ed infatti, l'insegna in questione, per caratteristiche intrinseche e collocazione, integra in modo evidente un avviso al pubblico di localizzazione di un servizio che, nella moderna dinamica sociale, deve considerarsi di pubblica utilità, come tale esente da imposta ai sensi dell'art. 17, c. 1, lett. b), d.lgs. n. 507/93. Esenzione confermata anche dal fatto che l'insegna in questione non supera la superficie di mezzo metro quadro prevista dall'art. 17 cit. quale condizione dell'esenzione.

# Documenti

## *Acquisti e sponsorizzazione di beni artistici e culturali: differenze di regime fra reddito d'impresa e di lavoro autonomo*

**Prof. Avv. Antonio Lovisolo**

*Università di Genova*

**Sommario:** 1. *Acquisto di beni artistici e culturali.* - 1.1. *Lavoro autonomo.* - 2. *Le spese di manutenzione.* - 3. *La sponsorizzazione di beni artistici e culturali.* - 4. *La vendita di beni artistici o culturali.* - 5. *Il collezionista.*

La tutela dei beni artistici e culturali sempre di più si affida, oltre che all'intervento pubblico, alla attività di conservazione e valorizzazione da parte di privati, siano essi lavoratori autonomi, imprenditori o "mecenati", amanti del patrimonio culturale ed artistico.

Il D.M. 19 dicembre 2012 dedicato alla "Approvazione delle nuove tecniche e linee guida in materia di sponsorizzazione di beni culturali e di fattispecie analoghe o collegate", nel suo allegato A individua nella sponsorizzazione di beni culturali un "peculiare rapporto di partenariato pubblico privato" che "riscuote crescente interesse sia da parte della pubblica amministrazione sia da parte degli operatori economici".

Tali affermazioni di principio, tuttavia, non trovano adeguato riscontro nella legislazione fiscale che, invece, contrariamente a ciò che ci si potrebbe attendere, non dimostra altrettanta sensibilità; in particolare, non è rinvenibile nella "leva fiscale" analoga attenzione per la problematica attinente la tutela e la conservazione dei beni artistici e culturali anche attraverso la loro sponsorizzazione, rinvenendosi, anzi, una non giustificata discrasia fra le ipotesi in cui alla tutela dei beni artistici e culturali - attraverso il loro acquisto o la sponsorizzazione - partecipi un lavoratore autonomo, un imprenditore o un privato semplice "collezionista" al di fuori di qualsivoglia attività professionale o imprenditoriale. A tal fine, esaminiamo quale sia la principale problematica afferente la imposizione sul reddito dei lavoratori autonomi e degli imprenditori commerciali per quanto attiene quelli che, a mio avviso, sono i momenti "topici" che contraddistinguono i rapporti con il bene artistico o culturale e cioè:

- l'acquisto di beni d'arte o culturali;
- il sostenimento di spese di loro manutenzione e conservazione;
- la "sponsorizzazione" di beni artistici;
- la loro vendita.

Esaminiamo distintamente i punti sopra enunciati.

### 1. Acquisto di beni artistici e culturali.

#### 1.1. Lavoro autonomo.

Al fine della determinazione dei redditi di lavoro autonomo, l'acquisto di oggetti di arte, di antiquariato o da collezione - anche se utilizzati come bene strumentale dell'attività - si configura quale spesa di rappresentanza il cui ammontare complessivo è deducibile nei limiti dell'1% dell'ammontare dei compensi percepiti nel periodo d'imposta (art. 54 comma 5 t.u. 1986, n. 917). Corrispondentemente gli oggetti d'arte, di antiquariato o da col-

lezioni, anche se utilizzati quali beni strumentali, per l'iscrizione dell'attività professionale non sono suscettibili di ammortamento (art. 54 comma 2 t.u.).

#### 1.2. Reddito d'impresa

A differenza di quanto abbiamo visto per la determinazione del reddito di lavoro autonomo, per quanto attiene la determinazione del reddito d'impresa, manca qualsivoglia previsione normativa specificamente attinente l'acquisto di beni artistici o culturali. Ne deriva che il costo di tale acquisto è deducibile ai fini della imposizione sul reddito solo se inerente l'attività d'impresa; inerenza - come è noto - da valutarsi anche tenuto conto della "economicità" del costo, da valutarsi caso per caso.

In ogni caso, la afferenza del bene all'attività commerciale, per quanto attiene l'imprenditore individuale è data dalla sua inclusione nell'inventario, tenuto ai sensi dell'art. 2217 cod. civ. (art. 65 comma 1). Invece per le società di persone o di capitali, la semplice "appartenenza" del bene alla società ne impone la sua afferenza al regime impositivo proprio del reddito d'impresa.

#### 2. Le spese di manutenzione.

Sia per quanto attiene la determinazione del reddito di lavoro autonomo che d'impresa, la legge, nulla dice circa il regime fiscale delle spese di conservazione e manutenzione di tali "beni d'arte". Pertanto la loro deducibilità fiscale rimane regolata dal generale principio di "inerenza", in forza del quale sono, a mio avviso, deducibili i costi di manutenzione/conservazione dei beni artistici e culturali che siano utilizzati quali beni strumentali dell'attività di lavoro autonomo: (si pensi, ad esempio, ai beni d'arte che arredano un elegante studio professionale). Anche in questo caso, la deducibilità di tale costo è da valutarsi - se non in ordine alla sua inerenza quantitativa - in ordine alla sua "economicità" rispetto alla attività di lavoro autonomo svolta.

In particolare, per quanto attiene la determinazione del (solo) reddito d'impresa, le spese di manutenzione e conservazione di beni ammortizzabili sono (in parte) deducibili se afferenti beni ammortizzabili, sempre che tali spese non siano imputate al costo del bene ammortizzabile (art. 102 comma 6).

È tuttavia non frequente che un'impresa utilizzi un bene culturale quale cespite materiale ammortizzabile (con possibilità quindi di detrarsi anche i costi di manutenzione e conservazione) (1).

Parimenti la possibilità del riconoscimento di tali spese di manutenzione e conservazione è invece da escludersi ai fini della determinazione del reddito di lavoro autonomo, per la quale (come abbiamo detto) l'art. 54 comma 2 esclude che gli oggetti d'arte, di antiquariato e di collezione si configurino quali beni ammortizzabili, come tali suscettibili dal riconoscimento fiscale delle relative spese di conservazione e manutenzione.

#### 3. La sponsorizzazione di beni artistici e culturali.

Il lavoratore autonomo (non in quanto tale ma) se "persona fisica" può usufruire ai sensi del D.L. 31 maggio 2014, n. 83 convertito in l. 29 luglio 2014, n. 106 dell'"art bonus" cioè di un credito di imposta raggugliato all'ammontare delle spese sostenute (oramai nella misura del 50%) da usufruire fino al 15% del reddito imponibile. In particolare tale "art bonus" attiene non alle spese di qualunque genere sostenute ma solamente alle erogazioni li-

berali in denaro effettuate per “*interventi di manutenzione, protezione e restauro di beni culturali pubblici, per il sostegno degli istituti e dei luoghi della cultura di appartenenza pubblica e per la realizzazione di nuove strutture, il restauro e il potenziamento di quelle esistenti*”. In proposito si rinvia ad altra relazione agli atti del presente convegno e a quanto infra osservato.

Parimenti, al fine della determinazione del reddito d'impresa, il costo della sponsorizzazione di un bene artistico o culturale (o di una attività diretta a valorizzarlo e conservarlo) in via di principio sembrerebbe poter essere considerato alla stregua di una spesa di rappresentanza, deducibile in ragione di limiti quantitativi previsti dall'art. 108 comma 2 t.u. e dal Decreto Ministeriale di sua attuazione (19 novembre 2008) (2).

Pertanto, mentre il lavoratore autonomo vede espressamente configurarsi quale spese di rappresentanza (3) il costo di acquisto dei beni di antiquariato o da collezione (art. 54 comma 5) anche se utilizzati quali beni strumentali, l'imprenditore (individuale o societario che sia) solo con maggior difficoltà rispetto al lavoratore autonomo potrà vedersi riconosciuti quali spese di rappresentanza i costi di sponsorizzazioni di iniziative artistiche (o culturali) anche perché lo stesso decreto ministeriale 19 novembre 1998 al fine di tale deducibilità esemplifica talune ipotesi di spese di rappresentanza (spese per viaggi turistici, feste, ricevimenti e intrattenimento in occasione di eventi aziendali, partecipazione a mostre o fiere) fra le quali certamente non rientra espressamente la sponsorizzazione di beni d'arte o culturali.

Al riguardo l'art. 100 fra gli oneri di “*utilità sociale*” prevedeva lett. e) la deducibilità delle spese sostenute dai soggetti obbligati alla manutenzione di cose vincolate ai sensi del D. Lvo 1999 n. 490 e (lett. f) la deducibilità delle erogazioni liberali in denaro effettuate ad Enti o fondazioni per l'acquisto, manutenzione e restauro di tali cose vincolate.

Tuttavia, tali disposizioni (art. 100 lett e) ed f) sono state abrogate dal D.L. 31 maggio 2014 n. 83 (convertito in L. 29 luglio 2014 n. 106) che ha sostituito tale deducibilità con il riconoscimento del così detto “*art bonus*”, attinente l'erogazione liberali (nella misura del 50% a far data dall'anno d'imposta 2016) *su beni o luoghi della cultura e dello spettacolo pubblici* fino all'ammontare del 5% dei ricavi (e non all'1% dei compensi come per i lavoratori autonomi). In proposito si rinvia alla relazione ad hoc prevista nel presente Convegno, non senza tuttavia rimarcare come la estrema limitatezza dell'ambito applicativo dell'“*art bonus*” che attiene soltanto agli “*interventi di manutenzione, protezione e restauro di beni culturali pubblici*”, oltre che di attività culturali liriche e sinfoniche, non certamente al loro acquisto.

*Come si vede, non esiste un generale e chiaro regime, favorevole alla diffusione dello strumento della sponsorizzazione di beni culturali e del loro restauro.*

Ciò appare in palese contrasto con quanto si diceva all'inizio circa il generale riconoscimento della sponsorizzazione di beni culturali che, viceversa, sotto il profilo della tutela di tali beni, è considerato meritevole di diffusione e maggiore utilizzazione per tutti i beni artistici o culturali.

*La leva fiscale evidentemente solo in parte tiene conto di tale necessità.*

#### 4. La vendita di beni artistici o culturali.

Al fine della determinazione del reddito di lavoro autonomo la cessione di beni artistici o culturali espressamente non dà luogo a plusvalenze imponibili (art. 54 comma 1 bis). Per il lavoro au-

tonomo non sempre agevole la configurazione di ricavi o compensi derivati dalla loro cessione.

Per quanto attiene, invece il reddito d'impresa la cessione di beni d'arte, di antiquariato, da collezione o culturali dà sempre luogo di materia imponibile, sia essa plusvalenza o sia essa ricavo. Tale differenza, invero, non appare comprensibile.

Sembra quindi potersi concludere per la necessità di una riforma strutturale che consenta una più certa e maggiore deducibilità (almeno parziale) dei costi di acquisto, manutenzione, conservazione, restauro dei beni artistici o culturali.

E ciò al fine di realizzare l'obiettivo di una più estesa partecipazione del privato al mantenimento e conservazione di tali beni, così come auspicato dal Ministero dei beni culturali, obiettivo al quale il legislatore fiscale mostra scarsa attenzione.

#### 5. Il collezionista.

Infine, per quanto riguarda il “*collezionista*” (che non sia imprenditore, o lavoratore autonomo), il possesso di beni anche di rilevante valore non comporta alcuna imposizione non essendo attualmente presente nel nostro ordinamento un'imposta di tipo patrimoniale, né essendo previsto alcun riferimento diretto alla cessione del bene artistico.

Tale collezionista tuttavia - salva la fruizione dell'*art bonus* per le spese di restauro e manutenzione di beni pubblici - subisce la totale indeducibilità di tutti i costi sostenuti per tale acquisto e conservazione.

Si rileva invece che eventuali corrispettivi derivanti dalla cessione di diritti di sfruttamento dell'immagine dell'opera d'arte, dalla sua pubblicazione, utilizzo e/o diffusione nonché dall'esposizione delle opere in mostre o musei, sono imponibili quali redditi diversi da assoggettarsi all'IRPEF con aliquota progressiva in capo alla persona fisica proprietaria dell'opera d'arte.

Infine, il possesso di opere d'arte da parte di collezionisti privati italiani ma detenute all'estero, comporta l'obbligo di un continuo monitoraggio fiscale attraverso la compilazione del quadro RW nella dichiarazione annuale dei redditi.

Il complessivo regime fiscale afferente l'acquisto, e la gestione e la vendita di beni culturali risulta pertanto assai variegata e non lineare; frutto, probabilmente - come spesso avviene - dell'accavallarsi di isolati ed episodici interventi normativi non sempre fra loro coordinati. Certamente, sotto questo profilo, l'introduzione del regime dell'*art bonus* ha razionalizzato il sistema anche se tuttavia tale credito d'imposta (differenziato a seconda che lo sponsor sia un imprenditore o un lavoratore autonomo) è previsto per i soli interventi su beni culturali pubblici sia pur intesi in senso lato, comprendenti anche i “*luoghi della cultura*”.

#### Note.

(1) Si può pensare ad esempio ad una impresa teatrale che utilizzi - ai fini dei propri spettacoli - un organo artistico.

(2) Tale decreto Ministeriale prevede la detrazione delle spese di rappresentanza se trattasi di “*spese per erogazioni a titolo gratuito di beni e servizi, effettuate con finalità promozionali o di pubbliche relazioni e il cui sostenimento risponda a criteri di ragionevolezza in funzione dell'obiettivo di generare anche potenzialmente benefici economici per l'impresa ovvero sia coerente con pratiche commerciali di settore.*”

(3) Con deducibilità - lo ricordiamo - sino all'1% dei compensi lordi.



## Sezione di diritto penale

# Sentenze e ordinanze

Tribunale di Genova, in composizione monocratica, 25 maggio 2018, n. 2178 – Giudice Carta.

**DIBATTIMENTO – istruzione dibattimentale – lettura atti per sopravvenuta impossibilità – querela – acquisibilità alla luce dell’art. 6 CEDU – sussistenza – prove utilizzabili ai fini della deliberazione - condanna in base unicamente a dichiarazione non confermata a dibattimento – impossibilità.**

(Art. 6 CEDU – artt. 111 Cost, artt., 512, 526 c. 1 bis C.p.p.)

*Alla luce della giurisprudenza della CEDU in tema di giusto processo, l’acquisizione come prova di dichiarazioni assunte senza contraddittorio non risulta di per sé in contrasto con l’art. 6 della CEDU, ma sussistono precisi limiti alla loro utilizzazione probatoria, al fine di impedire che l’imputato possa essere condannato sulla base esclusiva o determinante di esse.*

*(Fattispecie in tema di truffa per acquisti on-line in cui il tribunale ha ritenuto che, pur essendoci la prova di un pagamento dalla persona offesa all’imputato, in mancanza della causale, la prova del collegamento tra tale pagamento e offerta on-line di prodotti era costituita unicamente dalle dichiarazioni della persona offesa affette dal limite di cui al principio in massima)*

*IMPUTATO del reato p. e p. dall’art. 640 c.p. perché, con artifici e raggiri, consistiti nel porre in vendita mediante inserzione on line sul portale denominato *www.subito.it* un telefono cellulare mod. *Galaxy S4* al prezzo di euro 300,00 utilizzando come identificativo la denominazione *Elena*, fornendo quale recapito telefonico l’utenza 389/0437216 intestata a tale *SM*, ed indicando come modalità di pagamento l’accredito dell’importo sopra indicato tramite ricarica su poste pay n. 000000 a se stesso intestata, inducendo in errore sulla bontà dell’affare *FC* il quale provvedeva al versamento della somma pattuita senza ricevere in cambio il bene concordato, si procurava l’ingiusto profitto consistente in euro 300,00, somma corrisposta da *FC* con pari danno alla persona offesa. In *Rapallo (GE)* il 21/10/2013*

(...*Omissis*...)

### Motivi della decisione

*XY* è imputato del reato di truffa commesso ai danni di *FC*. Al dibattimento, svoltosi in assenza dell’imputato, in seguito a opposizione a decreto penale, è stata sentita come testimone l’assistente *EO* che ha riferito in merito alle indagini svolte.

È stata acquisita la seguente documentazione: il contratto di apertura della carta poste pay sottoscritto dall’imputato con i documenti allegati (copia della carta d’identità e codice fiscale), cartellino anagrafico dell’imputato e contratto telefonico dell’utenza indicata nell’annuncio di vendita intestato a *MS*.

Attesa l’irreperibilità della persona offesa è stata acquisita con valenza probatoria la dichiarazione di querela dalla stessa presentata e, terminata l’istruttoria dibattimentale, le parti hanno concluso com’è riportato in epigrafe ed è stata data lettura del dispositivo in udienza.

Dalle prove raccolte si evince che sul sito “*Subito.it*” era stato pubblicato da una certa “*Elena*” un annuncio di vendita di un telefono cellulare. La persona offesa aveva

contattato l’offerente chiamando il numero di telefono indicato sull’annuncio al quale aveva risposto un uomo che si era presentato come *CC*. Aveva poi effettuato un accredito su una carta poste pay che gli era stata indicata dal venditore di € 300 senza però ricevere la consegna del telefono da parte del venditore che si era reso irreperibile.

Dagli accertamenti svolti risulta che la carta poste pay sulla quale è stato effettuato l’accredito di € 300 era intestata a *XY*. Al contratto sono allegati i suoi documenti che non risultano oggetto di denuncia.

La querela è stata legittimamente acquisita mediante lettura perché la persona offesa, che era cittadino straniero regolarmente presente sul territorio italiano perché provvisto di permesso di soggiorno, non è stato rintracciato per la citazione a deporre e non è stato possibile sentirlo ancorché tale circostanza non sia stata determinata da una sua libera scelta.

La sua versione dei fatti non può essere, però, utilizzata ai fini probatori perché ciò determinerebbe una violazione dell’art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali.

In tal senso si è pronunciata la Suprema Corte con la Sentenza n. 1945 del 22/12/2014 (udienza), 16/01/2015 (deposito) statuendo che “Ai fini dell’operatività del divieto di provare la colpevolezza dell’imputato sulla base, unicamente o in misura determinante, di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all’esame da parte dell’imputato e del suo difensore (art. 526, comma primo bis, cod. proc. Pen.), non è necessaria la prova di una specifica volontà di sottrarsi al contraddittorio, ma è sufficiente – in conformità ai principi convenzionali (art. 6 CEDU) – la volontarietà dell’assenza del teste, determinata da una qualsiasi libera scelta, non inficiata da elementi esterni.”

In particolare la Corte ha stabilito che: “una sentenza di condanna che si basi unicamente o in misura determinante su una testimonianza resa in fase di indagini da un soggetto che l’imputato non sia stato in grado di interrogare o far interrogare nel corso del dibattimento, integra una violazione dell’art. 6 CEDU solo se il pregiudizio così arrecato ai diritti di difesa non sia stato controbilanciato da elementi sufficienti ovvero da solide garanzie procedurali in grado di assicurare l’equità del processo nel suo insieme.

Le Sezioni Unite di questa Corte, d’altra parte, già in precedenza avevano avuto modo di affermare il principio secondo il quale ai fini dell’operatività (art. 526 c.p.p., comma 1 bis) del divieto di provare la colpevolezza dell’imputato sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all’esame dell’imputato o del suo difensore, non è necessaria la prova di una specifica volontà di sottrarsi al contraddittorio, ma è sufficiente - in conformità ai principi convenzionali (art. 6 CEDU) - la volontarietà dell’assenza del teste determinata da una qualsiasi libera scelta, sempre che non vi siano elementi esterni che escludano una sua libera determinazione. (Sez. U, n. 27918 del 25/11/2010 - dep. 14/07/2011, D. F., Rv. 250198).

In tale pronuncia si è in particolare messo in risalto la circostanza che, alla luce della giurisprudenza della CEDU in

tema di giusto processo, l'acquisizione come prova di dichiarazioni assunte senza contraddittorio non risulta di per sé in contrasto con l'art. 6 della CEDU, ma sussistono precisi limiti alla loro utilizzazione probatoria, al fine di impedire che l'imputato possa essere condannato sulla base esclusiva o determinante di esse. Pertanto, l'ammissibilità di una prova testimoniate unilateralmente assunta dall'accusa può risultare conforme al dettato del citato art. 6, ma affinché il processo possa dirsi equo nel suo insieme in base ad una lettura congiunta dell'art. 6, commi 1 e 3, lett. d), una condanna non deve fondarsi esclusivamente o in maniera determinante su prove acquisite nella fase delle indagini e sottratte alla verifica del contraddittorio, anche se differito. Il principio affermato dalla giurisprudenza europea è dunque che "i diritti della difesa sono limitati in modo incompatibile con le garanzie dell'art. 6 quando una condanna si basa, unicamente o in misura determinante, su deposizioni rese da una persona che l'imputato non ha potuto interrogare o fare interrogare né nella fase istruttoria né durante il dibattimento" (sent. 14 dicembre 1999, A.M. c. Italia; sent. 13 ottobre 2005, Bracci, cit; sent. 9 febbraio 2006, Cipriani c. Italia; sent. 19 ottobre 2006, Majadallah, cit; sent. 18 maggio 2010, Ogaristi c. Italia), e ciò anche quando il confronto è divenuto impossibile per morte del dichiarante o per le sue gravi condizioni di salute (sent. 7 agosto 1996, Ferrantelli e Santangelo c. Italia; sent. 5 dicembre 2002, Craxi c. Italia), ovvero quando l'irreperibilità del dichiarante sia giuridicamente giustificata da un diritto di costui al silenzio, come nel caso di coimputati (sent. 20 aprile 2006, Carta c. Italia) o di imputati di reato connesso (sent. 27 febbraio 2001, Luca c. Italia).

In sostanza si è sottolineato dall'art 6 della CEDU, per come costantemente e vincolativamente interpretato dalla Corte di Strasburgo, discende una norma specifica e dettagliata,

una vera e propria regola di diritto - recepita nel nostro ordinamento tramite l'ordine di esecuzione contenuto nella L. 4 agosto 1955, n 848 art. 2 - che prescrive un criterio di valutazione della prova nel processo penale, nel senso che una sentenza di condanna non può fondarsi, unicamente o in misura determinante, su deposizioni rese da una persona che l'imputato non ha potuto interrogare o fare interrogare né nella fase istruttoria né durante il dibattimento. Alla stregua di tali principi emerge che l'affermazione di responsabilità dell'imputato in ordine alla condotta asseritamente estorsiva, deriva in via del tutto prevalente - secondo quanto puntualizzano gli stessi giudici a quibus - dalle dichiarazioni della persona offesa, non potuta esaminare in dibattimento per la sua irreperibilità, senza che a tal proposito assuma un qualche risalto la volontarietà o meno da tale status, come erroneamente affermato dai giudici del gravame."

Sebbene nel caso di specie la dazione di danaro all'imputato sia risultata documentata attraverso la ricevuta di pagamento sulla carta poste pay risultata essere intestata all'imputato, nella stessa non è indicata alcuna causale e le circostanze della pubblicazione dell'annuncio di vendita del telefono, della sua riferibilità al XY attraverso l'utenza telefonica in esso indicata (intestata ad altra persona) e soprattutto il mancato recapito del telefono si basa unicamente su quanto dichiarato dalla persona offesa.

Ne consegue che la sentenza di condanna risulterebbe fondata in modo significativo sulla querela, con violazione dell'art. 6 e, conseguentemente, le dichiarazioni in essa contenute non possono essere utilizzate.

**P.Q.M.**

Visto l'art. 530 c.p.p. assolve XY dal reato a lui ascritto perché il fatto non sussiste.

# Massime

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 8 gennaio 2018, n. 21/18 – Giudice Levrero.

## **DELITTI contro il patrimonio – ricettazione – competenza per territorio – casistica.**

(Art. 648 c.p., art. 9 c 2 c.p.p.)

*Nel caso in cui non sia dato sapere dove sia avvenuta la ricezione del bene provento di furto e che, di conseguenza, non sia possibile determinare la competenza per territorio in relazione al luogo in cui il reato è stato consumato (ossia dove è avvenuta la ricezione del bene rubato) ovvero ove sia avvenuta parte dell'azione, deve farsi ricorso al criterio residuale di cui all'art. 9 c. 2, c.p.p. che radica la competenza territoriale presso il giudice della residenza dell'imputato.*

M.CIR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 9 gennaio 2018 (9 marzo 2018) – Giudice Rizzo.

## **DELITTI contro il patrimonio – ricettazione – possesso di fotocopie – elemento oggettivo del reato – insussistenza.**

(Art. 648 c.p.)

*Il possesso di fotocopie di un documento oggetto di furto non integra gli estremi della condotta punibile del reato di ricettazione in quanto l'elemento oggettivo del reato consiste nella ricezione della cosa proveniente da qualsiasi delitto e non nella ricezione di una copia della cosa provento di reato. Il possesso della fotocopia tutt'al più potrebbe essere valutato come indizio da cui potrebbe trarsi la prova che l'agente ha ricevuto l'originale del documento.*

PA.PITT.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 11 gennaio 2018, n. 60/18 – Giudice Vinelli.

## **DELITTI contro la famiglia – violazione degli obblighi di assistenza familiare – stato di bisogno – minore età – sussistenza.**

(Art. 570 c.p.)

*In materia di violazione degli obblighi di assistenza familiare la minore età dei discendenti destinatari dei mezzi di sussistenza rappresenta in re ipsa una condizione soggettiva dello stato di bisogno che obbliga i genitori a contribuire al loro mantenimento assicurando i predetti mezzi di sussistenza; ne deriva che il reato di cui all'art. 570 c. 2 c.p. sussiste anche quando uno dei genitori ometta la prestazione dei mezzi di sussistenza in favore dei figli minori o inabili e al mantenimento della prole provveda in via sussidiaria l'altro genitore.*

M.CIR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 11 gennaio 2018 – Giudice Rizzo.

## **DELITTI contro la fede pubblica – falsità in segni di riconoscimento – introduzione nello Stato e commercio**

## **di prodotti con segni falsi – contraffazione grossolana – integrazione del reato – bene giuridico tutelato.**

(Art.474 c.p.)

*Il reato di cui all'art. 474 c.p. sussiste ogniqualvolta venga accertato lo svolgimento del commercio di prodotto con marchio contraffatto, non essendo necessaria una situazione tale da trarre in inganno il cliente sulla genuinità della merce.*

*Integra il delitto di cui all'art. 474 c.p. la detenzione per la vendita di prodotto recanti marchio contraffatto senza che abbia rilievo la configurabilità della c.d. contraffazione grossolana. Ciò in quanto l'art. 474 c.p. tutela, in via principale e diretta, non già la libera determinazione dell'acquirente, ma la pubblica fede, intesa come affidamento dei cittadini nei marchi o segni distintivi, che individuano le opere dell'ingegno e i prodotti industriali e ne garantiscono la circolazione anche a tutela del titolare del marchio, gravemente danneggiato dalla difficoltà di distinguere, una volta messo in circolazione il prodotto, quello originale da quello autentico.*

PA.PITT.

Tribunale di Genova in composizione collegiale, 9 gennaio 2018 (12 gennaio 2018), Giudice Carpanini.

## **DELITTI contro la persona – violenza sessuale – nozione di atti sessuali – violenza – modalità.**

(Art. 609 bis c.p.)

*In tema di reati sessuali, la nozione di "atti sessuali" comprende tutti quegli atti che esprimono l'impulso sessuale dell'agente e che comportano un'invasione della sfera sessuale del soggetto passivo, inclusi, pertanto, i toccamenti, i palpeggiamenti e gli sfregamenti sulle parti intime della vittima, tali da suscitare la concupiscenza sessuale anche in modo non completo e per un tempo di breve durata.*

*Non è d'altronde necessario che il soggetto agente eserciti violenza sulla persona offesa, in quanto l'elemento della violenza può estrinsecarsi, nel reato di violenza sessuale, oltre che in una sopraffazione fisica, anche nel compimento insidiosamente rapido dell'azione criminosa tale da sorprendere la vittima e da superare la sua contraria volontà, così ponendola nell'impossibilità di difendersi.*

PA.PITT.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 11 gennaio 2018, sentenza n. 55/2018 – Giudice Vinelli.

## **DELITTI contro la pubblica amministrazione – oltraggio a pubblico ufficiale - mancata percezione degli insulti da parte del p.u. – insussistenza del fatto.**

(Art. 341 bis c.p.)

## **CONTRAVVENZIONI di polizia – rifiuto di indicazioni sulla propria identità personale – possibilità di identificare il soggetto – non punibilità ex art. 131 bis c.p.**

(Artt. 651 e 131 bis c.p.)

*Per la configurabilità del reato è sufficiente che le espressioni of-*

*fensive rivolte al pubblico ufficiale possano essere udite dai presenti, perché già questa potenzialità costituisce un aggravio psicologico che può compromettere la sua prestazione, disturbandolo mentre compie un atto del suo ufficio, facendogli avvertire condizioni avverse, per lui e per la PA di cui fa parte. Tuttavia, se gli insulti non vengono sentiti dal pubblico ufficiale (ma a questi riferiti da altri), non possono determinare alcun "aggravio psicologico" nello svolgimento della sua attività, dato che ciò postula evidentemente la percezione degli epiteti stessi da parte del soggetto destinatario nonché la prova che gli stessi siano connessi con l'attività svolta. In tal caso il fatto non sussiste.*

*Può applicarsi la speciale causa di non punibilità ex art. 131 bis c.p. nel caso in cui il soggetto sia stato comunque prontamente identificato, tramite peraltro formale esibizione dei documenti, pochi minuti dopo aver opposto il rifiuto di declinare le generalità e detto rifiuto non fosse volto a evitare di essere identificato quanto più a dimostrare stizza nei confronti dell'agente.*

CR.BR.

Tribunale di Genova in Composizione Collegiale, Seconda Sezione Penale, Secondo Collegio, 11 gennaio 2018, sentenza n. 69/2018 – Pres. Dagnino, Est. Boccaccio.

**DELITTI contro la persona – violenza sessuale – valutazione della testimonianza della persona offesa – nozione di atti sessuali: tentativo e consumazione – differenza tra 609 bis comma 2 n. 1 e 609 ter c.p. da un lato e 609 quater c.p. dall'altro – circostanze aggravanti e calcolo della prescrizione.**

(Artt. 609bis e 609ter c.p.)

*Nell'ambito dell'accertamento di reati sessuali, la deposizione della persona offesa, seppur non equiparabile a quella di testimone estraneo, può essere assunta da sola come fonte di prova della colpevolezza dell'imputato, ove venga sottoposta a indagine positiva sulla credibilità di chi l'ha resa, dato che in tale contesto processuale il più delle volte l'accertamento dei fatti dipende necessariamente dalla valutazione del contrasto delle opposte versioni di parte offesa e imputato, soli protagonisti dei fatti, in assenza, non di rado, anche di riscontri oggettivi o di altri elementi atti ad attribuire maggiore credibilità dall'esterno all'una o all'altra tesi.*

*La credibilità della vittima non è inficiata né dal fatto che la stessa rivelò gli abusi a distanza di anni (si ritiene infatti comprensibile che la stessa, all'epoca molto piccola, sia stata bloccata nella sua volontà di rivelare alla madre gli abusi del patrigno sia per proteggerla dal dolore che i fatti le avrebbero provocato sia per la vergogna in lei suscitata da tale esperienza); né dalla circostanza che il delitto venne denunciato con molto ritardo (in quanto si comprende come la madre abbia inteso in un primo momento recuperare il matrimonio e ricomporre il nucleo familiare imponendo al marito un percorso psicoterapico); è infatti noto come meccanismo ampiamente studiato, riferito e riportato, quello per cui le vittime di violenza sessuale, specie se essa avviene all'interno delle mura domestiche, provano senso di colpa e di vergogna per ciò che è stato loro inflitto, imputandosi anche la responsabilità dell'accaduto, e comunque non hanno facilità a parlarne se prima non interviene un adeguato processo di elaborazione del fatto, per cui è frequente che decorra del tempo tra gli accadimenti e l'emersione degli stessi.*

*Integra la fattispecie criminosa di violenza sessuale nella forma consumata e non tentata la condotta che si estrinsechi in tocamenti, palpeggiamenti e sfregamenti sulle parti intime della vittima o comunque su zone erogene suscettibili di eccitare la*

*concupiscenza sessuale anche in modo non completo e di breve durata, essendo a tal fine irrilevante che il soggetto attivo conseguia la soddisfazione erotica.*

*Il delitto di violenza sessuale commessa ai danni di persona infraquattordicenne si cui agli artt. 609 bis comma 2 n. 1 cp e 609 ter cp, si distingue dalla fattispecie a forma libera di atti sessuali con minorenni di cui all'art. 609 quater cp per la presenza di una condotta di induzione ossia per l'esercizio di una subdola attività di persuasione e di pressione finalizzata a determinare il minore al compimento di atti sessuali che altrimenti non avrebbe compiuto. L'induzione sufficiente alla sussistenza del reato consiste in ogni forma di sopraffazione posta in essere senza ricorrere ad atti costrittivi o intimidatori nei confronti della vittima, la quale, non risultando in grado di opporsi a causa della sua condizione di inferiorità, soggiace al volere dell'autore della condotta, divenendo strumento di soddisfazione delle voglie sessuali di quest'ultimo.*

*Ai fini della determinazione del tempo necessario alla prescrizione, le circostanze cd. "indipendenti", che comportano un aumento di pena non superiore a un terzo, non rientrano nella categoria di quelle ad effetto speciale, la circostanza aggravante di cui all'art. 609 ter c.p., stabilendo la pena in misura indipendente da quella ordinaria di cui all'art. 609 bis, ha natura di circostanza ad effetto speciale, con la conseguenza che di essa deve tenersi conto nel calcolo della prescrizione.*

CR.BR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 20 febbraio 2018, n. 5A/18 – Giudice Petri.

**IMPUGNAZIONI in materia penale – mancata indicazione specifica del soggetto che deposita l'atto - possibilità di individuare aliunde la legittima provenienza dell'atto - inammissibilità dell'impugnazione – esclusione.**

(Art. 582 c.p.p.)

*L'inosservanza – addebitabile al pubblico ufficiale ricevente l'atto di gravame – della specifica indicazione della persona che presenta l'impugnazione comporta l'inammissibilità della stessa solo laddove non possa altrimenti presumersi la legittima provenienza dell'atto.*

M.CIR.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 9 gennaio 2018, n. 26/2018 – Giudice Parentini.

**PATROCINIO a spese dello Stato – falsa certificazione delle condizioni reddituali – convivenza more uxorio – effettività – risultanze anagrafiche -valenza probatoria.**

(Art. 95 DPR 115/2002)

*Nel reddito rilevante ai fini dell'ammissione al beneficio del patrocinio a spese dello Stato rientra anche quello del convivente more uxorio.*

*Il requisito formale della comune residenza anagrafica alla data di presentazione dell'istanza non è sufficiente ad affermare la falsità della dichiarazione di "vivere da solo" resa dall'imputato nell'autocertificazione; invero, in assenza di qualsiasi specifica informazione sulla presunta convivente, da tempo irreperibile, la complessiva vicenda di disagio sociale dei due protagonisti e il loro breve legame sentimentale risultano verosimili e riscontrati*

dallo stesso cambio di residenza anagrafica dell'imputato e dall'attivazione, d'ufficio, del procedimento che ha portato alla cancellazione per irreperibilità della ex convivente, di talché non vi sono convincenti elementi per sostenere non solo che, alla data di presentazione dell'istanza, fosse in atto una convivenza more uxorio ma neppure che vi fosse una coabitazione. Ne deriva la pronuncia assolutoria per insussistenza del fatto.

CR.BR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 3 luglio 2018 (10 agosto 2018) – Giudice Petri.

**PRESCRIZIONE – recidiva qualificata – computo del tempo necessario a prescrivere il reato.**

(Art. 157 c.p.)

In tema di prescrizione del reato, quando il giudice abbia escluso, anche implicitamente, la circostanza aggravante facoltativa della recidiva qualificata, non ritenendola in concreto espressione di una maggiore colpevolezza o pericolosità sociale dell'imputato, la predetta circostanza deve ritenersi ininfluyente anche ai fini del computo del tempo necessario a prescrivere il reato.

PA.PITT.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 12 gennaio 2018, n. 2/18 – Giudice Vinelli.

**PROVE penali – valutazione della prova – testimonianza della sola persona offesa -verifica attendibilità soggettiva – indicazioni fondamentali convincimento.**

(Art. 192 c.p.p.)

**DIBATTIMENTO – istruzione dibattimentale – mancata ammissione di nuove prove – motivazione implicita - ammissibilità.**

(Art. 507 c.p.p.)

Le dichiarazioni della persona offesa, costituita parte civile, possono da sole, senza la necessità di riscontri estrinseci, essere poste a fondamento dell'affermazione di responsabilità penale dell'imputato, previa verifica, corredata da idonea motivazione, della credibilità soggettiva del dichiarare e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto, che peraltro deve, in tal caso, essere più penetrante e rigorosa rispetto a quella cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone. A tal fine è necessario che il giudice indichi le emergenze processuali determinanti per la formazione del suo convincimento, consentendo così l'individuazione dell'iter logico-giuridico che ha condotto alla soluzione adottata.

Il mancato esercizio del potere del giudice del dibattimento di disporre d'ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova a norma dell'art. 507 cod. proc. pen. non richiede un'espressa motivazione, quando dalla effettuata valutazione delle risultanze probatorie possa implicitamente evincersi la superfluità di un'eventuale integrazione istruttoria.

M.CIR.

Tribunale di Genova in Composizione Collegiale, Seconda Sezione Penale, Secondo Collegio, 8 gennaio 2018, sentenza n. 10/2018 – Pres. e est. Dagnino.

**REATI FALLIMENTARI – amministratore di fatto – criteri di individuazione.**

(Artt. 110 cp, 216 co. 1 n. 1 RD 267/42)

Il soggetto attivo del reato proprio di bancarotta può anche essere colui che svolge in via di mero fatto le funzioni di amministratore, ovvero quale concorrente "extraneus" nel reato proprio commesso dall'amministratore di diritto

Per individuare la presenza di un amministratore di fatto, destinatario diretto delle norme incriminatrici in materia fallimentare, si riconosce rilevanza decisiva alla presenza di un organico inserimento nell'impresa del soggetto che viene, in concreto, a svolgere quale "intraneus" funzioni gerarchiche e direttive, in qualsiasi momento dell'iter di organizzazione, produzione e commercializzazione dei beni e servizi (rapporti di lavoro con i dipendenti, rapporti materiali e negoziali con i finanziatori, fornitori e clienti).

Nella ricerca di una corretta ed esaustiva definizione di questi elementi (di gestione o cogestione) un ruolo importante ha svolto la norma contenuta all'art. 2639 cod. civ. con il quale si è in modo esplicito riconosciuta - nella diversa materia dei reati societari - la figura dell'amministratore di fatto come colui che esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione. Per aversi un amministratore di fatto è necessario che il soggetto interessato abbia esercitato, in modo continuativo e significativo, i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione di amministratore, "significatività" e "continuità" che per essere presenti non comportano necessariamente l'esercizio di tutti i poteri propri dell'organo di gestione, ma richiedono comunque l'esercizio di una apprezzabile attività gestoria, svolta in modo non episodico od occasionale. Tale apprezzabile attività gestoria deve essere valutata, non già sulla base di criteri astratti e predeterminati né su mere considerazioni di ordine quantitativo, bensì con riferimento alla rilevanza ed al peso dell'atto di amministrazione, inquadrato nel contesto della vita dell'organismo e degli effetti che da esso scaturiscono per l'economia della società.

CR.BR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 8 gennaio 2018 (15 gennaio 2018) – Giudice Carpanini.

**REATI stradali – guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti – stato di alterazione – risultanze analitiche – valore probatorio - insufficienza.**

(Art. 187, c. 1, 1bis, 1 quater, D.Lvo 285/1992)

Se è vero che, ai fini della configurabilità del reato di guida sotto l'influenza di sostanze stupefacenti, lo stato di alterazione del conducente può essere dimostrato attraverso gli accertamenti biologici in associazione ai dati sintomatici rilevati al momento del fatto, senza che sia necessario espletare un'analisi su campioni di diversi liquidi fisiologici, le sole risultanze analitiche, per di più espresse in termini meramente qualitativi e non quantitativi, non sono sufficienti per ritenere provato lo stato di alterazione.

PA.PITT.

## Documenti

### *La consulta sopperisce all'inerzia del legislatore ed "allarga" il termine di sospensione dell'ordine di esecuzione per l'affidamento in prova "allargato"*

**Luca Barontini**

*Avvocato, Foro di Genova*

**Sommario:** 1. *Premessa.* – 2. *Le disarmoniche reazioni della giurisprudenza allo scollamento fra l'accesso all'affidamento allargato e la sospensione dell'ordine di esecuzione.* – 3. *La sentenza n. 41/2018.* – 4. *La sorte dei detenuti che hanno fatto ingresso in carcere con pene fra i tre e i quattro anni.* – 5. *La riforma penitenziaria ed il grande assente della sentenza della Consulta: l'art. 27 Cost.*

#### 1. Premessa.

Il provvedimento legislativo che ha dato origine alla tematica che ci si appresta ad affrontare (1) si inseriva nell'ambito di quegli interventi, c.d. *post* Torreggiani, che, per quanto utili nel raggiungimento dell'obiettivo di sfoltire la popolazione carceraria (2), mancavano di quell'organicità propria di un più articolato intervento di riforma del sistema carcere.

Come noto, il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 ha introdotto il c.d. affidamento "allargato" inserendo un nuovo comma 3 *bis* all'art. 47 ord. pen., in forza del quale la misura alternativa alla detenzione può oggi essere concessa al condannato – non necessariamente detenuto – che debba espriare una pena, anche residua, fino a quattro anni di reclusione, previa osservazione della personalità nell'anno precedente alla richiesta (3).

In tale contesto, tuttavia, il legislatore ha "dimenticato" di adeguare la nuova ipotesi di affidamento in prova al meccanismo sospensivo di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p., sebbene – in precedenza (4) – sembrasse che i termini dovessero coincidere.

Dell'incoerenza di tale scollamento – evidenziata da più parti – prendeva contezza lo stesso legislatore il quale, con quasi un lustro di ritardo, tentava di riportare a sistema il meccanismo sospensivo. Ed invero, fra i principi e criteri direttivi della delega contenuta nella legge Orlando (l. 23 giugno 2017, n. 103), alla lett. c) del comma 85, era prevista la «revisione della disciplina concernente le procedure di accesso alle misure alternative, prevedendo che il limite di pena che impone la sospensione dell'ordine di esecuzione sia fissato in ogni caso a quattro anni».

Orbene, l'esecuzione della delega di cui al comma 85 della legge Orlando avrebbe dovuto rappresentare uno degli ultimi atti del Governo in carica fino al maggio 2018, che, nel Consiglio dei Ministri del 16 marzo 2018, aveva definitivamente licenziato il provvedimento. La delega è scaduta il 3 agosto 2018, ma, anche prima della *deadline*, vi erano ben pochi dubbi sul fatto che il nuovo Governo, espressione di una maggioranza dichiaratamente ostile ad ogni tipo di provvedimento che abbandoni il dogma carcerocentrico, palesasse la volontà politica di compiere, il, pur auspicabile (5), ultimo passo utile all'entrata in vigore della riforma (6).

E tuttavia appena il caso di osservare che l'annunciata opera demolitrice non potrà intaccare quanto statuito dal giudice delle leggi con la sentenza 2 marzo 2018, n. 41.

#### 2. Le disarmoniche reazioni della giurisprudenza allo scollamento fra l'accesso all'affidamento allargato e la sospensione dell'ordine di esecuzione.

Orbene, nell'iniziale periodo di vigenza dell'art. 47 comma 3 *bis* ord. pen., la questione dello scollamento non ha particolarmente interessato la giurisprudenza (7). Le prime prese di posizione sono pervenute solo nel 2016, manifestandosi due opposti orientamenti.

Secondo il primo, «[I]l richiamo dell'art. 656 c.p.p., comma 5, secondo periodo, all'art. 47 ord. pen. nella sua interezza, consente [...] di interpretare la prima norma avvalendosi del criterio sistematico e di quello evolutivo, pur in mancanza del dato formale di una sua esplicita modifica che, tenendo conto del recente inserimento dell'art. 47 ord. pen., comma 3-*bis* introduca il richiamo specifico dell'ipotesi prevista da tale nuovo comma nel testo letterale della disposizione del codice di rito» (8).

La lettura più restrittiva (9), per contro, critica il ricorso al canone dell'interpretazione evolutiva, «che affida al giudice la capacità di creare diritto seguendo il passo dello sviluppo della società», assumendo che esso «è, di per sé, controverso in ambito civile [...] mentre è tradizionalmente escluso nel settore penale poiché si scontra sia con il principio costituzionale della riserva di legge, sia con quello della separazione dei poteri». La lettura estensiva dell'art. 656, comma 5, c.p.p. sarebbe quindi preclusa poiché l'art. 47, comma 3 *bis*, ord. pen. prevede che l'affidamento in prova possa essere concesso solo qualora il condannato abbia serbato, nell'anno precedente alla richiesta, un comportamento tale da consentire l'osservazione di cui al comma 2 della medesima norma. Orbene, secondo la Corte, se si consentisse al pubblico ministero di sospendere l'ordine di esecuzione per pene sino ai quattro anni, la sua valutazione si estenderebbe anche al comportamento del condannato nell'anno precedente alla richiesta di misura alternativa, valutazione che, invece, deve ritenersi di esclusiva potestà del tribunale di sorveglianza.

Inoltre, ad avviso del giudice della legittimità, se si optasse per l'interpretazione evolutiva del dettato di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p. la modifica di cui alla lett. c) del comma 85, l. 23 giugno 2017, n. 103, sarebbe superflua.

A nostro avviso, entrambi i rilievi non possono essere condivisi. Il primo luogo, il profilo attinente al preteso sillogismo (l'affidamento "allargato" può essere concesso ai condannati che abbiano serbato una condotta positiva nell'anno precedente alla richiesta; la valutazione del comportamento è un'esclusiva potestà del tribunale di sorveglianza; allora il pubblico ministero, non avendo potestà giurisdizionali e non potendo, pertanto, valutare il suddetto comportamento, non può sospendere l'ordine per pene comprese fra i tre e i quattro anni) appare viziato da un'erronea collocazione di una delle premesse. Se è infatti fuor di dubbio che il pubblico ministero non possa compiere alcuna valutazione della condotta nell'anno precedente la richiesta, non ci sembra che l'interpretazione criticata imponga al rappresentante del-

l'accusa una simile valutazione. Il pubblico ministero dovrà semplicemente limitarsi ad un'operazione di calcolo, di fatto meramente aritmetica, e verificare che non ricorra una delle condizioni ostative di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p. La valutazione del comportamento nell'anno precedente è – e resta – una prerogativa del tribunale di sorveglianza che sarà ben libero di non concedere la misura, imponendo, in tal modo, al pubblico ministero di revocare il decreto di sospensione per ripristinare l'ordine di esecuzione.

Per quanto riguarda il profilo relativo alla superfluidità della modifica contenuta nella legge delega, è sufficiente osservare come molte delle novità introdotte con la c.d. riforma Orlando non si risolvano in altro se non in chiari recepimenti di orientamenti giurisprudenziali pregressi, in tema, ad esempio, di riti speciali (10) o impugnazioni (11).

### 3. La sentenza n. 41/2018.

Qualche mese prima che i giudici di legittimità (per vero la sola prima sezione) dessero luogo agli appena evidenziati contrasti, il giudice per le indagini preliminari del tribunale di Lecce sollevava incidente di legittimità costituzionale dell'art. 656, comma 5, c.p.p. per violazione degli artt. 3 e 27 Cost., «nella parte in cui non prevede che l'ordine di sospensione della pena debba essere emesso anche nei casi di pena non superiore ai quattro anni di detenzione» (12).

Secondo il giudice salentino, il «ricorso ad una rigida determinazione aritmetica al fine di condizionare l'operatività dell'istituto della sospensione automatica», risolvendosi in un mero «limite aritmetico [...] per sua intrinseca natura, appare insuscettibile di modifiche in via interpretativa, e dunque ostativo ad una interpretazione adeguatrice del dettato normativo in scrutinio ai principi costituzionali».

I pilastri della decisione della Corte costituzionale poggiano sulle fondamenta del principio di ragionevolezza, posto che il legislatore, con il mancato adeguamento del termine di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p., «non è incorso in un mero difetto di coordinamento, ma ha leso l'art. 3 Cost. Si è infatti derogato al principio di parallelismo senza adeguata ragione giustificatrice, dando luogo ad un trattamento normativo differenziato di situazioni da reputarsi uguali, quanto alla finalità rieducativa intrinseca alla sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva e alle garanzie apprestate in ordine alle modalità di incisione della libertà personale del condannato».

Ed invero, la Corte, partendo dalla l. 569/1989 (che permise anche ai condannati in libertà di accedere all'affidamento in prova), ripercorre i provvedimenti normativi che, a partire dalla c.d. legge Simeone, hanno cristallizzato la coincidenza dei termini della sospensione dell'ordine di esecuzione e dell'accesso alle misure alternative.

In buona sostanza, l'art. 656, comma 5 c.p.p. ha «natura servente» rispetto alle norme per la concessione delle misure alternative; sicché, ad eccezione di peculiari situazioni in cui il legislatore imponga periodi di carcerazione in attesa della decisione del tribunale di sorveglianza (dovute, ad esempio, alla particolare pericolosità sociale sottesa alla *ratio* di cui all'art. 656, comma 9, c.p.p.), ogniqualvolta viene spezzato il filo che lega la sospensione dell'ordine all'affidamento in prova, il relativo termine si espone a «profili di incoerenza normativa». Inoltre, il fatto che la norma di cui all'art. 47, comma 3 *bis*, ord. pen. colleghi l'inciso «anche residua» alla pena da spiare e la possibilità di valutare la condotta nell'anno precedente la richiesta anche «in libertà» non lascia, secondo la Corte, margini di discrezionalità nell'affermare che il mancato ade-

guamento del termine di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p. è figlio di una lesione del principio di eguaglianza, posto che, in buona sostanza, la situazione del condannato ad una pena, anche residua, infra triennale e quella del condannato ad una pena di tre anni e un giorno, pur essendo sostanzialmente uguali, ricevono un trattamento normativo ingiustificatamente diverso.

Per contro, sembrerebbe che la Corte abbia ritenuto che vi siano situazioni che meritano un trattamento normativo differenziato per cui il rischio «effetto porte girevoli» parrebbe tollerabile o – quantomeno – scongiurabile. Sono i casi di cui all'art. 656, comma 9, lett. a), c.p.p. per cui la sospensione dell'ordine di esecuzione non può essere sospesa per il condannato per i reati ostativi di cui all'art. 4 *bis* ord. pen. il quale «potrà con estrema difficoltà sottrarsi alla detenzione» e per il condannato a reati di particolare allarme sociale specificamente indicati (art. 423 *bis*, 572, comma 2, 612 *bis*, comma 3, e 624 *bis* c.p. (13)).

### 4. La sorte dei detenuti che hanno fatto ingresso in carcere con pene fra i tre e i quattro anni.

Con riguardo agli effetti che produrrà la sentenza della Corte appare agevole, quasi inutile, osservare che i condannati con pene sino ai quattro anni, escluse le ipotesi ostativi di cui al comma 9 dell'art. 656, c.p.p., non faranno ingresso in carcere.

Per quanto concerne coloro i quali non hanno avuto la buona sorte di potersi giovare degli immediati effetti della pronuncia della Consulta, essendo entrati in istituto con pene residue fra i tre e i quattro anni, come autorevolmente osservato (14), occorre non cedere alla tentazione di utilizzare il criterio del *tempus regit actum*, posto che non si tratta di una successione di leggi, bensì di una sentenza di accoglimento di una questione che prospetta una illegittimità costituzionale e, dunque, una lesione di un diritto sancito nella Carta, sicché la situazione non muterebbe da quella in cui verserebbe il condannato ad una pena *contra legem*, con l'unica differenza che in questo caso la norma ha natura processuale e non sostanziale.

Chiaramente, gli effetti della pronuncia toccheranno solamente le situazioni esaurite, sicché i condannati per i quali si è già celebrata l'udienza in camera di consiglio davanti al tribunale di sorveglianza non potranno usufruire dell'eventuale revoca dell'ordine di esecuzione da parte del pubblico ministero o, comunque, non potranno ragionevolmente ritenere che l'incidente di esecuzione volto a sospendere l'esecutività del titolo esecutivo superi il vaglio di ammissibilità.

### 5. La riforma penitenziaria ed il grande assente della sentenza della Consulta: l'art. 27 Cost.

Come pocanzi osservato, le frizioni con i *dicta* costituzionali, generati dallo scollamento fra i termini di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p. e all'art. 47, comma 3 *bis*, ord. pen., secondo il magistrato leccese, non si limitavano a quelle attinenti al principio di ragionevolezza ma si estendevano anche a quelle proprie del finalismo rieducativo della pena, «in quanto il condannato dai 3 ai 4 anni che sia in stato di libertà e abbia compiuto un percorso rieducativo tale da consentirgli di accedere all'affidamento in prova allargato è, ciononostante, costretto a entrare in carcere. Il che rappresenta anche una interruzione idonea a vanificare le positive esperienze risocializzanti già registrate in libertà e ad ostacolare il raggiungimento della finalità rieducativa della pena prescritta dalla Costituzione».

In buona sostanza, per il giudice *a quo*, l'effetto delle "porte girevoli", originato dal fatto che il condannato, potenzialmente in grado di ottenere una misura alternativa senza alcun transito dal carcere, debba – invece – fare ingresso in istituto al solo fine di presentare l'istanza al tribunale di sorveglianza, stride innegabilmente con il principio di cui all'art. 27 Cost.

Si ritiene che l'assunto possa essere condiviso. I dati sulla recidiva «in senso penitenziario» (15), del resto, appaiono inequivocabili: il 68,45 % (dati del 1998) dei detenuti che sono scarcerati rientra in carcere, mentre per i condannati in misura alternativa la recidiva riguarda due casi su dieci.

La Corte costituzionale trova un agevole *modus discensus* nel ritenere la lesione dell'art. 3 Cost. assorbente la questione di legittimità parametrata sull'art. 27, comma 3, Cost.

In tempi di stati generali dell'esecuzione penale (16) e, purtroppo, di mancata riforma dell'ordinamento penitenziario, del resto, il terreno del finalismo rieducativo della pena appare estremamente scivoloso, posto che, nonostante talune significative prese di posizione da parte della stessa Corte costituzionale (17), non apparirebbe istituzionalmente corretto che i condivisibili approdi a cui giunse la commissione Giostra (18) siano raggiunti a colpi di declaratoria di incostituzionalità, anche se, è inutile negarlo, i principi della Carta in tema di esecuzione della pena non rappresentano il faro guida dell'attuale Governo, la cui politica è ben espressa ed opportunamente stigmatizzata da autorevole dottrina: «L'idea di fondo: la pena detentiva come unica pena, da eseguirsi integralmente in carcere; detto diversamente, con parole non mie: "in carcere tutti i delinquenti: e buttiamo la chiave"» (19).

#### Note.

(1) Volendo, L. Barontini, *L'affidamento in prova al servizio sociale "allargato" e mancato "allargamento" del termine di sospensione dell'ordine di esecuzione. L'anomalia di un decreto "svuotacarceri" che impone la carcerazione*, in *penalecontemporaneo.it*, 5 febbraio 2016.

(2) E. Dolcini, *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1672, per cui «può dirsi che il legislatore ha imboccato la strada giusta».

(3) A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 104.

(4) Cfr. art. 1, d.l. 1 luglio 2013 n. 78 convertito, con modificazioni, nella l. 9 agosto 2013, n. 94, che riportava a coerenza sistematica il rapporto fra l'art. 656, comma 5, c.p.p. e l'art. 47 *ter* ord. pen.

(5) Cfr. *Appello al Governo per la riforma penitenziaria*, in *Giurisprudenza PenaleWeb*, 7 marzo 2018, appello sottoscritto da numerose associazioni del mondo accademico, della magistratura, dell'avvocatura e del volontariato.

(6) Cfr. *Tweet* di Matteo Salvini del 16 marzo 2018: «Vergogna, un governo bocciato dagli italiani approva l'ennesimo SALVA-LADRI! Appena al governo cancelleremo questa follia nel nome della certezza della pena: chi sbaglia paga!», intenzioni poi cristallizzate nel c.d. Contratto di Governo Lega – Movimento 5 Stelle, ove, a pagina 25, si statuisce che la cura al sovraffollamento non è da individuarsi in un maggior ricorso alle misure alternative, quanto – piuttosto – ad un piano di edilizia carceraria.

(7) La ragione può forse essere individuata nella banale considerazione che la novella interessasse pochi condannati a pene fra i tre e i quattro anni che non avessero ancora fatto ingresso in carcere al momento dell'entrata in vigore e che, peraltro, non fossero stati condannati per uno dei reati ostativi di cui all'art. 4 *bis* ord. pen., ipotesi statisticamente significativa per condanne a pene così quantificate.

(8) Cass. pen., sez. I, 4 marzo 2016, n. 37848, in *DeJure*. In senso conforme, Cass. pen., sez. I, 31 maggio 2016, n. 51864, in *Cass. pen.*, 2017,

p. 2889, con nota di M. Palma, *L'affidamento in prova al servizio sociale: la "terra di mezzo" tra nuovo art. 47, comma 3-bis, ord. penit. e il vecchio art. 656, comma 5, c.p.p.*; Trib. Milano, sez. XI, ord. 21 marzo 2017, in *Giurisprudenza PenaleWeb*, 25 aprile 2017, con nota di V. Alberta, *Sospensione delle pene sino a 4 anni di reclusione e affidamento "allargato": il Tribunale di Milano adotta l'interpretazione costituzionalmente orientata*; Trib. Milano, sez. fer., ord. 24 agosto 2017, in *Giurisprudenza PenaleWeb*, 28 agosto 2017; Trib. Bergamo, ord. 15 dicembre 2017, in *D&G*, 27 dicembre 2017, con nota di C. Minnella, *Affidamento allargato e sospensione della pena fino a 4 anni: in attesa del legislatore si divide la giurisprudenza*.

(9) Cass. pen., sez. I, 21 settembre 2017, n. 46562, in *Cass. pen.*, 2018, p. 608, commentata da L. Degl'Innocenti, *Pene detentive brevi. Il revirement della Cassazione sul limite edittale per la sospensione dell'ordine di esecuzione*, in *ilpenalista.it*, 29 novembre 2017. In senso conforme, Cass. pen., sez. I, 27 ottobre 2017, n. 10733, in *DeJure*; Cass. pen., sez. I, 30 novembre 2017, n. 1784, in *DeJure*; Cass. pen., sez. I, 23 febbraio 2018, n. 18310, in *D & G*, 2018, 77, p. 11, con nota di E. Larotonda, *Sospensione dell'esecuzione della pena: un problema di soglia*; Cass. pen., sez. I, 23 febbraio 2018, n. 11916, in *DeJure*.

(10) M. Gialuz, A. Cabiale, J. Della Torre, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Pen. cont.*, 3/2017, p. 181.

(11) E. Sylos Labini, *La riforma Orlando e la specificità dei motivi di appello: prime riflessioni*, in *Giurisprudenza PenaleWeb*, 3 febbraio 2018.

(12) Trib. Lecce, Giudice Indagini Preliminari, ord. 13 marzo 2017, in *Giurisprudenza PenaleWeb*, 16 marzo 2017, con nota di C. Molfetta, *Ordine di sospensione della pena ex art. 656, c. 5 c.p.p.: sollevata questione di legittimità costituzionale*.

(13) La legittimità della norma è stata portata – a più riprese – all'attenzione della Corte costituzionale, allorché, ad esempio, ne è stata dichiarata l'illegittimità nella parte in cui il meccanismo sospensivo non operava per il reato di furto con strappo di cui all'art. 624 *bis* c.p. Cfr. C. Cost. 1 giugno 2016, n. 125, in *Giur. cost.*, 2016, p. 1003, con nota di L. Caraceni, *Ancora una bocciatura per l'art. 656 comma 9 c.p.p.: ripristinata, seppur in parte, la ragionevolezza del meccanismo di sospensione delle pene detentive brevi*; G. Marino, *Lo scippatore è discriminato rispetto al rapinatore? La norma è incostituzionale*, in *D&G*, 2016, 26, p. 46; E. Aprile, *Osservazioni a C. Cost.*, 6 aprile 2016, n. 125. La Consulta è altresì intervenuta per censurare la norma nella parte in cui non consente la sospensione dell'ordine di esecuzione anche nei confronti dei condannati minorenni. Cfr. C. Cost., 28 aprile 2017, n. 90, in *Giur. cost.*, 2017 p. 897, con nota di M.G. Coppetta, *Cade per mano della Corte costituzionale un altro automatismo esecutivo nei confronti dei condannati minorenni*; E. Aprile, *Osservazioni a C. Cost.*, data udienza 22 febbraio 2017, data deposito 28 aprile 2017, n. 90; G. Marino, *Reati commessi dai minorenni: il divieto di sospendere l'esecuzione della pena è incostituzionale?*, in *D&G*, 2017, 75, p.8.

(14) D. Vicoli, *Sospensione dell'ordine di esecuzione e affidamento in prova: la Corte costituzionale ricuce il filo spezzato dal legislatore*, in *Pen. cont.*, 4/2018, p. 94.

(15) F. Leonardi, *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale e abbattimento della recidiva*, in *Rass. pen. crim.*, 2007, p. 23.

(16) F. Fiorentin, *La conclusione degli "Stati Generali" per la riforma dell'esecuzione penale in Italia*, in *penalecontemporaneo.it*, 6 giugno 2016; M. Pelissero, *Gli Stati generali sull'esecuzione penale: i problemi noti messi a nudo e la necessità di risposte del sistema*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1125.

(17) C. Cost., 11 luglio 2018, n. 149, in *D&G*, 12 luglio 2018.

(18) Cfr. *Riforma dell'ordinamento penitenziario: la proposta della commissione Giostra, lo schema del decreto legislativo approvato dal Governo e i pareri delle Commissioni parlamentari*, in *penalecontemporaneo.it*, 9 febbraio 2018.

(19) E. Dolcini, *Carcere, problemi vecchi e nuovi. "Se uno cade e si sbuccia un ginocchio"*, in *penalecontemporaneo.it*, 19 novembre 2018, p. 4.