

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 Lovisolò, 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.), 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 Lovisolò

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:

Alessio Abbene (AL.AB.), Federica Adorni (F.AD.), Federico Amore (F.A.), 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, Marzio Bini (MA.BN.), Antonio Bisignani, Tiziana Blengino (T.BLE.), Nicola Boggiano (NIC.BO.), Costanza Bracciforti (C.BC.), Elisa Brigandi (EL.BR.), 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.), Elena Curletto (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, Carlo Fava, Attilio Fagian, Chiara Fatta (C.F.), Andrea Ferreccio (A.FRC.), 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.), Vittorio Grasso (V.GR.), Christian Graziano (C.GRA.), Marco Grimani (MA.GRI.), Luca Guerrini (LU.GRR.), Silvia Guglielminetti, Giuseppe Inglese (G.ING.), Viviana Isola, Paola M. Ivaldi (P.M.I.), An-

drea 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, 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 Scafidi (B.S.), Francesca Scamuzzi (FR.SCA.), Giorgia Scuras, Federico Semino (FD.SMN.), Michele Sivardo (M.SIV.), Laura Sommazzi, Alberto Spinelli (ALB. SPIN.), Paolo Tarnassi, Maurizio Temesio, Federica Testini, Ambra Testoni (A.T.), Stefano Torchio (S.TOR.), Fabio Toriello, Serena Torri (S.T.), Andrea Trucchi, Elisabetta Varni (E.VAR.), Valentina Ventura (V.V.), Jenny Verduci (J.V.), Andrea Viaggi (A.V.), Valeria Vignolo (V.VGN.), Giacomo Viotti, Andrea Vistosi (A.VST.), Enrico Zanelli (E.Z.), Fabio Zanolì (FA.ZA.), Filippo Andrea Zorzi (F.A.Z.)

Sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale:
Enrico Albanesi (E.AL.), Francesca Bailo (F.B.), Lorenzo Barabino (L.B.), Carlo Bilanci (C.B.), Francesco Boetto (F.BO.), Marcello Bolognesi (M.BO.), Monica Busoli (MO.BS.), Marco Castagnola (M.C.), Luca Costanzo (L.C.), Federica Danini (F.D.), Federico Dottori, Daniele Ferrari (D.F.), Damiano Fiorato, 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, 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.FR.X.), 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:

Cristina Brigneti (CR.BR.), Francesco Brignola (FR.BR.), Francesca Bruzzone (FR.BR.Z.), Ilaria Busca, Michele Ciravegna (M.CIR.), Luca Aldo Forlani, Marco Gerunzi, M. Francesca Lanznaster, Stefania Ligas (S.LIG.), Nicoletta Lisi (NIC.LI.), Francesca Maberino (F.MA.), Paolo Michieli, Maria Montemagno (M.MG.), Naomi Moriano, Emanuele Olcese, 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 (V.V.)

Direttore responsabile: Fabrizio De Ferrari

Sede della Redazione:

De Ferrari Comunicazione S.r.l.,
via D'Annunzio 2 · 16121 Genova
Tel 010 0986820/21/22 · Fax 010 0986823
www.editorialetipografica.com
editorialetipografica@editorialetipografica.com

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

© De Ferrari Comunicazione S.r.l.

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

Indice

Sezione di diritto civile

Sentenze e Ordinanze	
Tribunale di Genova, 30 marzo 2017	3
Tribunale di Savona, 26 gennaio 2017 con nota di Francesca Butera <i>I confini dell'obbligazione naturale nell'ambito della famiglia di fatto</i>	5
Corte d'Appello di Genova, 18 gennaio 2017	14
Massime	17
Documenti	
<i>La Corte di Cassazione e la responsabilità precontrattuale: "looking back, thinking forward"</i> Eugenio Tagliasacchi	23
<i>Accettazione dell'eredità e decorrenza della prescrizione</i> Antonio Fontana	28
<i>Sacer esto. Diritto e processo tra sacro e profano. Appunti su di un concetto chiave dell'Antropologia giuridica</i> Marcello Castiglione	31

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Massime	36
Documenti	
<i>Il processo amministrativo telematico: alcune note per un primo approccio</i> Daniela Anselmi e Andrea Macchiavello	41

Sezione di diritto tributario

Sentenze e Ordinanze	
Commissione Tributaria Regionale di Genova, 15 novembre 2016 con nota di Alessandro Barca <i>Opere di facile rimozione sul demanio marittimo, non assoggettabilità ad Ici/Imu</i>	47
Massime	50
Documenti	
<i>Enti ecclesiastici ed enti di tutela dei diritti civili: una interessante sentenza della Suprema Corte</i> Antonio Lovisolo	55

Sezione di diritto penale

Sentenze e Ordinanze	
Tribunale di Genova, 14 marzo 2016 con nota di Paolo Michieli <i>Il rapporto tra la frode informatica e l'indebito utilizzo di carte di credito o pagamento, sostanziale interpretatio abrogans?</i>	58
Rassegna di giurisprudenza del Tribunale di Imperia	
<i>Misure di prevenzione personali</i> Naomi Moriano	65

Sezione di diritto civile

Sentenze e Ordinanze

Tribunale di Genova, sez. I civ., 30 marzo 2017 - Giudice Unico Braccialini – X c. Prefettura di Genova.

CIRCOLAZIONE stradale – titolo abilitativo alla guida – conseguimento - revoca durata - discrezionalità - requisiti morali - soggetti condannati - disparità di trattamento tra soggetti sprovvisti del titolo abilitativo e soggetti condannati già titolari di patente di guida – decorrenza – questione di legittimità costituzionale – ammissibilità.

(Art. 120 C.d.S.; artt. 3, 16, 25, 27 e 111 Cost.)

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della disposizione dell'art. 120 Codice della Strada, nel testo modificato con l. 94 del 2009, in relazione a quanto disposto dagli artt. 3, 16, 25, 27 e 111 Cost., nella parte in cui: 1) Non consente una valutazione discrezionale della durata dell'inibitoria o revoca del titolo abilitativo alla guida, commisurata alla gravità dei fatti per cui è stata inflitta condanna e delle pene in concreto comminate; 2) Prevede l'applicazione delle limitazioni al rilascio o uso del titolo abilitativo alla guida anche nei confronti dei condannati per l'art. 73 TU 309/90 a cui sia stata applicata la sospensione condizionale della pena, determinando ingiustificata disparità di trattamento rispetto ad ogni altra categoria di condannati con pena sospesa; 3) Prevede diversa decorrenza e durata del divieto di conseguimento della patente, o della durata della revoca, tra condannati per fatti di stupefacenti che richiedano l'ammissione all'esame abilitativo e condannati già titolari di patente di guida; 4) Prevede diversa decorrenza e durata del divieto di conseguimento della patente, o della durata della revoca, tra condannati per fatti di stupefacenti (con pena sospesa) che richiedano l'ammissione all'esame abilitativo, e condannati (con pena sospesa) già titolari di patente di guida.

S.C.

(...Omissis...)

Nuove questioni di costituzionalità. Rilevanza e non manifesta infondatezza.

La rilevanza della questione che di seguito si prospetta d'ufficio è manifesta: in applicazione dell'art. 120 Codice della Strada l'Autorità prefettizia ha proceduto a revoca della patente di guida, di cui il X era titolare, inibendogli in tal modo l'impiego del proprio veicolo fino non prima del febbraio 2018 e dunque impedendogli gli spostamenti con tale mezzo di trasporto per le imprescindibili esigenze di vita, che non possono essere soddisfatte solo mediante la rete dei servizi pubblici: attese anche le concrete condizioni di vita e professionali dell'attore, che di un proprio veicolo ha necessità per gli spostamenti lavorativi e per le esigenze famigliari, come messo in luce nell'istruttoria orale espletata all'udienza del 15.3.2017 attraverso l'esame della convivente del X. Costei ha confermato la necessità dell'impiego di veicolo per spostamenti del nucleo familiare e del titolare della patente per ragioni di lavoro e di salute proprie del X, della convivente stessa (in attesa di un figlio) ed anche della cerchia dei prossimi congiunti, in particolare per le necessità di cura del padre dell'attore, periodicamente sottoposto a dialisi.

Circa la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità, si è appena detto che già il TAR del Friuli Venezia Giulia dubita della compatibilità della nuova normativa con gli artt. 3 e 27 della Carta Costituzionale sia per il rigido meccanismo determinativo della limitazione per la circolazione discendente dalla norma, sia per il contrasto che si determina con l'art. 27 della nostra Legge fondamentale rispetto al percorso di risocializzazione del reo.

Anche questo Tribunale, in composizione collegiale, ha manifestato perplessità in riferimento alla diversa modulazione del trattamento sanzionatorio in sede penale e per le sue ricadute amministrative.

È opinione dello scrivente che tutti i profili di incostituzionalità evidenziati dai predetti giudici remittenti abbiano appropriato fondamento e possano essere fatti propri da questo giudice, che intende solo aggiungere a tali dubbi già palesati – e prospettare alla Corte – ulteriori corollari sui profili di incompatibilità dell'art. 120 in questione con i principi costituzionali messi in luce nei due richiamati provvedimenti dei Tribunali remittenti, muovendo da una duplice premessa.

La prima premessa – cui si accenna nell'ordinanza del Collegio genovese – è che, a dispetto della rubrica, le limitazioni previste nel nuovo testo dell'art. 120 Codice Strada e consistenti, rispettivamente, nel divieto di accedere all'esame abilitativo per il rilascio del titolo di guida (per quanti non muniti di patente) o nella revoca della stessa (se già patentati), non costituiscono “qualità morali” ostative al rilascio o al mantenimento della patente, ma vere e proprie “sanzioni” limitative di una libertà riconosciuta a livello costituzionale e ancorata all'art. 16 della Carta.

Se non fossero ritenuti adeguatamente persuasivi i rilievi del Collegio genovese, sviluppati sulla precisa trama delineata dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo (cd. “Engels' criteria”), allora si deve necessariamente aggiungere un argomento di conferma di tali assunti, che potrebbe assumere la consistenza di una “prova del nove” rispetto all'esatta natura delle limitazioni in esame.

Non si comprende infatti come sia possibile che le qualità morali di un soggetto, condannato per una determinata tipologia di reati, possano improvvisamente riacquistare la loro piena dignità per effetto della riabilitazione penale: l'istituto previsto dal sistema punitivo per la rimozione di tutti gli “effetti penali” delle condanne.

Difficile, se non con artifici verbali non compatibili con il giusto rigore della giurisprudenza CEDU sui criteri identificativi delle “sanzioni”, negare la reale natura afflittiva/sanzionatoria di limitazioni alle patenti di guida, che vengono rimosse (per i “patentandi”) solo ed esclusivamente con gli stessi istituti che riguardano la totale cancellazione degli effetti delle condanne penali. Per questo, non può negarsi che le limitazioni qui in discussione sono esse stesse “effetti penali” delle condanne, inflitte da organi amministrativi in esito a condanne della magistratura penale: delle quali condanne, tali conseguenze afflittive seguono il percorso estintivo/riabilitativo.

Una precisa conferma di tale impostazione pare ravvisabile nella stessa giurisprudenza costituzionale, pur se è vero che

diversi interpreti trovano in quest'ultima – ed in particolare nelle decisioni collegate al venir meno delle cariche pubbliche per determinati reati contro la pubblica amministrazione – un'identità di "ratio" con il meccanismo di inabilitazione/decadenza previsto dall'art. 120 Codice Strada, che renderebbe irrilevante i dubbi sotto palesati.

Per vero, nello stesso compendio interpretativo costituzionale spicca, per la sua pertinenza rispetto al caso qui in esame, la sentenza n. 281 del 2013 in tema di rapporto tra l'articolo in esame e l'applicazione di pena a richiesta. In essa, la Corte adita ha ritenuto l'incostituzionalità dell'applicazione retroattiva della novella intervenuta nel 2009 a fatti delittuosi consumati prima dell'entrata in vigore della riforma dell'art. 120 Cod. Strada sul rilievo che il postulato di certezza e stabilità del quadro normativo, che fa da sfondo alla scelta dell'imputato, precluda che successive modifiche legislative vengano ad alterare *in pejus* effetti salienti dell'accordo suggellato con la sentenza di patteggiamento.

È tuttavia difficile non leggere, in tale pronuncia, il riconoscimento implicito del presupposto di base di ogni argomentazione censoria relativa all'art. 120 Cod. Strada: il fatto cioè che si stia discutendo proprio di "sanzioni" o pene "aggiuntive", più che di "rinunce", che il reo non poteva immaginare che sarebbero state applicate retroattivamente, nel momento stesso in cui andava a negoziare la pena principale con la parte pubblica.

La seconda premessa da cui muovere è la relativa insindacabilità della decisione politica di aggiungere sanzioni di tipo civile alla commissione di determinate tipologie di reati, anch'essa esplicitata nell'ordinanza del Tribunale di Genova.

Da tale angolo visuale, secondo questo remittente, le tesi della parte attrice circa l'automatica obliterazione dell'art. 120 del Codice della Strada per effetto del travagliato iter normativo che ha riguardato le sanzioni in materia di stupefacenti, ricordato nei precedenti paragrafi; ovvero la questione subordinata di legittimità costituzionale perché la norma in discussione non sarebbe stata modificata, dopo la diversificazione del trattamento sanzionatorio in base alle diverse qualità degli stupefacenti, ovvero per la trasformazione dell'illecito attenuato in titolo autonomo di reato, non sembrano avere spazio di accoglimento.

La disposizione introdotta nel 2009 e non più modificata dopo la recente revisione del TU 309 del 1990 continua a sanzionare, ai fini del rilascio o della revoca delle patenti di guida, non solo i fatti delittuosi, più o meno gravi, ma anche il consumo personale di stupefacenti che, non punibile penalmente, rimane però produttivo di conseguenze limitative di una certa consistenza.

Da tale rilievo, discende che è possibile ricostruire una (non illegittima) determinazione del legislatore, anche dopo il 2009, di conservare un'appendice sanzionatoria riguardante i titoli di guida per tutte le situazioni antigiuridiche che comportano la manipolazione degli stupefacenti. Questa appendice sanzionatoria pare insindacabile allo scrivente, salvo che il più incisivo quadro punitivo discendente dall'art. 120 in questione determini esiti irrazionali e non compatibili con il quadro costituzionale delle libertà fondamentali e della parità di trattamento.

Ad integrazione dei profili di incostituzionalità evidenziati dal Giudice amministrativo, ed alla puntuale sottolineatura da parte del Collegio genovese circa l'irragionevole "rigidità" dell'inabilitazione amministrativa rispetto all'evoluzione del precetto penale ed alle concrete statuizioni assunte in sede penale, possono aggiungersi le seguenti considerazioni.

Se – si diceva poc'anzi – non è censurabile la scelta di aggravare il trattamento sanzionatorio per tutti i reati concernenti gli stupefacenti, meno comprensibile è che la disposizione censurata realizzi effetti penalizzanti diversi, come durata applicativa, nei confronti di soggetti condannati per lo stesso titolo di reato, introducendo una significativa diversificazione sanzionatoria a seconda della precedente titolarità o meno del titolo abilitativo, come pure a seconda dei diversi percorsi processuali prescelti.

Non si vede infatti come le qualità morali di un soggetto possano essere modificate da accidenti che non riguardano per nulla la caratura morale del condannato, ma che si atteggiino a variabili del tutto estranee alla condotta dequalificante.

In primo luogo, è percepibile la differenza che riguarda condannati già titolari di abilitazione alla guida e condannati che ancora debbano sostenere l'esame abilitativo. Non si comprende perché i primi possano essere ammessi al nuovo esame di guida per il semplice decorso di un triennio dalla revoca amministrativa (così pare da intendersi l'inciso del terzo comma: "*La persona destinataria del provvedimento di revoca di cui al comma 2 non può conseguire una nuova patente prima che siano trascorsi almeno tre anni*"); mentre i secondi debbano munirsi del provvedimento riabilitativo in sede penale che pertanto, salvo i casi di sospensione condizionale della pena sotto esaminati, sarà decisamente più lungo per questa seconda categoria di condannati i quali, in base al combinato disposto degli artt. 178 e 179 cod. penale, dovranno aggiungere un triennio (uguale alla durata della revoca predetta) all'espiazione della pena principale riportata. In tale prospettiva, si realizza quindi una disparità di trattamento che non ha la minima giustificazione con la tipologia di condanna comminata o con le qualità morali dei condannati: questi ultimi, in una logica punitiva razionale, se condannati per lo stesso fatto/reato, dovrebbero quindi patire le medesime conseguenze sanzionatorie derivanti dall'identico delitto e dal conseguente medesimo discredito morale.

La revoca o inibitoria all'esame di guida, senza modulazione di durata e senza sospensione, realizza poi un autentico *ma-cigno difficilmente valicabile* sul percorso riabilitativo dei condannati per fatti di stupefacenti che abbiano fruito della sospensione condizionale della pena. Più precisamente, si realizza in prima battuta un apprezzabile "vulnus" all'impianto strutturale dell'art. 27 Costituzione, e poi una seconda disparità di trattamento con le altre persone condannate per altre tipologia delittuose che abbiano anch'esse fruito del medesimo istituto penale premiale, prima sospensivo e poi estintivo.

Per un primo aspetto, l'impossibilità di spostamenti con proprio veicolo si pone come ostacolo alla piena e progressiva risocializzazione del soggetto, ritenuto non ulteriormente pericoloso dal giudice penale, realizzando in tal modo l'unica sanzione realmente applicata in presenza di sospensione condizionale della pena (e nemmeno dal giudice penale), con il concreto rischio di pregiudicare le relazioni personali e lavorative che fungono da adeguata "contropinta" rispetto alla progettazione di attività illecite.

Sul secondo versante considerato, esempio paradigmatico dell'irragionevole trattamento sanzionatorio più sfavorevole che viene riservato ai soli condannati per fatti di stupefacenti, cui sia stata sospesa la pena, è dato dal confronto tra l'art. 120 Cod. Strada e la regola dell'art. 166 codice penale, la quale fa divieto di procedere a dichiarazioni di decadenza

di autorizzazioni amministrative per chi fruisca di sospensione condizionale della pena. Si tratta, con tutta evidenza, di una disposizione in tutto coerente con la funzione rieducativa della pena e con il percorso socio riabilitativo delineato dall'art. 163 c.p. per le condanne meno gravi.

Tale percorso, però, per effetto della novella del 2009, non trova applicazione per i soli reati previsti dall'art. 120 Cod. Strada, il che si stenta a comprendere perché: a) è dubbio che le qualità morali di una persona condannata per violazione del TU 309 del 1990 siano più riprovevoli di quelle dei condannati a pene per fatti di maggiore allarme sociale, compresi i delitti contro l'incolumità personale; b) nella misura in cui si è deciso di non far scontare la sanzione principale ai condannati a pene lievi entro il biennio di pena detentiva in concreto comminata, non vi è alcuna differenza in termini di pericolosità sociale tra condannati, articolata per titolo di reato; c) se il legislatore ha previsto la sospensione della pena principale e di quelle accessorie, non si comprende perché debbano sopravvivere i soli effetti penali sfavorevoli relativi alla patente senza che il giudice possa concretamente graduarne – quando non disapplicarne ex art. 166 c.p. – gli altri effetti limitativi.

La disposizione in esame introduce quindi anche una diversificazione degli esiti delle condanne penali tra condannati per fatti di reato collegati al TU 309/1990, cui sia stata applicata la sospensione condizionale della pena, e tutti gli altri condannati con sanzione principale di uguale durata ed ugualmente sospesa. Di tale incongrua distinzione è chiara la portata negativa rispetto al principio-cardine della funzione riabilitativa della pena, nonché la valenza discriminatoria e contrastante con le finalità dell'art. 27 Costituzione, quali rese pratiche e concrete – sul terreno esecutivo – dall'art. 166 c.p.

Da ultimo, contingenze del tutto imprevedibili incidono in concreto sulla materiale durata delle inabilitazioni in esame a seconda della celerità decisionale e del carico di lavoro delle strutture amministrative o dei Tribunali di Sorveglianza coinvolti nella gestione delle sanzioni in esame. Così, di fronte all'apparente "vantaggio" che hanno i condannati con pena sospesa cui sia stata revocata la patente, dato che per essi è previsto un termine triennale di durata della revoca, sta l'incognita dei tempi prefettizi nell'applicazione della revoca stessa. Per contro, all'apparente miglior trattamento riservato ai "patendandi" con pena sospesa, che lucrano l'effetto estintivo dopo un triennio dal giudicato e da tale momento possono avanzare istanza di riabilitazione al Tribunale di Sorveglianza, sta l'incognita dei tempi decisionali di questi ultimi, prima di ottenere la completa rimozione degli effetti penali.

È quindi facilmente immaginabile la situazione di un "patentato" e di un "patentando" che, condannati per la medesima vicenda delittuosa ad identica pena per violazione del T.U. Stupefacenti e ritenuti entrambi meritevoli della sospensione condizionale, vedano nei fatti diversamente commisurata l'inabilitazione discendente dall'art. 120 Cod. Strada per le casualità applicative appena evidenziate: le quali non riflettono minimamente un diverso disvalore delle condotte apprezzate dal giudice penale e tanto meno una diversa qualificazione morale dei condannati.

Conclusivamente, stanti i profili di contrarietà alle disposizioni costituzionali evidenziate dalle due richiamate ordinanze di rimessione ante citate e gli ulteriori spunti censori evidenziati con il presente provvedimento, vengono di seguito adottate le statuizioni richieste dall'art. 23 L. 53 del 1957 e

dalla Delibera 16.3.1956 per la sospensione del procedimento in epigrafe e la rimessione degli atti alla Corte Costituzionale per il vaglio di conformità dell'art. 120 Codice della Strada ai precetti costituzionali sopra evidenziati, con le modalità di cui al dispositivo.

P.Q.M.

Ritenuta rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale (proposta in via incidentale) della disposizione dell'art. 120 Codice della Strada, nel testo modificato con l. 94 del 2009, nella parte in cui:

Non consente una valutazione discrezionale della durata dell'inibitoria o revoca del titolo abilitativo alla guida, commisurata alla gravità dei fatti per cui è stata inflitta condanna e delle pene in concreto comminate;

Prevede l'applicazione delle limitazioni al rilascio o uso del titolo abilitativo alla guida anche nei confronti dei condannati per l'art. 73 TU 309/90 a cui sia stata applicata la sospensione condizionale della pena, determinando ingiustificata disparità di trattamento rispetto ad ogni altra categoria di condannati con pena sospesa;

Prevede diversa decorrenza e durata del divieto di conseguimento della patente, o della durata della revoca, tra condannati per fatti di stupefacenti che richiedano l'ammissione all'esame abilitativo e condannati già titolari di patente di guida;

Prevede diversa decorrenza e durata del divieto di conseguimento della patente, o della durata della revoca, tra condannati per fatti di stupefacenti (con pena sospesa) che richiedano l'ammissione all'esame abilitativo, e condannati (con pena sospesa) già titolari di patente di guida;

Dispone, conseguentemente:

la sospensione del presente procedimento fino alla pronuncia della Corte Costituzionale (...*Omissis*...)

Tribunale di Savona, 26 gennaio 2017 - Giudice Unico Princiotta.

FAMIGLIA – famiglia di fatto – regime patrimoniale – cessazione della convivenza – prestazioni tra conviventi – obbligazioni naturali – arricchimento senza causa – giusta causa del trasferimento – soluti retentio – criteri.

Le prestazioni eseguite da un convivente nei confronti dell'altro sono rese affectionis vel benevolentiae causa e, qualora spontaneamente adempiute, non sono ripetibili purché si mantengano entro confini di proporzionalità ed adeguatezza, requisiti da valutare alla luce delle condizioni sociali e patrimoniali di ciascuna parte. (1)

All'interno della convivenza more uxorio, fuoriesce dall'ambito dell'obbligazione naturale la prestazione che, a fronte dell'impovertimento di un partner, abbia comportato una locupletazione di cui si sia avvantaggiato in via unilaterale ed esclusiva l'altro. (2)

(...*Omissis*...)

Ragioni di fatto ed di diritto della decisione.

I - In relazione alla peculiarità della questione trattata, è opportuno richiamare per sommi capi l'oggetto del giudizio, che riguarda l'azione di arricchimento senza causa avanzata dall'attrice nei confronti del convenuto in ragione dell'intervenuta cessazione della lunga convivenza tra loro intercorsa.

L'attrice, trasferitasi in Italia in seguito alla costituzione, con il signor G, di una famiglia di fatto all'interno della quale sono nati due figli abbandonato ogni ambizione professionale e cambiato radicalmente vita, dedicandosi esclusivamente, a partire dai primi anni '90, al nuovo nucleo familiare. La signora N., infatti, laureata in Psicologia e specializzata in Psicopatologia, prima di lasciare Parigi (ove viveva stabilmente) ha sempre lavorato, ricoprendo, da ultimo e coerentemente con gli studi svolti, il ruolo di educatrice presso un istituto medico pedagogico e, dal 1982 al 1991, quello di insegnante di corsi per adulti, occupazione, quest'ultima, interrotta dopo aver scoperto di essere incinta della primogenita.

Trasferitasi prima a Peau con il compagno, poi, con la famiglia al completo (era nato, nel frattempo, anche il secondo figlio) nel 1998 a Savona (in un appartamento di proprietà del convenuto), l'attrice si è ritrovata nell'impossibilità di proseguire la sua carriera ed, eccezion fatta per una breve collaborazione con la Oxford School, si è occupata esclusivamente dello svolgimento delle mansioni casalinghe e della cura dei figli, mentre il signor G. provvedeva al sostentamento economico del nucleo familiare con i proventi del suo impiego.

Nel 2009, cessata la convivenza, la signora N., priva di un'occupazione, ha iniziato a percepire (quale unica entrata) un assegno pari ad € 1.000,00 che il convenuto aveva deciso di versarle mensilmente per il mantenimento dei due figli; tuttavia, in seguito, anche tale unica voce attiva è venuta a mancare, stante la rideterminazione giudiziale di quanto dovuto dal signor G., liquidato in due quote di € 500,00 mensili, da versare direttamente a ciascun figlio della coppia. La domanda dell'odierna attrice è volta all'ottenimento, da parte del convenuto, di un "equo indennizzo, ai sensi dell'art. 2041 c.c., proporzionato all'incremento patrimoniale di cui, grazie al di lei contributo, lo stesso ha potuto godere e al depauperamento da lei subito".

Rispetto a tale *petitum*, l'impoverimento subito dalla signora N. viene identificato, da un lato, nel lucro cessante conseguito al trasferimento da Parigi, dall'altro, nello svolgimento, lungo tutti gli anni in cui la convivenza *more uxorio* si è protratta, di ogni attività funzionale alla cura e gestione della casa e del nucleo familiare; mentre l'arricchimento viene fatto corrispondere alle somme accantonate e risparmiate dal signor G., che ha potuto liberamente concentrarsi sull'avanzamento della propria carriera senza doversi occupare e preoccupare delle faccende domestiche, per lo svolgimento delle quali, a detta dell'attrice, in mancanza del contributo da lei offerto, egli avrebbe dovuto presumibilmente retribuire persone esterne al nucleo familiare.

II - La domanda non è fondata.

Va considerato invero, che l'art. 2041 c.c., nello stabilire che "chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona, è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, ad indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale", disciplina un rimedio di chiusura del sistema dell'indebito, di carattere al contempo generale, potendo essere applicato ad una serie indeterminata di fattispecie, e residuale, rilevano esclusivamente quando non esperibili altri strumenti approntati dall'ordinamento con riferimento alle obbligazioni restitutorie.

Poiché un trasferimento di ricchezza dia causa all'azione di arricchimento senza causa occorre innanzitutto che, come conseguenza di un unico fatto, tra due soggetti si siano prodotti, rispettivamente, un arricchimento ed un impoverimento, tra loro direttamente e biunivocamente corrispon-

denti (cfr. Cass. 04 settembre 2013, n. 20226: "L'azione generale di arricchimento, di cui all'art. 2041 c.c., presuppone che l'arricchimento di un soggetto e la diminuzione patrimoniale a carico di altro soggetto siano provocati da un unico fatto costitutivo e siano entrambi mancanti di causa giustificatrice").

Ratio della disciplina degli artt. 2041 e 2042 c.c., comune a tutte le obbligazioni restitutorie, è il principio secondo il quale uno spostamento di ricchezza merita stabilità solo quando è sorretto da giusta causa e, quindi, è volto alla realizzazione di un interesse meritevole di tutela: in tutti i casi in cui esso si rivela essere stato posto in essere *contra ius*, deve essere seguito da un altro spostamento, uguale e contrario, atto a ricostituire lo *status quo* antecedente al trasferimento da cui è derivato lo squilibrio (cfr. Cass. 28 gennaio 2013, n. 1889: "La azione generale di arricchimento ha come presupposto che la locupletazione di un soggetto a danno dell'altro sia avvenuta senza giusta causa, per cui, quando questa sia invece la conseguenza di un contratto o comunque di un altro rapporto, non può dirsi che la causa manchi o sia ingiusta, almeno fino a quando il contratto o l'altro rapporto conservino la propria efficacia obbligatoria"; Cass. 15 maggio 2009, n. 11330: "Invero l'arricchimento-depauperamento deve avere una giustificazione giuridicamente valida ("secundum ius") intendendosi per tale un titolo legale o negoziale idoneo a sorreggere sia l'incremento sia la connessa diminuzione patrimoniale. Al contrario l'arricchimento risulta senza una giusta causa, quando non ha tale giustificazione e, cioè, quando è correlato a un impoverimento non remunerato, né conseguente a un atto di liberalità e neppure all'adempimento di una obbligazione naturale. Ciò in quanto l'ordinamento esige che ogni arricchimento dipenda dalla realizzazione di un interesse meritevole di tutela."; Cass. 16 marzo 2005 n. 5689: "L'azione generale di arricchimento ha come presupposto che la locupletazione di un soggetto a danno dell'altro sia avvenuta senza giusta causa, sicché, qualora essa sia invece conseguenza di un contratto o di altro rapporto, non è legittimo invocare la mancanza o l'ingiustizia della causa, almeno fino a quando il contratto o il rapporto conservino la propria efficacia obbligatoria").

Tra le cause che rendono uno spostamento di ricchezza meritevole di essere sanzionato con la stabilità, vi è l'adempimento di un'obbligazione naturale, intesa come il trasferimento economico o lo svolgimento di una prestazione di fare all'interno di un contesto solidaristico dal quale discendono doveri morali o sociali, ex art. 2034 c.c.

Con riferimento alla famiglia di fatto, non sussistendo l'obbligo legale di mantenimento reciproco imposto alle coppie unite da vincolo matrimoniale, le prestazioni eseguite da un convivente nei confronti dell'altro sono rese *affectionis vel benevolentiae causa* e, qualora spontaneamente adempiute, non sono ripetibili purché si mantengano entro confini di proporzionalità ed adeguatezza, requisiti da valutare alla luce delle condizioni sociali e patrimoniali di ciascuna parte (cfr. Cass. 22 gennaio 2014, n. 1277: "non può omettersi di considerare come le unioni di fatto, nelle quali alla presenza di significative analogie con la famiglia formatasi nell'ambito di un legame matrimoniale si associa l'assenza di una completa e specifica regolamentazione giuridica, cui solo l'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale ovvero una legislazione frammentaria talora sopperiscono, costituiscono il terreno fecondo sul quale possono germogliare e svilupparsi quei doveri dettati dalla morale sociale, dalla cui inosservanza discende un giudizio di riprovazione ed al cui spontaneo adempimento consegue l'effetto della "soluti retentio", così come previsto dall'art. 2034 c.c. (...) Il discrimine fra l'adempimento dei doveri sociali e morali, quale può individuarsi in qualsiasi contributo fra conviventi, destinato al "menage" quotidiano ovvero espressione, come nella specie, della solidarietà fra persone unite da un legame intenso e duraturo, e l'atto

di liberalità va individuato, oltre che nella spontaneità, soprattutto nel rapporto di proporzionalità fra i mezzi di cui l'adempiente dispone e l'interesse da soddisfare. Tale requisito, unanimemente riconosciuto dalla dottrina in relazione alle cc.dd. obbligazioni naturali in generale, è stato ribadito da questa Corte proprio con riferimento all'adempimento di doveri morali e sociali nella convivenza *more uxorio*"; Cass. 13 marzo 2003 n. 3713: "Un'attribuzione patrimoniale a favore del convivente *"more uxorio"* configura l'adempimento di un'obbligazione naturale a condizione che la prestazione risulti adeguata alle circostanze e proporzionata all'entità del patrimonio e alle condizioni sociali del solvens. (Fattispecie nella quale i giudici di merito, con accertamento di fatto ritenuto dalla cassazione incensurabile in sede di legittimità, hanno escluso il rapporto di proporzionalità tra l'opera edificatoria realizzata, a propria cura e spese, con l'arricchimento esclusivo di uno solo dei componenti la famiglia di fatto, e l'adempimento dei doveri morali e sociali da parte del convivente *"more uxorio"*)".

Orbene, all'interno della convivenza *more uxorio*, detto limite di proporzionalità ed adeguatezza si declina nell'individuazione del nucleo familiare complessivamente inteso quale esclusivo beneficiario della prestazione, il cui adempimento non deve tradursi in profitto esclusivo del partner.

Nel caso di specie non si riscontra una simile locupletazione a beneficio esclusivo della sfera patrimoniale del signor G. ed in pregiudizio della signora N..

In primo luogo, con riferimento al lucro cessante lamentato dall'attrice, deve osservarsi come il convivente non possa – su alcuna base – essere considerato responsabile della scelta autonoma del partner, il quale, al fine della costituzione o del rafforzamento del nucleo familiare, si trasferisca dal luogo di origine, abbandonando l'occupazione precedentemente svolta e conseguentemente subendo un pregiudizio economico rappresentato dalla cessazione del profitto da lavoro (cfr. Cass. 22 gennaio 2014, n. 1277, che evidenzia come in caso di dimissioni di una convivente, qualora esse non risultino in qualche modo suggerite o determinate dall'altro, ma costituiscano il frutto di un'autonoma scelta della prima, "che avrebbe inteso anteporre l'amore alla carriera", "eventuali pregiudizi di natura economica non sarebbero imputabili, neppure sul piano etico, all'uomo. Si attribuisce in tal modo alla nozione di obbligazione naturale fra conviventi una valenza marcatamente indennitaria che, soprattutto quando le dazioni siano avvenute, come nella specie, non alla fine del rapporto, ma nel corso di esso, non le appartiene, in quanto l'assistenza materiale fra conviventi, nel rispetto – come si dirà – dei principi di proporzionalità e adeguatezza – può affermarsi indipendentemente dalle ragioni che abbiano indotto l'uno o l'altro in una situazione di precarietà sul piano economico"). Non vi è peraltro dubbio circa l'autonomia, da parte della signora N., della decisione di seguire il signor G. nei diversi trasferimenti che si sono susseguiti dopo la scoperta della prima gravidanza, definita espressamente negli atti di parte attrice come "una scelta di vita".

In secondo luogo, l'attività di casalinga svolta dalla signora N. lungo tutto il corso della convivenza è stata, con tutta evidenza, svolta a beneficio e vantaggio del nucleo familiare e va per questo ricompresa nell'alveo delle obbligazioni naturali ex art. 2034 c.c., non essendo riscontrabile quel superamento dei limiti di proporzionalità ed adeguatezza tale da giustificare una ripetizione per equivalente, anche in considerazione del fatto che, a fronte dell'impegno casalingo della compagna, il signor G. ha provveduto a mantenere la famiglia con i proventi del suo lavoro.

Non si esclude che, in generale, all'interno della famiglia di fatto l'istituto dell'arricchimento senza causa possa soccorrere nel ri-

conoscere tutela all'ex convivente la cui sfera patrimoniale, nel corso (e a causa) del rapporto, abbia subito un nocumento; rimanendo tuttavia fermo il discrimine tra obbligazione naturale ed arricchimento ingiustificato, quest'ultimo sussiste esclusivamente in presenza di un trasferimento che, a fronte dell'impoverimento di un partner, abbia comportato una locupletazione di cui si sia avvantaggiato in via unilaterale ed esclusiva l'altro (cfr. Cass. 15 maggio 2009 n. 11330: "La nozione di arricchimento, di cui all'art. 2041 c.c., va intesa – indifferentemente – sia in senso qualitativo che in senso quantitativo e può consistere tanto in un incremento patrimoniale, quanto in un risparmio di spesa e, più in generale, in una mancata perdita economica. Correlativamente il depauperamento può consistere tanto in erogazioni di una entità pecuniaria, quanto in attività o prestazioni di cui si avvantaggi l'arricchito. Poiché – ancora – l'indennizzo previsto dall'art. 2041 c.c. è finalizzato a reintegrare il patrimonio del depauperato, esso va commisurato all'arricchimento, riconoscendo, in via sostitutiva, al depauperato, un "quid" monetario "nei limiti" dello stesso arricchimento (perché, altrimenti, si verificherebbe un arricchimento nel senso inverso). (Nella specie nel corso di una lunghissima convivenza "more uxorio" "uno dei partners aveva dato un rilevante contributo economico lavorativo all'altro, che nel corso di detto periodo aveva acquistato alcuni immobili: in applicazione del principio di cui sopra la Suprema Corte ha ritenuto corretta la conclusione raggiunta dai giudici di merito che avevano quantificato l'indennizzo – per l'incremento patrimoniale e/o il risparmio di spese, conseguito dal convivente locupletato – in misura corrispondente al valore del 50% degli immobili acquistati da quest'ultimo)"; Cass. 13 marzo 2003 n. 3713: "Le prestazioni patrimoniali di uno dei conviventi *"more uxorio"* non possono inquadarsi nello schema dell'obbligazione naturale se hanno come effetto esclusivo l'arricchimento del partner e non sussiste un rapporto di proporzionalità tra le somme sborsate e i doveri morali e sociali assunti reciprocamente dai conviventi. (Nella specie al convivente *"more uxorio"* che aveva realizzato un immobile, a proprie spese e con la propria manodopera, sul fondo appartenente al partner è stato riconosciuto il diritto all'indennizzo)"; cfr. anche Trib. Pisa 08 febbraio 2016, in Banca Dati Giuffrè che ha respinto l'azione di arricchimento senza causa proposta dall'attore al fine della restituzione delle somme da lui impiegate per la ristrutturazione dell'immobile, di proprietà dell'ex compagna, nel quale essi avevano stabilito la famiglia di fatto, considerando come "gli interventi dell'attore a sostegno delle ristrutturazioni e dell'arredamento della casa, oltre che per l'acquisto di altri beni di consumo, si inseris[sero] giusto in quel contesto di solidarietà che connota l'unione di due persone, sulla sola base del rapporto di convivenza instaurato ed a prescindere quindi dal matrimonio", sul fondamento della già accennata premessa secondo la quale "è (...) possibile, secondo il consolidato orientamento della Suprema Corte, configurare l'ingiustizia dell'arricchimento da parte di un convivente *"more uxorio"* nei confronti dell'altro solo in presenza di prestazioni a vantaggio del primo esulanti dal mero adempimento delle obbligazioni nascenti dal rapporto di convivenza – il cui contenuto va parametrato sulle condizioni sociali e patrimoniali dei componenti della famiglia di fatto – e travalicanti i limiti di proporzionalità e di adeguatezza").

Tale conclusione risulta confermata, a fortiori, anche guardando all'ipotesi della prestazione – non già meramente casalinga, ma – precipuamente lavorativa svolta dal convivente nell'attività del compagno: anche in questo caso le prestazioni svolte, che in generale devono ritenersi riconducibili all'ambito dell'obbligazione naturale, esulano dai confini di tale figura solo qualora dei profitti da essa derivanti si avvantaggi il solo partner titolare dell'attività (cfr. Cass. 25 gennaio 2016 n. 1266: "Nelle unioni di fatto le attribuzioni patrimoniali

e le prestazioni lavorative in favore del convivente “*more uxorio*”, effettuate nel corso del rapporto, configurano l’adempimento di un’obbligazione naturale ex art. 2034 c.c. solo a condizione che siano rispettati i principi di proporzionalità e di adeguatezza. Nel caso in cui le prestazioni, al contrario, esulino dai doveri di carattere morale e civile di mutua assistenza e collaborazione, fanno sorgere il diritto alla corresponsione di un indennizzo, sub specie di arricchimento senza causa (nel caso di specie un contributo lavorativo continuativo nell’azienda del convivente con arricchimento esclusivo di quest’ultimo”).

Ciò in analogia con la disciplina dell’impresa familiare ex art. 230 bis c.c. (già ritenuta, dalla giurisprudenza prevalente, applicabile in via analogica alla famiglia di fatto e, recentemente, ad essa estesa ex lege, con l’introduzione del nuovo art. 230 ter c.c. ad opera della L. 20 maggio 2016, n. 76, c.d. Legge Cirinnà) che presuppone la gratuità della prestazione svolta da un familiare, qualora essa si mantenga entro i limiti di cui alla norma, ossia sia svolta a beneficio del nucleo familiare, individuandosi, tra gli indici spie del *discrimen* tra la prestazione svolta *affectionis vel benevolentiae causa* e l’attività di lavoro subordinato il fatto che l’attività eseguita esuli dal contesto familiare (cfr. Cass. 14 giugno 1990, n. 5803: “La presenza di una comunanza di vita e di interessi fra conviventi (cosiddetta famiglia di fatto), una volta accertata, rende operante - nei limiti che derivano dall’operatività dell’art. 230-bis c.c. - la presunzione di gratuità delle prestazioni lavorative rese da una parte in favore dell’altra, con la conseguenza che grava su colui che assume la riconducibilità di tali prestazioni allo svolgimento di un rapporto di lavoro subordinato l’onere di vincere siffatta presunzione, dimostrando la loro estraneità allo stretto ambito familiare e l’attinenza all’esercizio di un’impresa”; Cass. 13 dicembre 1986 n. 7486: “Al fine di stabilire se le prestazioni lavorative, svolte nell’ambito di una convivenza “*more uxorio*”, diano luogo ad un rapporto di lavoro subordinato oppure siano riconducibili ad una diversa relazione, dalla quale esuli il requisito della subordinazione, il giudice - specie nella considerazione del ridimensionamento della presunzione di gratuità delle prestazioni rese anche nell’ambito della famiglia legittima a seguito dell’entrata in vigore dell’art. 230 bis c.c. (sub art. 89 legge 19 maggio 1975 n. 151) - può escludere l’esistenza del rapporto di lavoro subordinato solo in presenza della dimostrazione rigorosa di una comunanza di vita e di interessi tra i conviventi (famiglia di fatto), che non si esaurisca in un rapporto meramente spirituale, affettivo e sessuale, ma, analogamente al rapporto coniugale, dia luogo anche alla partecipazione, effettiva ed equa, della convivente “*more uxorio*” alle risorse della famiglia di fatto”).

Da ultimo, la domanda va respinta anche con riguardo ai risparmi di € 30.000,00, la cui gestione sarebbe stata affidata dalla signora N. al signor G., non risultando agli atti alcuna prova degli investimenti infruttuosi da quest’ultimo asseritamente posti in essere.

III - Sussistono gravi ed eccezionali ragioni per compensare integralmente le spese processuali in relazione alla condotta tenuta dal convenuto, certamente non improntata al rispetto dei doveri di solidarietà previsti dall’art. 2 della Costituzione.

Quest’ultimo, invero, dopo venti anni di stabile convivenza e la nascita di due figli, anche educati dall’attrice che era da lui economicamente dipendente, l’ha lasciata priva di entrate ed ha manifestato anche l’intenzione di vendere l’appartamento di Savona (attualmente occupato dall’ex compagna) per comprarne uno a Genova, da intestare e destinare esclusivamente ai due figli (cfr. memoria ex art. 183 c. 6 c.p.c. n. 2), noncurante del fatto che tale immobile costituisca l’

abitazione della sua ex compagna che è priva di attività lavorativa e non in condizione di trovarne alcuna in ragione anche delle condizioni personali e dei gravi problemi di salute.

P.Q.M.

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

Respinge la domanda avanzata dalla signora N.

(...*Omissis*...)

(1-2) I confini dell’obbligazione naturale nell’ambito della famiglia di fatto.

1. Il caso. – 2. La famiglia di fatto: nozione e caratteristiche. – 3. Cessazione della convivenza: il problema dei rapporti patrimoniali. – 4. La Legge Cirinnà. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Il caso.

Una donna francese si rivolgeva al Tribunale di Savona chiedendo che l’uomo con il quale aveva convissuto per quasi venti anni venisse condannato, ex art. 2041 c.c., alla restituzione della somma di cui riteneva si fosse indebitamente arricchito grazie al contributo materiale da lei apportato nel corso della relazione.

Interrotta una promettente carriera da psicologa per occuparsi in via esclusiva, sin dall’inizio della convivenza, della cura della casa e dei figli avuti con il compagno, la donna, per il bene della famiglia (di fatto), si era trasferita in Italia. Cessata la relazione e sciolto il nucleo familiare, si era ritrovata improvvisamente priva di mezzi di sostentamento, nell’impossibilità di riprendere l’abbandonato percorso professionale e – soprattutto – senza strumenti per ottenere un riconoscimento dell’attività svolta all’interno della relazione *more uxorio*.

Il Tribunale di Savona, sulla scorta della giurisprudenza consolidata in materia, ha tuttavia rigettato la domanda, ritenendo che nel caso di specie non sussistessero gli estremi per la concessione del rimedio previsto dall’art. 2041 c.c.: il contributo domestico dell’attrice, infatti, nell’arco della convivenza non è mai fuoriuscito dall’ambito dell’obbligazione naturale. In primo luogo, il Tribunale savonese ha rilevato come a beneficiarsi delle prestazioni “domestiche” della donna sia sempre stato il nucleo familiare globalmente inteso, e mai l’ex convivente in via esclusiva: tali attività, rappresentate dalla pulizia della casa e dalla cura dei figli e del loro sviluppo personale ed educativo, non si sono mai risolte in un vantaggio personale per il compagno.

In secondo luogo, il contributo dell’attrice si è sempre mantenuto entro i confini di proporzionalità ed adeguatezza, il cui rispetto, come si vedrà, è requisito imprescindibile per la *soluti retentio* nell’ambito dei rapporti di convivenza: il giudice, per giungere a questa conclusione, ha dato rilievo alla situazione globale della famiglia di fatto, nell’ambito della quale non si è potuto fare a meno di tenere conto del contributo apportato dal compagno che, con il suo reddito, si è occupato della famiglia dal punto di vista economico.

La frequenza con cui fattispecie analoghe al caso di specie si ripropongono, con il sotteso difficoltoso intrecciarsi di diversi istituti – famiglia di fatto, obbligazioni naturali, arricchimento senza causa –, ha indotto sia la giurisprudenza, sia la dottrina a mettere a fuoco i confini tra la prestazione che, resa dal convivente, può rientrare nel paradigma dell’obbligazione naturale e quella che invece, pur essendosi parimenti svolta nell’ambito di una famiglia di fatto, va collocata al di fuori

dei doveri morali o sociali gravanti sul *partner* ed, in quanto tale, è meritevole di essere ripetuta.

La cornice in cui si inserisce la vicenda oggetto della pronuncia in commento è quella del più ampio e pervasivo dilemma su “*come tutelare la famiglia di fatto?*” (1).

Basterà certamente in questa sede ricordare come, analogamente alla cessazione del vincolo matrimoniale, anche in seguito allo scioglimento della convivenza *more uxorio* si possono produrre conseguenze significative sulla situazione patrimoniale dei due (ormai ex) *partner*, con effetti talvolta largamente pregiudizievoli per uno di essi, ma come, purtuttavia, l’ordinamento si sia sempre mostrato pressoché indifferente (perlomeno fino all’emanazione della nota legge n. 76 del 2016(2)) di fronte a posizioni che pur sarebbero meritevoli di protezione.

Tale *vulnus* ha portato all’instaurazione di un nutrito numero di controversie, in cui la disciplina dell’arricchimento senza causa è parsa il solo aggancio per evitare che il contributo apportato al *ménage*, ormai giunto al capolinea, dall’ex convivente più svantaggiato ricadesse nell’alveo del *non-diritto*.

2. La famiglia di fatto: nozione e caratteristiche.

Premesso il contenuto della pronuncia *de qua*, vale innanzitutto la pena di individuare, senza pretesa di esaustività, i criteri alla luce dei quali una determinata formazione sociale può essere inquadrata come “famiglia di fatto” o “convivenza *more uxorio*”, essendo la circoscrizione di detto fenomeno richiesta “*ancor prima che [dal] giurista, [dalla] coscienza sociale*” (3).

Una precisa demarcazione dei limiti entro cui si è legittimati a ragionare di convivenza *more uxorio* costituisce infatti operazione imprescindibile al fine di attribuire – o non attribuire – rilevanza giuridica ad un dato rapporto interpersonale, non essendo più attuale quella posizione(4) che, dal rifiuto di una coppia di suggellare la propria unione con il matrimonio, deduceva in maniera *tranchant* la categorica scelta di mantenersi al di fuori delle maglie del diritto(5). Non può del resto ignorarsi che la famiglia di fatto, pur difficilmente incastonabile nella sfera di protezione accordata dall’art. 29 Cost. all’omologo nucleo fondato sul matrimonio, costituisca una di quelle formazioni sociali nell’ambito delle quali si svolge la personalità dell’uomo: da ciò discende che a tale relazione debba essere riconosciuta – a tacer d’altro, e perlomeno, – la rilevanza generalmente assicurata dalla nostra Carta fondamentale, all’art. 2, alle formazioni sociali entro le quali l’individuo persegue la propria realizzazione personale(6).

È stato autorevolmente rilevato che, al di fuori delle unioni fondate sul vincolo matrimoniale, possa parlarsi di “famiglia” solamente qualora un dato rapporto sia caratterizzato, per un verso, da un requisito soggettivo, rappresentato dal fondamento dell’unione sulla stabilità degli affetti, ossia dal coinvolgimento di ciascun membro della coppia nelle vicende che interessano il *partner*, e, per altro verso, da un requisito oggettivo, riscontrabile nella costanza della convivenza(7).

La locuzione “*famiglia di fatto*”, via via sempre più utilizzata in luogo della più risalente espressione “*convivenza more uxorio*” e dell’ormai decisamente obsoleto (anche a causa dell’abrogato reato che riporta alla memoria) “*concubinato*” (8), ha infatti una portata concettuale molto ampia, compendiando sia lo svolgersi, tra due individui, di una convivenza del tutto analoga a quella matrimoniale, sia – soprattutto – lo spirito di solidarietà che lega i *partner*, uniti per la valorizzazione delle rispettive aspirazioni ed attitudini in una comunanza di valori(9).

Anche la giurisprudenza ha precisato che la famiglia di fatto non può riduttivamente essere intesa quale mera situazione di convivenza simile al coniugio, dovendosi anche riscontrare l’esistenza di un nucleo domestico stabile e costante, all’interno del quale siano avvertiti forti valori di solidarietà e, quindi, una comunanza di vita non solamente sessuale e di condivisione della medesima abitazione, ma altresì apprezzabile sotto il profilo patrimoniale e dell’arricchimento personale e spirituale di ciascun membro, compreso l’aspetto educativo e di sviluppo dei figli, ove presenti(10).

Non può poi tacersi di come anche la recente *Legge Cirinnà*, recependo le indicazioni di dottrina e giurisprudenza, all’art. 1, c. 36, abbia definito i conviventi di fatto come “due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un’unione civile”.

Ecco allora che dalla semplice definizione della famiglia di fatto emerge come i diritti e i doveri facenti capo ai due *partner* si conformino in maniera del tutto peculiare rispetto a quanto avviene in caso di unione fondata sul matrimonio: in questa seconda ipotesi, infatti, tale complesso di situazioni soggettive accede e si affianca ad un vincolo già di per sé giuridicamente rilevante, mentre nella convivenza costituisce la stessa ragion d’essere della relazione, che rimane stabile e può protrarsi nel tempo proprio in forza dell’assunzione e dell’esecuzione spontanea di determinati obblighi, la cui violazione comporta la cessazione della famiglia di fatto(11).

3. Cessazione della convivenza: il problema dei rapporti patrimoniali.

Le attività svolte dai *partner* all’interno del nucleo familiare, siano prestazioni di fare o di dare, rientrano, di norma, nello schema delle obbligazioni naturali(12) di cui all’art. 2034 c.c., che esclude la ripetizione di quanto reso spontaneamente nell’esecuzione di doveri morali o sociali(13).

Il legislatore del 1942, nel descrivere l’obbligazione meritevole di *soluti retentio*, ha optato per l’utilizzo di una clausola generale(14) il cui contenuto, inevitabilmente, è stato definito nel tempo da dottrina e giurisprudenza. Con riferimento alla famiglia di fatto, superato un iniziale frangente nel quale appariva condivisa, sia in letteratura sia in giurisprudenza, l’intenzione – coerente con il diffuso sfavore nei confronti dell’allora “*concubinato*” – di negare addirittura che tra conviventi potessero configurarsi reciproci doveri di carattere patrimoniale di rilevanza giuridica(15), la sussumibilità delle prestazioni dei conviventi nel contesto delle obbligazioni *ex art. 2034 c.c.* si ritiene ormai pacifica(16).

La precisa delimitazione dei confini dell’obbligazione naturale è operazione centrale per la determinazione delle conseguenze della rottura del *ménage*, costituendo, come visto, elemento caratterizzante della formazione e della cessazione della relazione stessa, ed è l’argomento su cui la pronuncia del Tribunale di Savona si è focalizzata.

Vi è infatti una stretta consequenzialità logica tra la ripetibilità di determinate prestazioni svolte da un *partner* a favore dell’altro ed il riconoscimento di una (seppur minima) tutela per il convivente che, alla cessazione del rapporto affettivo e di coabitazione, versa nella condizione economica deteriore. A tale soggetto, che non potrebbe giovare degli effetti degli istituti approntati dall’ordinamento a regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra coniugi(17), non resta infatti che negare la natura di obbligazione naturale delle prestazioni

rese, nel tentativo di percorrere la strada dell'azione di arricchimento senza causa contro l'ex convivente.

Tale via, infatti, in considerazione della posizione restrittiva di dottrina e giurisprudenza circa l'applicabilità *sic et simpliciter* degli istituti previsti per la famiglia fondata sul matrimonio anche a quella di fatto(18), si presenta come primaria soluzione normativa in grado di offrire una qualche forma di ristoro al convivente (più spesso *la* convivente) debole(19).

Inizialmente la giurisprudenza si era mostrata restia a fare applicazione dell'*actio de in rem verso* per dirimere i rapporti tra ex conviventi, soprattutto in caso di prestazioni lavorative rese nell'ambito dell'attività del partner: le prime pronunce, valorizzando la volontarietà della dazione quale fattore di esclusione della ripetibilità dell'utile conseguito(20), concludevano con l'affermazione del principio secondo il quale "l'arricchimento senza causa non sussiste se lo squilibrio economico, a favore di una parte e in pregiudizio dell'altra, sia voluto dagli interessati"(21).

Questo iniziale orientamento si è però scontrato con accese critiche da parte della dottrina più riflessiva sulla famiglia di fatto(22), che ha sottolineato come la preoccupazione dei giudici di evitare il dilagarsi del rimedio dell'arricchimento senza causa ad una serie potenzialmente infinita di prestazioni di *facere* non legittimasse ad ammettere, seppur tacitamente, un'equivalenza tra la volontà di prestare e la volontà di impoverirsi.

Si è, infatti, osservato come la volontà di arricchire l'altro a detrimento del proprio patrimonio non sempre sia sussistente *ex se*, per il solo fatto di aver eseguito spontaneamente una prestazione a favore dell'altro convivente, sia essa una collaborazione lavorativa o – come nel caso che qui ci occupa – casalinga.

Il principio-cardine espresso dall'art. 2041 c.c., in virtù del quale qualsiasi *utiliter versum* che non sia sorretto da giusta causa richiede un identico trasferimento nella direzione opposta, nelle ipotesi in cui viene impiegato con riferimento alla dissolta famiglia di fatto deve infatti essere declinato coerentemente con le peculiarità che caratterizzano tale formazione sociale(23). In particolare, non può ignorarsi l'aspettativa(24), che si ingenera nel convivente che pone in essere un'attività in favore dell'altro, di ricevere un corrispettivo, talvolta costituito da una contropartita economica (come nel caso della prestazione lavorativa), talaltra rappresentato dall'adempimento, da parte del *partner*, dei doveri morali e sociali propri del rapporto di convivenza su di esso incombenti. Da tale presupposto la dottrina ha concluso che, nel contesto della famiglia di fatto, la prestazione resa da uno dei componenti della coppia potrà dirsi sorretta da giusta causa, e sarà quindi assistita dalla *soluti retentio*, solo a condizione di reciprocità con l'altrui rispetto dei suoi obblighi di contribuzione al *ménage* familiare.

Negli ultimi decenni anche la giurisprudenza è ritornata sui suoi passi, smussando gli angoli del categorico rifiuto in precedenza opposto al riconoscimento del rimedio dell'arricchimento senza causa in favore del convivente maggiormente pregiudicato dallo scioglimento della famiglia di fatto. Le azioni *ex art. 2041 c.c.* proposte in relazione a prestazioni rese in contesti apparentemente pervasi dai c.d. doveri morali o sociali hanno iniziato a trovare, a determinate condizioni, accoglienza, di pari passo con l'avanzare della necessità di una puntuale verifica delle concrete circostanze in cui l'adempimento ha avuto luogo. Non ritenendosi più sufficiente, ai fini della dichiarazione di *soluti retentio*, la volontarietà dell'esecuzione, si è infatti ritenuto opportuno introdurre un ulteriore va-

glio, volto a verificare le caratteristiche di "proporzionalità ed adeguatezza in relazione a tutte le circostanze del caso" delle prestazioni rese(25); valutazione, questa, da svolgere in concreto, in relazione alla specifica situazione sociale e patrimoniale di ciascun membro della famiglia di fatto(26).

Facendo applicazione di tali criteri, la Cassazione, nell'ambito di un arresto del 2009, ha considerato esulare dallo schema dell'obbligazione naturale le dazioni di denaro della convivente che avevano costituito parte della provvista con cui il *partner*, in vita, aveva acquistato dei beni che, alla sua morte, la figlia di primo letto riteneva rientrassero nell'asse ereditario e non appartenessero neanche parzialmente alla compagna del padre(27).

La Suprema Corte, premesso che la sussistenza di esigenze di tipo solidaristico non è sufficiente a giustificare lo spostamento di ricchezza e ad escluderne la ripetibilità, ha concluso che le prestazioni svolte nel caso di specie dalla convivente in favore del *de cuius*, lungi dal costituire mero adempimento di obbligazioni naturali, altro non fossero che "una mera operazione economico-patrimoniale, comportante un ingiustificato arricchimento del convivente *more uxorio* con pregiudizio dell'altro".

Successivamente(28), la Corte di Cassazione ha fatto applicazione dei medesimi principi per cassare con rinvio una pronuncia della Corte d'Appello di Torino che, nel dare accoglienza ad un'azione *ex art. 2041 c.c.* (proposta da un ex convivente per far riconoscere l'assenza di causa dell'arricchimento della compagna, alla quale, dalla Cina, ove si trovava per lavoro, aveva fatto pervenire diverse somme di denaro), in motivazione non aveva dimostrato di aver dato il dovuto rilievo alle concrete circostanze che avevano caratterizzato lo svolgimento della convivenza. In particolare, la Corte ha demandato al giudice di merito un puntuale esame delle condizioni in cui la compagna dell'attore si era ritrovata nel corso della convivenza, al fine di verificare se, nel quadro generale del rapporto e tenendo conto della condotta della compagna, le somme corrisposte dall'attore fossero proporzionate a quanto ricevuto e, quindi, non dovessero essere restituite.

Infine, la giurisprudenza ha enucleato un ulteriore criterio discrezionale tra obbligazione naturale ed arricchimento ingiustificato, direttamente connesso ai canoni di proporzionalità e adeguatezza, costituito dall'individuazione dell'effettivo beneficiario della prestazione, dovendosi ritenere meritevole della sanzione della stabilità quanto prestato a favore del nucleo familiare complessivamente inteso e sia, di converso, da ripetere la prestazione che si risolva in un vantaggio esclusivo del partner(29).

4. La Legge Cirinnà.

Le considerazioni sinora svolte non possono non tenere conto dell'introduzione, nel nostro ordinamento, della disciplina delle convivenze, ad opera della già citata legge n. 76/2016.

Andando incontro a quelle autorevoli voci che, già anni or sono, come accennato in precedenza, auspicavano un articolato intervento di carattere giusfamiliaristico in materia di convivenza *more uxorio*, la Legge Cirinnà è intervenuta su taluni aspetti cruciali, sia recependo legislativamente traguardi già raggiunti dalla giurisprudenza (come nei casi dell'art. 1 c. 44, che positivizza il diritto del convivente di succedere nel contratto di locazione intestato al *partner* premorto, e dell'art. 1 c. 49, che sancisce il diritto al risarcimento del danno del convivente superstite in caso di decesso del *partner* a seguito di fatto illecito di un terzo, alle medesime condizioni previ-

ste per il coniuge superstite) sia, per quanto riguarda la materia che qui ci interessa, introducendo significative novità. In primo luogo, l'art. 1 c. 46 ha introdotto il nuovo art. 230-ter c.c., che attribuisce anche al convivente che contribuisca stabilmente all'attività di impresa del *partner* il diritto alla partecipazione agli utili in misura proporzionale al lavoro prestato(30).

In secondo luogo, la legge in commento ha istituito e disciplinato i c.d. contratti sui profili patrimoniali della convivenza (art. 1, commi 50 – 64).

Le coppie che rispondano alla definizione di cui al (già citato, v. par. 2) comma 36 possono, infatti, con contratto redatto – a pena di nullità – in forma di atto pubblico o di scrittura privata con sottoscrizione autenticata da un notaio o un avvocato(31), “disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune” (commi 50 e 51). Il legislatore ha optato per una forte formalizzazione di tali negozi, che devono essere trasmessi in copia, a cura del professionista che ha ricevuto l'atto in forma pubblica o che ne ha autenticato la sottoscrizione, al comune di residenza dei conviventi, poiché l'ente possa ottemperare all'iscrizione dell'accordo all'anagrafe (comma 52).

Il comma 53 offre degli spunti circa il contenuto che i conviventi possono inserire nel contratto di convivenza: tralasciando l'indicazione dell'indirizzo di ciascuna parte, al quale devono essere effettuate le comunicazioni inerenti al contratto medesimo, la cui omissione non può ritenersi causa di nullità dell'intero negozio(32), tra gli ambiti che possono essere oggetto di regolamentazione tra i *partner* sono ricompresi l'indicazione della residenza, le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo, ed il regime patrimoniale della comunione dei beni(33).

Una simile elencazione, preceduta dall'espressione “può contenere”, deve considerarsi senza dubbio alcuno meramente esemplificativa, potendo la libertà negoziale dei conviventi spingersi a disciplinare un vasto numero di ipotesi, con esclusione dei rapporti non patrimoniali(34) e nel rispetto dei limiti deducibili dal testo legislativo, implicitamente od esplicitamente, per cui devono ritenersi indisponibili il diritto agli alimenti sancito dal comma 65 (di cui si dirà a breve), la disciplina di cui al nuovo art. 230 ter c.c., l'aspettativa di succedere nel contratto di locazione in caso di decesso del *partner* ed il diritto a che l'altro convivente contribuisca nella misura prevista dal comma 53 lett. b)(35).

Eccettuata tale area di intangibilità, e tenuto conto che il contratto di convivenza non può essere sottoposto a termine o condizione (comma 56), i conviventi sembrano quindi avere grande spazio nella determinazione dei propri rapporti economici, potendo, peraltro, modificare il regime patrimoniale prescelto in qualunque momento, pur dovendo rispettare le medesime formalità già adottate, a norma del comma 51, per la conclusione del negozio.

Che il contratto di convivenza sia concluso o meno, l'art. 1 c. 65 prevede, per il caso di cessazione della convivenza, “il diritto del convivente di ricevere dall'altro convivente gli alimenti qualora versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento”, “per un periodo proporzionale alla durata della convivenza e nella misura determinata ai sensi dell'articolo 438, secondo comma, del codice civile”.

Il c. 65 costituisce il timido approdo di un percorso che, in origine, ben più ambiziosamente apriva la strada al riconoscimento – non solo degli alimenti, ma, in primo luogo – dell'assegno di mantenimento a favore del convivente de-

bole(36). È evidente come tale norma sia destinata a sostituirsi al ricorso all'azione di arricchimento senza causa solo in ipotesi marginali, al confine con la totale indigenza del *partner* in difficoltà, essendo infatti pacifico che il diritto agli alimenti del coniuge, come del resto esplicitato dallo stesso c. 65 con riferimento al convivente, possa essere riconosciuto solo a condizione che il suo titolare versi in uno stato di bisogno con riferimento ad esigenze di carattere primario, quali il vitto, l'alloggio, l'abbigliamento, i medicinali e le cure mediche in genere(37) e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento, versando nell'assoluta impossibilità di trovare un impiego(38).

5. Considerazioni conclusive.

La sentenza in epigrafe rappresenta la necessaria conseguenza di un'evoluzione che ha condotto studiosi ed interpreti a regolare l'applicazione dell'arricchimento senza causa alla formazione sociale – famiglia di fatto, delimitandone ambito d'uso e prerogative che, nel caso di specie, correttamente sono state individuate e valutate dal giudice, al fine di rigettare la richiesta di restituzione pervenuta dalla convivente attrice.

Escluso il diritto di ripetere le prestazioni svolte nell'arco della relazione *more uxorio*, tuttavia, la sentenza in commento rinvia alla statuizione sulle spese per chiarire come il destino della domanda proposta, benché obbligato alla luce delle norme e della loro ormai univoca interpretazione, sia ben poco corrispondente alle effettive “esigenze di giustizia” del caso concreto.

A suggello di quel senso di incompiutezza che ha caratterizzato tutta l'evoluzione della categoria giuridica della convivenza, infatti, il Tribunale di Savona ha optato per una eccezionale compensazione integrale delle spese di giudizio, riconoscendo come il convenuto, pur vittorioso sul piano positivo, sia incorso, dopo la conclusione della convivenza, in gravi violazioni dei doveri morali e sociali su di esso incombenenti in virtù dell'art. 2 della Costituzione, a detrimento della condizione dell'ormai ex compagna.

La sentenza chiude quindi riconoscendo implicitamente che, pur dinanzi ad una condotta *contra ius* dell'ex *partner*, l'attrice non avesse alcuna *chance* di vedersi tutelata, come sarebbe invece accaduto a qualsiasi donna sposata che si fosse trovata nella medesima situazione.

Permane quindi, nel nostro ordinamento, una lacuna, seppur alla luce della novità introdotta ad opera della *Legge Cirinnà*, che pure – con ogni probabilità – avrebbe potuto essere invocata dalla protagonista del caso di specie, priva di un'abitazione e di un lavoro a causa del trasferimento in Italia. Tale innovazione non pare infatti rappresentare una soluzione per il maggior numero di ipotesi concretamente configurabili, in cui le condizioni del convivente in difficoltà, seppur difficili, non raggiungono una gravità tale da legittimare il riconoscimento dello stato di bisogno da parte del giudice.

Dott. Francesca Butera
Tirocinante nel Tribunale di Savona

Note:

(1) Si permetta la citazione testuale del titolo del contributo di V. Roppo, *Come tutelare la famiglia di fatto?*, in *Pol. dir.* 1980, pag. 18 e ss., che, in diversi scritti, tra cui anche *Idem*, *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non-diritto nella fenomenologia delle libere unioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 3, pag. 697 e ss. ed *Idem*, *Il giudice nel conflitto coniugale*, Il Mulino, Bologna, 1981, *passim*, già quasi quaranta anni or sono, si interrogava sulla sorte giuridica delle relazioni la cui natura familiare sia tale solo a livello fattuale. L'A. allora ipo-

tizzava di offrire tutela risarcitoria al convivente maggiormente danneggiato dalla conclusione della convivenza, pur caldeggiando una più articolata soluzione a carattere giusfamiliaristico, che non si limitasse ad applicare alla convivenza la disciplina della responsabilità civile ma offrisse una regolamentazione specifica ed articolata.

(2) L. 20 maggio 2016, n. 76, recante “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”, nel prosieguo indicata altresì, per comodità, come “Legge Cirinnà”.

(3) L. Balestra, *Gli effetti della dissoluzione della convivenza*, in *Riv. dir. priv.* 2000, pag. 468 (corsivo dell’Autore).

(4) Si veda, per tutti, G. Stella Richter, *Appunti sulla nozione di matrimonio di fatto*, in *La famiglia di fatto, Atti del convegno nazionale di Pontremoli, 27-30 maggio 1976*, L. Tarantola, Montereale, 1977, pag. 159 e ss., che colloca in modo esplicito “certo completamente al di fuori dell’ambito del diritto” la famiglia che non possa dirsi nemmeno fondata su di un matrimonio putativo. Secondo l’A., la famiglia di fatto mancherebbe di uno degli elementi richiesti dalla legge per poterle attribuire il diritto di cittadinanza nel “mondo dei valori giuridici”.

(5) Si veda P. Barcellona, voce *Famiglia (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, 1967, pag. 789, che, opponendosi a chi rifiuta categoricamente di riconoscere nella famiglia di fatto un fenomeno giuridicamente rilevante, osserva, con riferimento all’adozione ed al riconoscimento del figlio naturale, come a caratterizzare una relazione tra individui come familiare non sia tanto la fonte in virtù della quale essa si è formata, quanto il riconoscimento che ad essa viene dato nell’ambito della comunità in cui si inserisce, con particolare riferimento alle tutele giuridiche offertele dall’ordinamento. L. Balestra, *op. cit.*, pag. 472 individua, quale ipotesi in cui è chiara la volontà dei conviventi di dare rilevanza giuridica al proprio rapporto pur senza essere uniti in matrimonio, quella dell’adozione: ciò sul presupposto che la decisione di non sposarsi non può comportare anche la scelta di non avere figli. Per la realizzazione di tale obiettivo, in caso di sterilità, i conviventi necessitano di un supporto esterno, nell’ambito del quale la loro relazione assume necessariamente valore giuridico. G. Oberto, *I diritti dei conviventi*, Cedam, Padova, 2012, pag. 3, elenca, tra le varie ragioni – diverse dalla volontà di rimanere al di fuori del diritto – che possono condurre una coppia a non sposarsi, determinate circostanze sociali, particolari convinzioni ideologiche di tipo religioso, nonché, più recentemente, la crisi economica che da anni interessa il nostro Paese.

(6) La Corte Costituzionale ha esplicitato tale riconoscimento nella sentenza n. 237 del 1986, in *Foro it.* 1987, II, c. 2353 e ss. In questo senso si vedano, in dottrina, S. Asprea, *La famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano, 2009, pag. 7 e ss., P. Barile, *La famiglia di fatto. Osservazioni di un costituzionalista*, in *La famiglia di fatto, Atti del convegno nazionale di Pontremoli, 27-30 maggio 1976*, L. Tarantola, Montereale, 1977, pag. 45 e G. Porcelli, *La rottura della convivenza di fatto*, in *Trattato di diritto di famiglia, Tomo I*, diretto da P. Zatti, a cura di G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello, Giuffrè, Milano, 2011, pag. 1967 e ss., il quale rileva che la libera scelta di due *partner* di mantenere la relazione che li lega su un piano meno vincolistico di quello matrimoniale non può in nessun caso comportare che essa si svolga “in pregiudizio dei principi inderogabili dell’ordinamento e fra questi, primi fra tutti, dei valori costituzionali della solidarietà sociale garantiti tanto nella famiglia fondata sul matrimonio, quanto in quella di fatto”. F. Prosperi, *La famiglia non “fondata sul matrimonio”*, ESI, Napoli, 1980, pag. 94 e ss., individua nella Costituzione anche altri segnali di rilevanza della famiglia, a prescindere dalla modalità con cui essa si è costituita, quali l’art. 30 c.1, che sancisce il diritto/dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, “anche se nati fuori dal matrimonio”, e, in via meno immediata, gli artt. 36 c. 1 e 37 c. 1 che, tutelando la sfera lavorativa dell’individuo, a parere dell’A. certo non possono non garantire una dimensione dignitosa, sotto tale profilo, anche alla famiglia di fatto.

(7) Si vedano, *ex multis*, G. Oberto, *op. cit.*, pag. 1 e ss.; M. Dogliotti, voce *Famiglia di fatto*, in *Dig. disc. priv.* 1992, vol. VIII, pag. 189, che definisce l’istituto come “una convivenza stabile e duratura, con o senza figli, tra un uomo ed una donna, che si comportano come se fossero marito e moglie”; F. Gazzoni, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano, 1983, pag. 49 e ss.; V. Roppo, *Convivenza more uxorio e autonomia privata (ancora su presupposti e modalità di rilevanza giuridica della famiglia senza matrimonio)*, in *Giur. it.* 1980, II, c. 547, che sottolinea la necessità, per il configurarsi della fattispecie, di una costante relazione sessuale (l’A. si rifà alle parole di R. Rodière, *Les ménages de fait devant la loi française*, nei *Travaux de l’Association H. Capitant*, XI, Parigi, 1960, pag. 61, secondo il quale “il y a des mariages blancs” ma “il n’y a pas des concubinats blancs”) e della materiale condivisione della medesima abitazione; *Idem*, voce *Famiglia, III*, *Famiglia di fatto*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989, vol. XV, pag. 1, che ricomprende nella definizione “quelle relazioni di genere familiare (relazioni di convivenza, di scambio affettivo, di mutuo sostegno economico) che non si radicano in un matrimonio, avente effetti civili, fra l’uomo e la donna che ne sono protagonisti”, nozione confermata anche in V. Roppo – A.M. Benedetti, voce *Famiglia, III*, *Famiglia di fatto*, postilla di aggiornamento, in *Enc. Giur. Treccani*, 1999, vol. XV, pag. 1.

(8) F. Gazzoni, *op. cit.*, pag. 49, nota come il concetto giuridico sotteso al termine “concubinato” si differenzi largamente dall’interpretazione comune della medesima espressione, che veniva utilizzata tecnicamente per fare riferimento alla condotta dell’uomo sposato che intratteneva, senza farne mistero, una convivenza stabile con un’altra donna.

(9) M. Dogliotti, *op. cit.*, pag. 190: per l’A., in estrema sintesi, la famiglia di fatto è “l’immagine della famiglia legittima”, dalla quale si distingue solo in ragione della modalità di costituzione. *Idem*, voce *Famiglia di fatto*, in *Dig. disc. priv.*, 2003, peraltro, nell’aggiornamento della voce enciclopedica testé menzionata, precisava come alle porte del 2000 stesse emergendo, quale evoluzione dell’istituto “famiglia di fatto”, l’ulteriore fase delle “unioni di fatto”, ricomprendenti sia le convivenze omosessuali – oggi, seppur in ritardo rispetto alla maggior parte degli altri Paesi fondati sulla tutela dei diritti civili, finalmente riconosciute dal legislatore – sia altri tipi di unioni, tra cui le coabitazioni tra studenti o colleghi per motivi di studio o lavoro, quelle tra persone anziane fondate sul mutuo sostegno economico o, ancora, quelle volte alla realizzazione di programmi sportivi, religiosi, hobbyistici, e così via.

(10) *Ex multis*, si vedano Cass. 3 aprile 2015, n. 6855, in *Il dir. di fam. e delle pers.* 2015, 3, pag. 933 e ss.; Cass. 12 marzo 2012, n. 3923 e Cass. 11 agosto 2011, n. 17195.

(11) In questo senso L. Balestra, *Le obbligazioni naturali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 238-239, a parere del quale nella convivenza *more uxorio* i doveri incombenti sul *partner* non sarebbero assimilabili a quelli previsti dall’art. 143 c.c. per la coppia coniugata, dovendosi necessariamente distinguere poiché, nella famiglia di fatto, l’esistenza stessa di tali precetti, non essendo sancita da un impegno formale, dipende dalla loro quotidiana messa in pratica mediante comportamenti positivi di ciascun convivente. Nello stesso senso si vedano anche M. Dogliotti, *op. cit.*, pag. 195 e C. Barnini, voce *Obbligazione: II* *Obbligazioni naturali*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990.

(12) In questo senso, *ex multis* e senza pretesa di esaustività, D. Riccio, *La famiglia di fatto*, Cedam, Padova, 2007, pag. 382; L. Nivarra, voce *Obbligazione naturale*, in *Dig. disc. priv.*, XII, 1995, pag. 388; F. Bile, *La famiglia di fatto: profili patrimoniali*, in *La famiglia di fatto, Atti del convegno nazionale di Pontremoli, 27-30 maggio 1976*, L. Tarantola, Montereale, 1977, pag. 84 e ss.; U. Breccia, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 1991, pag. 79 e ss. Si segnalano altresì G. Oberto, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano, 1991, pag. 84 e ss. ed A. De Cupis, *Il concubinato nel diritto privato*, in *Foro pad.* 1961, III, c.

78, per una valorizzazione del passaggio che, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, ha condotto dalla logica indennitaria, in cui inizialmente venivano declinati gli obblighi gravanti sul convivente (allora intesi quale ricompensa, a senso unico in favore della concubina, per la situazione moralmente riprovevole nella quale la convivenza l'aveva posta) a quella contributiva-assistenziale, che oggi si ritiene unanimemente costituire la *ratio* delle prestazioni non ripetibili rese nell'ambito della famiglia di fatto da entrambi i *partner*.

(13) Si rimanda a P. Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, Utet, Milano, 2008, pag. 166 e ss., per un *excursus* del processo che, alla prima concezione romanistica dell'obbligazione naturale, coincidente con l'obbligazione giuridicamente imperfetta (quale, ad esempio, quella assunta da un individuo soggetto al potere altrui, quale il figlio o lo schiavo) o con quella degenerata (ad es., il debito prescritto), ha visto affiancarsi una diversa visuale che ha ricostruito la nozione in termini di dovere di coscienza, fino a giungere alla definizione che, a partire dalla dottrina francese, è penetrata nel nostro attuale codice civile. L. Balestra, *Le obbligazioni naturali*, cit., pag. 1 ss. rileva come l'istituto dell'obbligazione naturale rifletta la scelta del nostro ordinamento civile di astenersi da qualunque iniziativa, dinanzi a determinate situazioni sociali che si collocano sul delicato confine tra morale e diritto, limitandosi a confermare quanto posto in essere sul piano naturalistico ed in autonomia da parte dei consociati.

(14) L. Nivarra, *op. cit.*, pag. 386, trova in tale scelta stilistica il riflesso dell'evidente intenzione del legislatore di non limitarsi al riconoscimento delle ipotesi di obbligazione naturale già previste dalla legge, ma di configurare una categoria aperta e suscettibile di continue integrazioni.

(15) Si veda, per tale posizione, G. Stella Richter, *op. cit.*, pag. 159 e ss. La giurisprudenza tendeva a qualificare nulle per illiceità della causa le dazioni rese in favore della "concubina" al fine di avviare una convivenza: *ex multis*, si veda Cass. 28 aprile 1944, n. 301, in *Rep. Foro it.* 1943-1945, voce *Obbligazioni e contratti*.

(16) U. Breccia, *op. cit.*, pag. 80, attribuisce il riconoscimento esplicito delle obbligazioni naturali nella famiglia di fatto a Cass. 17 gennaio 1958, n. 84, in *Foro it.* 1959, c. 470 e ss.

(16) G. Oberto, *I regimi patrimoniali*, cit., pag. 36 e ss. ritiene che un'estensione *in toto* della disciplina dell'unione fondata sul matrimonio alla convivenza *more uxorio* sarebbe addirittura incostituzionale: l'art. 2 Cost., secondo l'A., sarebbe infatti volto non alla tutela della formazione sociale rappresentata dalla famiglia di fatto, quanto alla mera tutela dell'individuo all'interno di tale dimensione; inoltre, l'art. 2 Cost., coordinato con l'art. 29, lascerebbe trapelare una subordinazione della famiglia non fondata sul matrimonio rispetto a quella legittima.

(18) Non va, a tal proposito, dimenticato il monito espresso dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 166/1998, in *Giur. It.* 1998, III, pag. 1783 e ss., con nota di C. Cossu, *Direttive costituzionali e famiglia di fatto: tutela della filiazione naturale e garanzia delle libertà individuali*, nella quale, premesso che "la convivenza *more uxorio* rappresenta l'espressione di una scelta di libertà dalle regole che il legislatore ha sancito in dipendenza dal matrimonio", la Consulta ha osservato che "da ciò deriva che l'estensione automatica di queste regole alla famiglia di fatto potrebbe costituire una violazione dei principi di libera determinazione delle parti", pur precisando che "la inapplicabilità della disciplina della separazione dei coniugi alla cessazione delle convivenze di fatto, nel cui ambito sia nata prole, non equivale tuttavia ad affermare che la tutela dei minori, nati da quelle unioni, resti priva di disciplina, essendo invocabile l'intervento del giudice, che, nella pronuncia dei provvedimenti concernenti i figli, è tenuto alla specifica valutazione dell'interesse di questi". Nello stesso senso della pronuncia della Corte Costituzionale, si veda la posizione di F.D. Busnelli - M. Santilli, voce *Famiglia di fatto*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi, VI, 1993, pag. 757 e

ss., che vedono in un'equiparazione delle due tipologie di famiglia una sminuente *reductio ad unum* di una fattispecie, la famiglia di fatto, in grado di declinarsi in una gran varietà di forme, la cui unica caratteristica certa è quella di distinguersi dal nucleo fondato sul matrimonio; in giurisprudenza, Cass. 3 aprile 2007, n. 8362 haavalato la pronuncia della Consulta. F. Bile, *op. cit.*, pag. 107 è invece a favore dell'estensione analogica del regime patrimoniale dei coniugi anche ai conviventi *more uxorio*.

(19) Seppur si contino, in dottrina, anche autorevoli voci contrarie a tale ricostruzione, prima fra tutte quella di F. Gazzoni, *op. cit.*, pag. 129 e ss., *Idem, Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2015, pag. 321.

(20) *Ex multis*, Cass. 11 febbraio 1989, n. 862, in *Rep. Foro it.*, 1989, voce *Arricchimento senza causa*, c. 180; Cass. 27 febbraio 1978, n. 1024, in *Rep. Foro It.* 1978, *ivi*, c. 133; Cass. 26 ottobre 1968, n. 3592, in *Rep. Giur. it.* 1969, *ivi*, c. 248; Cass. 9 agosto 1967, n. 2118, in *Rep. Giur. it.* 1967, *ivi*, cc. 181-182. Per la rilevanza della volontarietà della dazione, seppur al di fuori dell'ambito della famiglia di fatto, si veda anche Cassazione civile, sez. II, 6 marzo 1986, n. 1456, in *Rep. Giur. it.* 1986, *ivi*, c. 233, che, in tema di appalto, ha precisato che "la volontaria prestazione esclude l'arricchimento quali che siano per ciascuno degli interessati le conseguenze patrimoniali economiche, vantaggiose o svantaggiose, della libera e concorde determinazione della loro volontà".

(21) Cass. 11 febbraio 1989, n. 862, cit.

(22) Il riferimento è *in primis* a G. Oberto, *Le prestazioni lavorative del convivente more uxorio*, Cedam, Padova, 2003, pag. 54 e ss.

(23) In questo senso, oltre a G. Oberto, *op. ult. cit.*, pagg. 64-65, si veda anche G. Ferrando, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2002, pag. 230 e ss.

(24) G. Ferrando, *op. ult. cit.*, pag. 231.

(25) Nello stesso senso, si vedano anche Cass. 12 febbraio 1980, n. 1007, in *Giur. it.* 1981, I, 1, c. 1537 e Cass. 3 febbraio 1975, n. 389, in *Foro it.* 1975, I, c. 2301 e ss. Con riferimento alla giurisprudenza di merito, si vedano, *ex multis*, Trib. Latina 25 febbraio 2005, n. 547, in *Arch. locazioni* 2007, pag. 189; Trib. Savona 29 giugno 2002, in *Fam. e dir.* 2003, pag. 596 e ss., con nota di G. Ferrando, *Le contribuzioni tra conviventi fra obbligazione naturale e contratto*, che, pur in presenza di una pattuizione con la quale i conviventi avevano convenuto di contribuire in misura eguale all'andamento economico della famiglia, ha rigettato la domanda di restituzione avanzata da quella, tra essi, che in un dato momento si era ritrovata ad impiegare risorse maggiori rispetto al compagno, poiché era stato accertato in giudizio che quest'ultimo era privo di un'occupazione. Il Tribunale è giunto a tale conclusione ritenendo che "all'accordo in esame non p[otesse] essere attribuita valenza assoluta. In particolare, il canone ermeneutico di buona fede ex art. 1366, improntato a un principio di solidarietà contrattuale e che si sostanzia nell'aspetto della lealtà, esige di preservare il ragionevole affidamento di ciascuna parte sul significato dell'accordo di talune sue parti": in casi del genere "occorre far salve le differenti possibilità economiche e lavorative dei componenti in un dato momento", sulla base dell'art. 143 c. 3 c.c., che il giudice ha, in questo caso, ritenuto applicabile anche alla famiglia di fatto "in virtù della [sua] rilevanza e assoluta prescinderà dal tipo di rapporto prescelto"; Trib. Firenze 11 agosto 1986, in *Dir. ecl.* 1989, II, pag. 367 e ss.

(26) G. Oberto, *I rapporti patrimoniali*, cit., pag. 128 e ss. ritiene che la prestazione eseguita da un convivente a vantaggio dell'altro costituisca per l'accipiens un arricchimento ingiustificato qualora questi sia inadempiente o parzialmente adempiente agli obblighi morali o sociali impostigli dalla natura del rapporto, e che a tale squilibrio possa rimediarsi, riportando i conviventi in una situazione di parità, mediante la condanna della parte ingiustificatamente arricchitasi alla restituzione della somma eccedente rispetto alle prestazioni eseguite. Cass. 13 marzo 2003, n. 3713, in *Giur. it.* 2004, I, pag. 530 e ss., con nota di P. Di Gregorio, *Convivenza more uxorio e accessione: nuovi spunti di riflessione*, aveva ricono-

sciuto il diritto all'indennizzo previsto dall'art. 936 c.c. in capo al soggetto che, su un terreno di proprietà dell'allora *partner*, aveva costruito, impiegando mezzi propri e lavorando nel tempo libero, un edificio adibito a casa familiare, oltre ad altri locali. La sproporzione ed inadeguatezza di quanto eseguito rispetto al paradigma dell'obbligazione naturale, secondo la Suprema Corte risiedeva, nel caso di specie, nell'impossibilità di ricondurre l'edificazione ai doveri morali e sociali pendenti sull'uomo, anche in base alla considerazione che, a seguito della prestazione svolta, l'ex compagna aveva beneficiato dell'accessione non solo dell'immobile nel quale si era svolta la vita della famiglia di fatto, ma anche di un altro fabbricato utilizzabile con destinazione commerciale o residenziale e di altri tre locali.

(27) Cass. 15 maggio 2009, n. 11330, in *Corr. giur.* 2010, 1, pag. 72 e ss., con nota di M. Ruvolo, *Anche il convivente può, a certe condizioni, ottenere dall'altro convivente l'indennizzo per arricchimento ingiustificato.*

(28) Cass. 22 gennaio 2014, n. 1277, in *Foro it.* 2014, I, c. 1149 e ss., con osservazione di G. Casaburi.

(29) In questo senso, oltre alla giurisprudenza già citata a partire dal 1980 in poi, si vedano, più recentemente, Cass. 26 novembre 2013, n. 26424, che ha confermato la condanna di una convivente alla restituzione delle ingenti somme con cui l'ex *partner* aveva contribuito all'acquisto dell'immobile che era poi stato a lei intestato in via esclusiva, ritenendo tale dazione sproporzionata sia in relazione alla modesta retribuzione di ufficiale giudiziario percepita dal convivente "impoverito", sia in considerazione del fatto che su quest'ultimo gravasse già un obbligo di mantenimento del figlio nato da un precedente matrimonio, e Cass. 30 novembre 2011, n. 25554, in *Foro it.* 2012, I, c. 1097.

(30) Prima della modifica, l'applicazione analogica della disciplina dell'art. 230 bis anche alla famiglia di fatto era controversa in giurisprudenza: per l'estensione, si veda Cass. 14 giugno 1990, n. 5803; *contra*, si vedano Cass. 29 novembre 2004, n. 22405 e Cass. 2 maggio 1994, n. 4204, in *Foro it.* 1995, I, c. 1935.

(31) La forma scritta è da intendersi *ad substantiam*: in questo senso A. M. Benedetti, *Il controllo sull'autonomia: la forma dei contratti di convivenza nella legge n. 76/2016*, in *Famiglia*, 2017, I-II, pag. 17 e ss. (*in corso di pubblicazione*) e L. Querzola, *Riflessioni sulla legge in materia di unioni civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 3, pag. 855.

(32) In questo senso A. M. Benedetti, *op. cit.*, pagg. 22-23 che, da un lato, considera la sanzione della nullità eccessiva rispetto alla *ratio* per cui si richiede la menzione dell'indirizzo dei conviventi, essendo quest'ultimo necessario solo per rendere agevole l'esecuzione del negozio stesso e, dall'altro, osserva come l'espressione "*reca*" in luogo di "*deve recare*", contenuta in *limine* al comma 53, costituisca preciso segno dell'intenzione del legislatore di non sanzionare la mancanza di detta indicazione, non sussistendo peraltro alcun interesse generale che potrebbe essere protetto da un'eventuale previsione dettata a pena di nullità.

(33) Salvo indicazione contraria, infatti, il regime applicato alla convivenza (così come all'unione civile, e a differenza di quanto stabilito dal codice civile con riguardo al matrimonio) è quello della separazione dei beni: in questo senso M. Canonico, *Gli aspetti patrimoniali delle unioni civili e delle convivenze di fatto*, in *Dir. di fam. e delle pers.*, 2016, IV, pag. 1112.

(34) In questo senso A.M. Benedetti, *op. cit.*, pag. 23.

(35) Individua tali ulteriori limiti E. Quadri, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: spunti di riflessione*, in *Giust. civ.* 2016, II, pagg. 276-277.

(36) Art. 15 d.d.l. n. 2081. M. Rossi, *Scioglimento del matrimonio a seguito di divorzio, scioglimento dell'unione civile e cessazione della convivenza: questioni patrimoniali*, in *I diritti patrimoniali della famiglia*, a cura di G. Oberto e G. Cassano, Giuffrè, Milano, 2017, pag. 678, ricollega tale scelta all'intenzione del legislatore di non ingerirsi eccessivamente in una situazione della quale ha preferito mettere in luce la dimensione fattuale.

(37) A. Zaccaria, *Commentario breve al diritto della famiglia*, Appendice di aggiornamento – *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, Legge 20 maggio 2016, n. 76, Cedam, Padova, 2016, pag. 60.

(38) *Ex multis*, si vedano Cass. 8 febbraio 2017, n. 3318 e Cass. 14 febbraio 2007, n. 3334, in *Foro it.*, 2008, I, c. 2009.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 18 gennaio 2017 - Pres. Sanna - Rel. Castiglione - R. (Avv.ti Crovetto e Mallossi) c. Ministero dell'Interno (Avvocatura dello Stato).

RESPONSABILITÀ civile - risarcimento del danno - interesse del soggetto a non essere ingiustamente perseguito - sussiste.

(Art. 28 Cost.; artt. 2043 e segg. c.c.)

RESPONSABILITÀ civile - danno non patrimoniale - lesione di diritti e interessi aventi rilevanza e tutela costituzionale - risarcimento del danno nel caso di specie.

(Art. 3 CEDU; artt. 13 e segg. Cost.; art. 2059 c.c.)

Sussiste un interesse del soggetto a non essere ingiustamente perseguito, interesse della persona falsamente accusata di reati non commessi a tutelare la propria libertà personale ma anche il suo diritto all'onore. La lesione di tale diritto può essere particolarmente rilevante anche a causa delle modalità particolarmente violente ed offensive con le quali il soggetto, sulla base di una falsa incolpazione, è stato tratto in arresto dalla Polizia e trattato successivamente al suo arresto.

Maltrattamenti e torture offendono il diritto all'integrità fisica e psichica della vittima, inteso come un valore morale unitario e come diretta emanazione della personalità del soggetto; a prescindere dalla non esistenza del reato di tortura nel nostro ordinamento penale, la lesione di tale diritto è risarcibile in quanto si tratta pur sempre di un illecito complesso e che offende un bene essenziale, la personalità del soggetto, appunto, avente sicuramente rilevanza e tutela costituzionale.

RO.NE.

Fatto

Con l'atto introduttivo del giudizio l'attore affermava di essere stato tratto in arresto illegalmente e di avere subito violenze fisiche e morali, percosse, ingiurie e vessazioni varie da parte della Polizia di Stato mentre si trovava a Genova in occasione della sua partecipazione al G8 del 2001. A causa delle percosse subite ed in particolare di un colpo di manganello ricevuto sulla testa aveva riportato lesioni fisiche con esiti anche di natura permanente. Il tutto ingiustificato: infatti era stato completamente scagionato dalle accuse che gli erano state mosse sulla base di verbali riconosciuti falsi. Invero il giudice riconosciuta la falsità delle accuse non aveva convalidato l'arresto e lo aveva rimesso in libertà. Intanto, la privazione della libertà personale protratta per tre giorni fino alla sua comparizione davanti al magistrato e tutti i maltrattamenti subiti da parte della Polizia costituivano atti illeciti, perpetrati in violazione di norme e diritti costituzionali. Chiedeva il risarcimento dei danni al Ministero dell'interno, che doveva rispondere direttamente o indirettamente dei fatti illeciti dei suoi funzionari e dipendenti. L'Amministrazione convenuta, costituendosi in giudizio, si opponeva all'accoglimento della domanda attrice. Il Tribunale istruita la causa documentalmente e testimonialmente disponeva CTU medico legale sulla persona dell'attore. Quindi decideva la causa con sentenza con la quale in parziale accoglimento della domanda attrice condannava il Ministero al risarcimento dei danni subiti dall'attore che liquidava nella somma – notevolmente inferiore a quella richiesta dall'attore – di euro 15.500,00 oltre a rivalutazione interessi e spese. L'attore ha proposto appello contro la sentenza del Tribunale contestando la quantificazione del danno e chiedendo partico-

larmente la liquidazione equitativa dei danni non patrimoniali per la violazione dei diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione, che costituiva conseguenza dei gravissimi reati compiuti dagli appartenenti alla Polizia, già condannati in sede penale dalla magistratura genovese. La stessa Corte di Cassazione aveva duramente stigmatizzato il comportamento tenuto dalla Polizia in occasione del G8: intanto il giudice civile in sede di risarcimento dei danni patiti dalle vittime dei reati non poteva ignorare la lesività e gravità delle violazioni commesse. L'Avvocatura costituendosi in giudizio per il Ministero affermava che la liquidazione del Tribunale appariva congrua ed adeguata alla scarsa gravità dei fatti costituenti reato accertati in sede penale. Osservava anche che il danno non patrimoniale costituiva una categoria unitaria non suscettibile di divisione in sottocategorie: onde non era possibile valutare e liquidare il danno morale ed esistenziale separatamente dal danno biologico a pena di incorrere in una illegittima duplicazione del risarcimento. La causa d'appello è stata trattenuta in decisione dalla Corte all'udienza del 25.10.16 sulle conclusioni delle parti trascritte in epigrafe.

Diritto

Col primo motivo di impugnazione l'appellante contesta la quantificazione del danno contenuta nella sentenza impugnata per avere applicato in via analogica e retroattivamente alla fattispecie i criteri fissati dall'art.139 del Codice delle Assicurazioni per il risarcimento del danno biologico per lesioni di lieve entità – c.d. micropermanenti - derivanti da sinistri conseguenti alla circolazione dei veicoli, pur trattandosi di materia estranea all'infortunistica stradale: alla quale non sono applicabili analogicamente le disposizioni contenute in una legge speciale entrata in vigore in epoca successiva alla verifica del fatto dannoso che modificano *in pejus* per il danneggiato i criteri di liquidazione del danno.

Il motivo è fondato.

Il Tribunale ha ritenuto preferibile fare ricorso all'*analogia legis* per trattare nella stessa maniera tutti i casi di danni riconducibili alla presenza di microlesioni anche di diversa origine piuttosto che esercitare un potere di liquidazione meramente equitativo fondato soltanto sulla prassi giudiziaria. Questa Corte non condivide la scelta del Tribunale, apparendo preferibile applicare alla liquidazione del danno le tabelle del Tribunale di Milano, aggiornate secondo le più recenti indicazioni della Corte di Cassazione: la cui validità è stata riconosciuta dalla stessa giurisprudenza di legittimità, per la quale esse rappresentano i valori medi di riferimento da ritenersi equi e da utilizzare per la valutazione del danno alla persona, in grado di garantire la parità di trattamento e da applicare in tutti i casi in cui la fattispecie concreta non presenti circostanze tali da richiedere una liquidazione speciale o personalizzata del danno (Cass., 07.06.11, n.12408). Una recente pronuncia della Corte Costituzionale del 06.10.14 ha affermato che in materia di infortunistica stradale la disparità di trattamento delle vittime di incidenti stradali rispetto ai soggetti che abbiano riportato identiche lesioni per altra causa, disparità derivante dal fatto che la normativa speciale introduce criteri limitativi di liquidazione del danno vincolanti per il giudice, si giustifica con la necessità di bilanciare il diritto del danneggiato all'integrale risarcimento del danno con altri interessi di rilevanza costituzionale propri della materia infortunistica stradale. In questa materia opera un sistema di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli, ispirato anche a criteri sociali e solidaristici, volto a garantire il risarcimento del danno alle vittime della strada, che impone di contenere l'interesse risarcitorio particolare del singolo danneggiato con quello generale e sociale degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi, ad ottenere

sempre il risarcimento del danno cui abbiano diritto, anche attraverso il Fondo di garanzia per le vittime della strada, sostenuto per legge dalla compagnie assicuratrici, quando non sia stato possibile identificare l'autore dell'illecito. Evidentemente queste esigenze, peculiari alla materia dell'infortunistica stradale, che secondo un giudizio di equità e ragionevolezza giustificano la limitazione del risarcimento del danno derivante dall'applicazione dei criteri dettati dal Codice delle Assicurazioni ai sinistri derivanti dalla circolazione stradale, non sono rinvenibili nella fattispecie in esame, nella quale la non grave entità del danno fisico subito dalla vittima dell'illecito – unico elemento comune con la fattispecie legislativa - non basta a giustificare l'applicazione analogica della legge speciale alla liquidazione di una micropermanente.

Le tabelle milanesi aggiornate al 2014 essendo fondate sul sistema del "punto tabellare" attribuiscono al punto complessivo medio di invalidità permanente il valore di euro 1.241,39 ed al punto di invalidità temporanea il valore base di euro 96,00 pro die. Nella fattispecie il CTU officiato dal Tribunale ha accertato a carico dell'attore venticinque giorni di ITT e quindici giorni di ITP al 50% oltre a postumi invalidanti quantificati nella misura del 3% della validità totale. Pertanto il danno da invalidità temporanea totale deve essere liquidato nella somma di euro 3.120,00. Per la permanente, tenuto conto dell'età del soggetto, che all'epoca dell'incidente aveva ventuno anni, e della percentuale di invalidità pari al 3% il danno deve essere liquidato nella somma di euro 4.436,00. Per quanto riguarda il danno morale dovuto all'ansia ed allo spavento generati nella vittima del fatto illecito – come ha affermato il Tribunale - l'appellante ha diritto ad una adeguata personalizzazione del danno biologico da determinarsi però in misura non superiore al 50% di quanto liquidato per l'invalidità permanente. Complessivamente il danno non patrimoniale deve determinarsi nella somma di euro 9.774,00. La data di riferimento della valutazione è quella della tabella applicata alla liquidazione del danno – gennaio 2014. Essa deve essere aggiornata alla data odierna sulla base dei noti indici ISTAT. Per il calcolo degli interessi legali di natura compensativa la somma, corrispondente alla valutazione del danno al 01.01.14, deve essere devalutata alla data del sinistro e successivamente rivalutata anno per anno fino alla data odierna. Gli interessi compensativi nella misura legale devono essere calcolati annualmente sull'importo progressivamente rivalutato del debito, dalla data del fatto alla data odierna gli importi dovuti per l'invalidità temporanea, dalla data di fine della temporanea alla data odierna l'importo liquidato per l'invalidità permanente. Gli interessi corrispettivi nella misura legale sono dovuti dalla data della presente sentenza alla data del pagamento della somma non più soggetta a rivalutazione.

Oltre al danno biologico il Tribunale ha riconosciuto a favore dell'attore il diritto al risarcimento del danno subito per la privazione della libertà personale ovvero per l'ingiusta detenzione protratta per tre giorni e mezzo, liquidato nella somma di euro 3.500,00. Non ha riconosciuto altre voci di danno, affermando in motivazione che non era dato comprendere su quali basi si fondasse la richiesta di euro 200.000,00 in via equitativa.

La difesa dell'appellante osserva che il rigetto della richiesta è immotivato essendo stati indicati e descritti in atto di citazione le offese e i danni subiti dall'attore, liquidabili in via equitativa dal giudice.

L'appello è fondato nei limiti di cui infra.

Osserva in principio che da tempo la giurisprudenza di legittimità ha ridefinito rispetto alle opinioni tradizionali presupposti e contenuti del risarcimento del danno non patrimoniale. Quanto ai presupposti ha affermato secondo un'interpretazione costitu-

zionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. che il danno non patrimoniale è risarcibile non solo nei casi espressamente previsti dalla legge, ma anche in tutti i casi in cui il fatto illecito abbia leso un interesse o valore della persona di rilievo costituzionale non suscettibile di valutazione economica. Quanto ai contenuti il danno non patrimoniale pur costituendo una categoria unitaria può essere distinto dal punto di vista descrittivo in pregiudizi di tipo diverso: intanto la risarcibilità del danno non patrimoniale postula la selezione degli interessi alla cui lesione consegue un danno ingiusto: selezione che avviene a livello normativo negli specifici casi determinati dalla legge od in via di interpretazione da parte del giudice, chiamato ad individuare la sussistenza alla stregua della Costituzione di uno specifico diritto inviolabile della persona necessariamente presidiato dalla minima tutela risarcitoria. In altre parole fuori dei casi determinati dalla legge è data tutela risarcitoria al danno non patrimoniale solo quando sia accertata la lesione di un diritto inviolabile della persona, ove sussista – cioè – un'ingiustizia costituzionalmente qualificata del danno. Trattandosi – il danno non patrimoniale – di una categoria unitaria il giudice nella sua liquidazione deve evitare duplicazioni ed ingiuste locupletazioni, nel senso che deve evitare di liquidare due volte lo stesso danno per il medesimo illecito. In particolare il danno derivante dalla lesione del bene salute – c.d. danno biologico – costituisce una categoria tendenzialmente ampia ed onnicomprensiva, nel senso che comprende – tale tipologia di danno conseguente alla lesione dell'integrità psicofisica del soggetto – gli aspetti dinamico relazionali, ovvero i riflessi del danno sulla vita di relazione del soggetto e le sofferenze conseguenti alla lesione – c.d. danno morale. Intanto il giudice nel liquidare questo danno deve tenere conto di tutti i pregiudizi concretamente patiti dalla vittima, senza duplicare il risarcimento con l'attribuzione di nomi diversi a pregiudizi identici. Nella fattispecie il danno morale è stato considerato come una componente del danno biologico: intanto, avendo tenuto conto delle particolari sofferenze fisiche e psicologiche patite dal soggetto è stato liquidato il danno morale nell'ambito del danno biologico, personalizzando la liquidazione del danno biologico in considerazione del contesto particolarmente violento in cui si collocano gli illeciti. È stato ritenuto invece giustamente – dal Tribunale – che il danno per la privazione della libertà personale debba essere liquidato a parte e non con una maggiorazione percentuale del danno biologico. Altrettanto deve dirsi per le altre voci di danno che erroneamente sono state pretermesse dal Tribunale. Le calunnie, le falsità, le ingiurie ed i vari trattamenti oltraggiosi e mortificanti ai quali è stato sottoposto l'attore dal momento del suo arresto – illegale – presso la scuola Diaz dove è stato prelevato dalla Polizia fino alla sua traduzione in ospedale e durante la sua permanenza nella stazione di crisi costituita presso l'ospedale hanno offeso l'onore del soggetto. In particolare il delitto di calunnia oltre al preminente interesse alla retta amministrazione della giustizia tutela anche l'interesse del soggetto a non essere ingiustamente perseguito: interesse della persona - falsamente accusata di reati non commessi - a tutelare la sua libertà personale ma anche il suo diritto all'onore. La lesione di tale diritto può essere di diversa entità secondo la gravità dell'imputazione e delle altre conseguenze provocate dalla falsa incolpazione. Nella fattispecie l'entità della lesione è particolarmente rilevante per le modalità particolarmente violente ed offensive con le quali sulla base di una falsa incolpazione il soggetto è stato tratto in arresto dalla Polizia e trattato successivamente al suo arresto. Onde considerata la gravità dei reati e delle conseguenze che ne sono derivate stimasi equo liquidare a favore dell'attore per questa voce di danno la somma di euro 20.000,00 onnicomprensiva attualizzata alla data odierna.

Le percosse, i maltrattamenti, le vessazioni e tutte le coercizioni fisiche e morali subiti dall'attore oltre al fatto di essere stato trattenuto in arresto senza possibilità di contattare un difensore e di ricevere visite da altre persone hanno costituito un attentato alla sua integrità fisica e psicologica: intanto, gli hanno cagionato un danno non patrimoniale non coperto dal risarcimento del danno biologico. Questo è inteso come lesione dell'integrità psicofisica del soggetto suscettibile di valutazione medico legale. Diversamente, maltrattamenti e torture offendono il diritto all'integrità fisica e psichica della vittima, inteso – il sentimento della propria integrità fisica e psichica – come un valore morale unitario e come emanazione diretta della personalità del soggetto. Non rileva per negare la risarcibilità del danno il fatto che il nostro ordinamento penale non preveda la tortura come reato, trattandosi pur sempre di un illecito complesso che offende un bene essenziale – come la personalità del soggetto – avente sicura rilevanza e tutela costituzionale. È vietata – la tortura – dall'art.3 CEDU che sancisce il divieto di trattamenti inumani e degradanti. Nell'arco di tempo e nelle varie fasi attraverso le quali la polizia ha consumato violenze ed abusi inferendo contro soggetti inermi – con crudeltà ed in maniera totalmente gratuita - si sono create le condizioni di sofferenza fisica e psicologica tipici della tortura. La sentenza della Corte Europea che ha condannato l'Italia per il trattamento inumano riservato agli ospiti della Diaz colti per lo più nel sonno o comunque – come il R. – in un contesto ed atteggiamento pacifico, stante anche l'ora tarda dell'operazione, ha ricordato – in particolare – “le posizioni umilianti, l'impossibilità di contattare avvocati, l'assenza di cure adeguate in tempo utile, la presenza di agenti delle forze dell'ordine durante gli esami medici”. I fatti sono stati accertati in sede penale con sentenza di questa Corte d'Appello che anche se non fa stato a favore dell'attore costituisce comunque – come ha affermato il Tribunale – la prova dei fatti in essa descritti fino a prova contraria. Essa descrive i fatti in esame non come la somma di singoli episodi delittuosi occasionalmente compiuti dagli operatori indipendentemente l'uno dall'altro in preda allo sfogo di bassi istinti incontrollati, ma come una condotta concorsuale tenuta dai singoli agenti nella consapevolezza che altrettanto avrebbero fatto e stavano facendo i colleghi, nell'ambito di un'operazione di polizia del tutto ingiustificata, concertata e realizzata – come ha affermato la sentenza CEDU – con “intento punitivo, di rappresaglia, per provocare l'umiliazione e la sofferenza psichica e morale delle vittime”.

Per questa offesa stimasi equo liquidare il danno nella somma onnicomprensiva di euro 50.000,00 attualizzata alla data odierna. Pertanto in accoglimento parziale dell'appello – riformando parzialmente la sentenza del Tribunale – rivedita i danni in senso più favorevole all'appellante. (...*Omissis*...)

P.Q.M.

definitivamente pronunciando (...*Omissis*...) così decide:
In parziale accoglimento dell'appello – riformando parzialmente la sentenza del Tribunale – condanna il Ministero a pagare all'appellante la somma di euro 9.774,00 per il danno biologico ed il danno morale con la rivalutazione monetaria e gli interessi legali indicati in motivazione, la somma di euro 3.500,00 per il danno conseguente alla ingiusta privazione della libertà personale e la somma complessiva di euro 70.000,00 liquidata equitativamente per le altre voci di danno indicate in motivazione. (...*Omissis*...)

Massime

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 16 dicembre 2016, n. 1333 - Pres. e Rel. Zuccolini - M. (Avv. Solari e Natali) c. Associazione Nazionale dei Medici di Bordo della Marina Mercantile (Avv. Tavella).

ASSOCIAZIONE - associato moroso - diritto a ricevere la convocazione - non sussiste.

L'esclusione (in forza di previsione statutaria) dalla partecipazione all'assemblea degli associati morosi, comporta anche la possibilità di escluderli dall'invio della relativa convocazione.

L'osservanza del termine di convocazione, infatti, deve essere garantito solamente agli associati in regola con i pagamenti delle quote, atteso che solamente ad essi deve essere garantito il diritto di voto e, conseguentemente, di partecipazione attiva in assemblea.

A.B.

Giudice di Pace di Genova, decr. 10 gennaio 2017 - Giudice Gualandi - G.M.T. (Avv. De Rango) c. F.

AVVOCATO - onorari - richiesta di ingiunzione - competenza - Foro del consumatore - rilevanza d'ufficio - sussiste.

Il Foro competente a giudicare sui rapporti tra Avvocato e cliente è quello della residenza o del domicilio del cliente-consumatore, derogabile solo pattiziamente.

Il Foro territoriale speciale del consumatore deve prevalere su quello ex art. 637 c.p.c., destinato ad operare solo nell'ipotesi in cui il cliente tenuto alla prestazione del corrispettivo all'Avvocato sia una persona giuridica oppure nell'ipotesi in cui il cliente abbia richiesto la prestazione professionale all'Avvocato per uno scopo inerente la sua attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta.

Questo in omaggio al principio per cui, nell'applicare disposizioni di diritto nazionale precedenti o successive alla Dir. CEE 93/13, il Giudice nazionale deve garantire al consumatore una tutela effettiva, tenuto conto in particolare del rischio non trascurabile che questi ignori i suoi diritti o incontri difficoltà per esercitarli. La tutela prevista a favore dei consumatori dalla Direttiva 93/13 si estende, quindi, ai casi in cui il consumatore che ha stipulato con un professionista un contratto contenente una clausola abusiva si astenga dal dedurre l'abusività di detta clausola perché ignora i suoi diritti o perché viene dissuaso dal farli valere a causa delle spese che un'azione giudiziaria comporterebbe " (Sent. Corte Giustizia 21 Novembre 2002, causa C-473/2000 - Cofidis).

Il Giudice deve rilevare d'ufficio l'eventuale incompetenza per territorio in favore del foro di residenza o domicilio del consumatore anche in caso di contumacia del convenuto e anche nel caso di ricorso per ingiunzione.

A.B.

Tribunale di Genova, sez. II civ., ord. 15 gennaio 2017 - Pres. Basoli - Est. Gibelli - T. (Avv. Fleres) c. P. (Avv. Marvulli).

AVVOCATO - controversie in materia di liquidazione di diritti e onorari ex artt. 28 della Legge n. 794/1942 - cause di opposizione a decreto ingiuntivo ex art. 645 c.p.c. - rito

sommario di cognizione ex art. 14 del D.Lgs. n. 150/2011 - applicazione alle cause concernenti la sola liquidazione degli onorari.

(Art. 645 c.p.c., art. 28 l. 13 giugno 1942 n. 794, art. 14 d.lgs. 1° settembre 2011 n. 150)

AVVOCATO - controversie in materia di liquidazione di diritti e onorari ex artt. 28 della Legge n. 794/1942 - cause di opposizione a decreto ingiuntivo ex art. 645 c.p.c. - rito sommario di cognizione ex art. 14 del D.Lgs. n. 150/2011 - controversie concernenti anche la spettanza degli onorari o il contratto d'opera professionale - violazione del diritto di difesa e dei principi di parità di trattamento e del giusto processo - inapplicabilità.

(Artt. 3, 24 e 111 Cost., art. 645 c.p.c., art. 28 l. 13 giugno 1942 n. 794, art. 14 d.lgs. 1° settembre 2011 n. 150)

AVVOCATO - controversie in materia di liquidazione di diritti e onorari ex artt. 28 della Legge n. 794/1942 - rito sommario di cognizione ex art. 14 del D.Lgs. n. 150/2011 - contestazione in punto an debeat - conversione del rito ex art. 4 del D.Lgs. n. 150/2011 - presupposto della errata instaurazione del rito originario - inapplicabilità - inammissibilità o improcedibilità del ricorso originario per sopravvenuta carenza di interesse - riproponibilità della domanda con le forme ordinarie.

(Art. 28 l. 13 giugno 1942 n. 794, artt. 4 e 14 d.lgs. 1° settembre 2011 n. 150)

Interpretando l'art. 14 del D.Lgs. n. 150/2011 con ricorso ai criteri letterale e secondo le intenzioni del legislatore, l'opposizione a decreto ingiuntivo a norma dell'art. 645 c.p.c. è regolata dal rito sommario di cognizione ivi previsto (privo di appello e con possibile difesa personale delle parti) solo per le controversie in materia "di liquidazione" degli onorari e dei diritti dell'Avvocato ex art. 28 della Legge n. 794/1942 (e, quindi, relative al quantum debeat) e non per quelle concernenti, oltreché la liquidazione di onorari, la spettanza degli onorari stessi o il contratto d'opera professionale (aventi ad oggetto, quindi, l'an debeat).

(In senso conforme: Cass. Sez. VI, 14 giugno 2016, n. 12248, 24 giugno 2016 n. 13175 e 12 dicembre 2016 n. 25480, Trib. Mantova, Sez. II, 4 ottobre 2016; In senso contrario, Cass., Sez. VI 29 febbraio 2016 n. 4002)

L'estensione dell'applicazione del rito sommario di cognizione di cui all'art. 14 del D.Lgs. n. 150/2011 anche alle cause di opposizione a decreto ingiuntivo concernenti, oltreché la liquidazione di onorari, la spettanza degli onorari stessi o il contratto d'opera professionale (aventi ad oggetto, quindi, l'an debeat della pretesa), addivenendo addirittura ad un rito unico esclusivo per il recupero crediti degli avvocati, con preclusione del rito sommario comune e dell'accesso alle vie ordinarie, viola il diritto di difesa e il principio di parità di trattamento, (comportando, altresì, l'insorgere di rilevanti problematiche di diritto processuale, con importanti riflessi sostanziali), con particolare riguardo al foro competente (quello adito per il processo nel quale l'avvocato ha prestato l'opera, in deroga anche all'inderogabile foro del consumatore) e all'impugnazione dell'ordinanza che definisce il giudizio som-

mario specialissimo ex art. 14 del D.Lgs. n. 150/2011 (non appellabile e solo ricorribile per cassazione ex art. 111 Cost.), in violazione dei canoni del giusto processo.

(In senso conforme: Cass. Sez. VI, 14 giugno 2016, n. 12248, 24 giugno 2016 n. 13175 e 12 dicembre 2016 n. 25480, Trib. Mantova, Sez. II, 4 ottobre 2016; In senso contrario, Cass., Sez. VI 29 febbraio 2016 n. 4002)

Allorquando, in una controversia in materia “di liquidazione” degli onorari e dei diritti dell’Avvocato ex art. 28 della Legge n. 794/1942, instaurata con il rito sommario di cognizione specialissimo, di cui all’art. 14 del D.Lgs. n. 150/2011, la parte convenuta contesta la pretesa dell’attore in punto an debeat, è inapplicabile la conversione del rito prevista dall’art. 4 del decreto legislativo medesimo, in quanto non si tratterebbe di riportare (secondo la natura e la ratio dell’istituto della conversione del rito) la causa al suo rito naturale, con il quale la stessa avrebbe dovuto essere originariamente instaurata, ma dell’adattamento di una controversia correttamente instaurata, motivato dalla sopravvenienza di una contestazione in punto an, la quale priva invece il ricorso del presupposto per raggiungere l’effetto (la mera liquidazione), ossia dell’interesse ad agire del ricorrente. Il ricorso originario deve, pertanto, essere dichiarato inammissibile, con conseguente recupero della piena libertà di azione delle parti e possibilità di riproposizione della domanda per le vie ordinarie, nell’ottica della più ampia tutela delle ragioni del ricorrente e per l’inadeguatezza strutturale del rito sommario de quo (privo di appello e con possibile difesa personale delle parti) alla trattazione di una causa complessa.

C.F.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 6 luglio 2016, n. 2361 - Giudice Unico Grasso - P. (Avv.ti Pizzorni) c. C. a.p.s. (Avv. Capurro).

AZIONI REALI E PERSONALI - azione di restituzione - azione di rivendicazione - causa petendi come criterio distintivo - scadenza contratto comodato - accoglimento azione di restituzione - diritto all’indennità per miglioramenti - diritto di ritenzione - comodatario quale mero detentore - rigetto.

(Artt. 948, 1150 e 1152 c.c.)

La richiesta di restituzione di beni immobili (nel caso di specie, costituiti da campo da calcio, annesso impianto sportivo, spogliatoi, magazzini e locale aggregativo), conseguente alla scadenza di un contratto di comodato, integra un’azione personale di restituzione.

Essa presuppone il venir meno di un rapporto giuridico di natura obbligatoria e prescinde dalla prova del diritto di proprietà (c.d. probatio diabolica). Per tale ragione, si differenzia dall’azione di rivendicazione (art. 948 c.c.), che si caratterizza per realtà ed assolutezza e necessita della dimostrazione del diritto di proprietà vantato sul bene posseduto da altri.

Il comodatario non può beneficiare del diritto alla corresponsione delle indennità di cui all’art. 1150 c.c. né del diritto di ritenzione previsto dall’art. 1152 c.c. poiché, durante la vigenza del contratto di comodato, riveste la qualità di detentore, sia pur qualificato. I diritti di cui agli artt. 1150 e 1152 c.c. sono, difatti, attribuiti per legge unicamente al possessore di buona fede.

(Nel caso di specie, si è accertato e dichiarato che Parte convenuta (comodatario) occupa senza titolo gli immobili di proprietà di Parte attrice (comodante), con conseguente condanna della prima al rilascio dei suddetti immobili. Il comodatario non ha diritto alla corresponsione di indennità (art. 1150 c.c.), né vanta un diritto di ritenzione (art. 1152 c.c.), in quanto, anche nel periodo successivo

alla scadenza del contratto, non ha compiuto atti di interversione del possesso ma ha riconosciuto l’altrui diritto di proprietà e l’altrui possesso sui beni).

G.B.N. e C.M.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 20 giugno 2016, n. 2201 - Giudice Unico Ziccardi - V. (Avv.ti Bordonaro e Iop) c. C. (Avv. Vassallo) e c. X (Avv. Landini).

COMUNIONE e condominio - infiltrazioni - danni - quantificazione - prescrizione - limiti.

(Artt. 1172 e 2051 c.c.)

In caso di danni da infiltrazioni, il Condominio che, a seguito di accertamento tecnico preventivo, è obbligato ad adottare le misure necessarie al fine di non recare danni ad alcuno e adempiendo alla consulenza tecnica d’ufficio depositata nel procedimento per atp, intervenendo dunque su beni e servizi comuni, è soccombente virtuale. Dunque la domanda risarcitoria formulata dall’attore va accolta limitatamente ai danni “de diem in diem” (a mano a mano che si verificano) essendo, quello del Condominio un illecito permanente. Di talché, il diritto al risarcimento del danno sorge in modo continuo ed in modo continuo si prescrive. Conseguentemente, la prescrizione, in caso di illecito permanente del Condominio provato nel corso del giudizio, si interrompe con il primo atto utile e il risarcimento del danno viene quantificato sotto il profilo temporale, ovvero tra l’inizio del fenomeno e l’anno di interruzione della prescrizione. Qualora il risarcimento non possa essere quantificato in modo certo, il Giudice può procedere ad una valutazione in via equitativa dei danni riscontrati sempre che sia provata, o non contestata, l’esistenza del danno stesso.

(In senso conforme: Cass. n. 6909/2009; Cass. n. 12211/2003; Cass. n. 8004/2005; Cass. n. 24680/2006)

F.A.D.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 6 luglio 2016, n. 2364 - Giudice Unico Bellingeri - R. s.r.l. (Avv. Gazza) c. C. (Avv. Calcagno).

COMUNIONE e condominio - impugnazione della delibera condominiale - trasformazione impianto idrico - lavori straordinari - unanimità - esclusione.

La decisione con la quale si decide la trasformazione dell’impianto idrico da bocca tarata ad acqua diretta con conseguente installazione di contatori individuali non costituisce innovazione, ma semplice miglioramento di un servizio comune. L’assemblea condominiale può deliberare a maggioranza, senza che ciò costituisca violazione di norme del regolamento contrattuale, tutti quegli interventi utili a rendere più razionale ed efficiente l’erogazione dei servizi comuni, in quanto rientra nelle attribuzioni dell’assemblea condominiale la gestione “dinamica” dei servizi comuni, intesa come adattamento nel tempo al fine di un utilizzo più efficiente degli stessi.

(Conforme Cass. 10859/2014)

S.B.L.

Tribunale di Savona, 28 gennaio 2017, Giudice Unico Princiotta.

FAMIGLIA - convivenza more uxorio - morte del convivente - casa familiare - possesso - uso - reintegrazione nel possesso - testamento a favore del convivente.

Il convivente more uxorio che, nell’ambito di una relazione stabile e

duratura, utilizzi, autonomamente o unitamente al partner, l'immobile di proprietà di quest'ultimo, esercita sull'immobile stesso un potere di fatto tale da assumere i connotati tipici di una detenzione qualificata, fondata su un negozio giuridico di tipo familiare.

Il convivente che abbia vissuto stabilmente nell'immobile di proprietà del partner premorto ha diritto a mantenerne il possesso qualora, per disposizione testamentaria, gliene sia stato concesso l'uso dal de cuius.

F.B.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 7 luglio 2016 - Giudice Unico Ferrari - B. S.a.s. (Avv. Bottaro) c. F. Onlus (Avv. Tiscornia).

INGIUNZIONE (PROCEDIMENTO PER) - decreto ingiuntivo - notificazione oltre i termini di legge - inefficacia - opposizione - potere decisorio del giudice - contenuto.

(Artt. 633 e ss. e 644 c.p.c.)

In caso di notificazione del decreto ingiuntivo oltre il termine fissato dall'art. 644 c.p.c., l'opposizione proposta al fine di eccepirne l'inefficacia non esime il giudice dal decidere non solo sulla proposta eccezione ma anche sulla fondatezza della pretesa creditoria già azionata in via monitoria. L'inosservanza da parte del ricorrente dei termini per la notificazione fissato dall'art. 644 c.p.c. può rilevare unicamente ai fini delle spese processuali, consentendo la non ripetibilità nei confronti dell'opponente di quelle relative all'ottenimento dell'ingiunzione dichiarata inefficace.

(In senso conforme si veda: Cass. 29 febbraio 2016, n. 3908)

A.NIC.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 23 giugno 2016 - Giudice Unico Silvestri - R. (Avv. Paneri) c. P. S.r.l. (Avv. Penza).

LAVORO autonomo - contratto d'opera - inadempimento - onere della prova - presupposti - limiti.

(Artt. 2222 e ss. e 2697 c.c.)

Ove il committente svolga eccezione di inadempimento ai sensi dell'art. 1460 c.c. nei confronti del prestatore d'opera che abbia agito per il pagamento del corrispettivo contrattualmente dovuto e quest'ultimo dimostri la sussistenza di possibili concause o cause alternative del malfunzionamento lamentato al committente, spetta al committente l'onere di provare che tale malfunzionamento sia eziologicamente riconducibile all'inadempimento del prestatore d'opera.

A.NIC.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 8 luglio 2016, n. 2382 - Giudice Unico Ferrari - A. (Avv. Tubarchi) c. C. (Avv. Fasani).

LOCAZIONE - recesso del conduttore - gravi motivi - nozione - indicazione - forma scritta "ad substantiam" - necessità.

LOCAZIONE - oneri accessori - prova - necessità.

LOCAZIONE - rilascio - presenza di oggetti del conduttore - rimozione - onere della spesa - prova - necessità.

La prova dell'intervenuta risoluzione di un contratto di locazione, deve risultare da atto scritto, essendo prevista la forma scritta a pena di nullità per tale tipo di contratto (conf. Cass. n. 8504/2011). Affinché il recesso comunicato dal locatore al conduttore sia valido è neces-

saria l'indicazione precisa dei motivi (conf. Cass. n. 549/2012).

Il locatore che pretenda dal conduttore il pagamento delle spese condominiali, deve produrre in giudizio sia i rendiconti dell'amministrazione, sia le relative delibere assembleari di approvazione, non essendo sufficienti i soli rendiconti (conf. Cass. nn. 6202/2004 e 5485/1998).

Qualora al momento del rilascio dell'immobile il conduttore non liberi il bene dagli oggetti ivi contenuti, le spese sostenute dal proprietario per provvedere allo sgombero vanno poste a carico dell'affittuario se debitamente documentate.

F.G.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 1° luglio 2016, n. 1917 - Giudice Unico Ferrari - P. (Avv. Lamberti e Musola) c. D. (Avv. Martini).

LOCAZIONE - mancato pagamento dei canoni - risoluzione del contratto - sussiste - migliorie apportate dal conduttore - diritto al rimborso - non sussiste - indennità pari alla minor somma tra l'importo della spesa e il valore del risultato utile al tempo della riconsegna - sussiste.

(Art. 1952 c.c.)

Le migliorie apportate all'immobile locato da parte del conduttore non legittimano quest'ultimo all'inadempimento dell'obbligazione primaria di pagamento del canone di locazione, laddove le clausole del contratto statuiscano, da un lato, che la parte conduttrice debba sopportare le spese relative alle opere necessarie all'adattamento dell'immobile alle sue specifiche esigenze e, dall'altro lato, che le addizioni e le migliorie non possano essere richieste dal conduttore rimanendo comunque acquisite dal locatore.

In ogni caso, l'art. 1592 c.c. precisa che al conduttore dell'immobile non spetta il rimborso delle spese sostenute per le migliorie apportate, ma l'indennità pari alla minor somma tra l'importo della spesa e il valore del risultato utile al tempo della riconsegna. Peraltro, il diritto alla corresponsione di tale indennità sorge soltanto nell'ipotesi in cui il conduttore l'abbia esplicitamente richiesta, fornendo altresì la prova dello stato dei luoghi all'inizio e alla cessazione del rapporto locatizio.

S.O.C.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 8 luglio 2016, n. 2383 - Giudice Unico Ferrari - L. S.r.l. (Avv. Peluso e Fontana) c. C. S.r.l. (Avv. Bruzzone).

LOCAZIONE - difetto di legittimazione ad agire - efficacia - nullità del contratto - termine rilascio.

(Art. 27 - 56, l. n. 392/1978)

Premesso che la legittimazione ad agire non è del solo proprietario dell'immobile concesso in locazione, bensì anche di chi ha la disponibilità materiale del bene, e che il conduttore ha effettivamente utilizzato i luoghi locati per l'esercizio della propria attività sociale, nei contratti di locazione ad uso diverso da quello abitativo la durata del contratto non può essere inferiore a sei anni anche per aree cd. nude (es. terreno adibito a deposito di materiali) e dunque sono nulle le clausole che stabiliscono una durata inferiore.

Ricalcolando la scadenza effettiva del contratto di locazione peraltro già trascorsa, il Giudice fissa un termine per il rilascio dell'immobile e/o delle aree locate.

(Conferma Cass. Civ. 62000/2005 - Cass. Civ. 8386/1992 - Cass. Civ. 1418/1986 - Cass. Civ. 24843/2014)

F. AD.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 4 luglio 2016, n. 2334 - Giudice Unico Gibelli - Aeroporto Valle d'Aosta (Avv. Spagliardi) c. A. (Avv. Sanguineti).

MANDATO - mandato congiunto - compenso ai difensori - ipotesi di liquidazione differenziata non negoziata - insostenibilità.

La tesi della liquidazione differenziata all'interno di un collegio di avvocati muniti di mandato congiunto e congiuntamente eseguito non può essere accolta. Ed invero, in difetto di una apposita disposizione contrattuale tra il cliente ed i componenti del menzionato collegio, firmatari di tutti gli atti, un giudice, liquidando ab externo, non è in grado di discernere il concreto rilievo del contributo arrecato da ciascuno dei patrocinatori come sarebbe, appunto, possibile al cospetto di una particolarissima strutturazione concordata dell'incarico che, pur congiunto, prevedesse il patrocinio ad opera di un solo mandatario, vuoi per l'intero, vuoi in relazione a determinati atti o ad una determinata fase. Né assume valore l'abitudine della prestazione in ambito distinto da quello oggetto di causa, essendo al contrario assorbente la circostanza che l'opera professionale, incontestata lungo il profilo dell'effettività e della diligenza, vada, per ogni membro del collegio, considerata unica ed inscindibile (Tale principio veniva espresso nel quadro di una vicenda ove si impugnava la parcella di un Avvocato "amministrativista" che, unitamente ad altri due Avvocati "civilisti", componeva un collegio difensivo e ciò sull'assunto rilievo che, vertendo l'arbitrato in materia civile, il suddetto "amministrativista" non potesse vantare un analogo trattamento economico a motivo di un'assistenza di presunto minor impatto da lui svolta. Nel medesimo contesto veniva altresì applicato quale parametro parcellare quello portato dal D.M. n. 54/2014 e non dal precedente del 2012, in quanto l'attività professionale doveva ritenersi espletata fino alla disamina del lodo arbitrale ed alla consentanea sessione con il cliente).

La prova costituita da notule e dal parere del Consiglio dell'ordine è sufficiente al fine dell'emissione del decreto ingiuntivo ma è insufficiente in caso di opposizione da parte del debitore.

C.MED. e C.M.

Tribunale di Genova, sez. IV civ., 22 novembre 2016, n. 739 - Pres. Pugliese - B. (Avv. Buffa) c. P. (Avv. Negro) con l'intervento di B. (Avv. Ottonello).

MINORE - dovere di mantenimento genitori - ascendenti - valutazione delle concrete condizioni economiche.

(Art. 316bis c.c.)

PROCEDIMENTO civile - intervento volontario - rifusione delle spese di lite - parziale compensazione.

Al fine di determinare in che misura gli ascendenti (nomni) debbano contribuire al mantenimento del nipote nel caso in cui il padre del minore non ottemperi a tale obbligo già stabilito in sede giudiziale, deve essere effettuata una valutazione in concreto della situazione patrimoniale dei soggetti; a tale scopo, oltre alle prove fornite dalle parti, il Giudice può avvalersi di indagini di polizia tributaria, in modo da porre a carico di ciascun soggetto un contributo mensile a favore del nipote che sia proporzionale alle proprie sostanze.

Le spese legali dell'interveniente volontario adesivo devono essere parzialmente compensate anche in caso di accoglimento delle domande del ricorrente (rispetto alle quali l'intervento si conformava) quando si tratta di litisconsorte necessario, rispetto al quale sarebbe stata comunque disposta l'integrazione del contraddittorio da parte del Giudice.

F.BGN.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 18 novembre 2016 - Giudice Unico Bozzo Costa - B. (Avv. Raggi) c. L. (Avv. Iavicoli) e c. A. (Avv. Castellano).

PROCEDIMENTO civile - consulenza tecnica preventiva - finalità - inammissibilità.

(Art. 696 bis c.p.c.)

Pur se la contestazione dell'an della responsabilità di per sé stessa non impedisce la proposizione di un ricorso ex art. 696bis c.p.c., non è possibile che la consulenza tecnica preventiva abbia ad oggetto l'accertamento della causa concreta dell'evento sulla base del quale i ricorrenti invocano il diritto al risarcimento dei danni patiti, in quanto tale valutazione deve essere effettuata nel corso di un processo di cognizione ordinario (stante l'importanza della fase istruttoria).

Pertanto, in caso di contestazione, non solo sotto il profilo eziologico, ma anche dei fatti storici, l'istituto previsto dall'art. 696bis c.p.c. non è ammissibile in quanto la consulenza richiesta avrebbe finalità esplorative ed abnormemente acquisitive di prove che mal si conciliano con gli obiettivi di tale procedimento speciale.

F.BGN.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., ord. 17 febbraio 2017 - Pres. Giordano - Rel. Bozzo-Costa - G.C. S.r.l. (Avv. Lacagnina) c. G. S.r.l. (Avv. Nicolini) e c. T. S.r.l. (Avv. Cerisoli).

PROCEDIMENTO civile - rito cautelare uniforme - reclamo - forma - deposito cartaceo - ammissibilità.

(Art. 669 terdecies c.p.c.)

PROCEDIMENTO civile - atti processuali - forma - principio di strumentalità.

(Artt. 121 e 156 c.p.c.)

Il deposito dell'atto in forma cartacea anziché telematica non può essere sanzionato con l'inammissibilità, potendosi comminare tale sanzione solo se espressamente prevista dalla legge, mentre il dl 179/12 nulla dice al riguardo.

(Nello stesso senso anche: Tribunale Asti, 23 marzo 2015 e Tribunale Trani, 5 settembre 2016; contra Tribunale L'Aquila, 4 luglio 2016; Tribunale L'Aquila, 22 giugno 2016; Tribunale Vasto 15 aprile 2016; Tribunale Foggia, 15 maggio 2015; Tribunale Torino, 6 marzo 2015)

Secondo il principio cardine di strumentalità delle forme - desumibile dal combinato disposto degli artt. 121 e 156 c.p.c. - le forme degli atti del processo non sono prescritte dalla legge per la realizzazione di un valore in sé o per il perseguimento di un fine proprio ed autonomo ma sono previste come lo strumento più idoneo per la realizzazione di un certo risultato, il quale si pone come l'obiettivo che la norma disciplinante la forma dell'atto intende conseguire.

(Cfr. Cass. 12 maggio 2016, n. 9772; Cass. S.U., 18 aprile 2016, n. 7665; Cass. S.U. 3 novembre 2011, n.22726; Cass. S.U. 4 marzo 2009, n. 5160)

A.B.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 22 giugno 2016, n. 2210 - Giudice Unico Albino - V. (Avv. Mazzotti) c. Condominio V. (Avv. Meneghello) e c. R. s.n.c. (Avv. Bruzzone) e c. G. S.p.a. (Avv. Poggi) e c. U.S. S.p.a. (Avv. Gualeni).

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità per cose in custodia - presupposti - rapporto di custodia - ruolo della res nella causazione del danno - res inerti e prive di dinamicità

- idoneità - onere della prova - nesso eziologico - prova liberatoria - fattore esterno interruttivo del nesso causale.

La responsabilità, a carattere oggettivo, per i danni cagionati da cose in custodia ex art. 2051 c.c. è integrata dalla sussistenza di due distinti presupposti, individuati, da un lato, nella necessità che il soggetto la cui responsabilità si vuole affermare disponga di un effettivo potere fisico sulla cosa e, dall'altro, nella circostanza che la cosa abbia svolto un ruolo attivo nella causazione del danno.

Il rapporto di custodia, in forza del quale il custode è ritenuto responsabile per ciò solo, in termini sostanzialmente oggettivi, del danno causato dalla cosa, si sostanzia in una mera situazione di appartenenza della res ad un determinato soggetto.

La responsabilità ex art. 2051 c.c. può ritenersi configurabile non soltanto nei casi di cosa pericolosa per intrinseca dinamicità, ma anche in relazione a cose inerti, prive di pericolo e non aventi alcuna dinamicità.

Sul danneggiato incombe la prova del nesso eziologico tra la res e l'evento lesivo, mentre sul convenuto grava la prova liberatoria costituita dall'allegazione e dimostrazione dell'esistenza di un fattore esterno (caso fortuito, fatto del terzo, forza maggiore), idoneo a interrompere il nesso causale.

(Conf: Cass., 19 febbraio 2008, n. 4279; Cass., 25 luglio 2008, n. 20427)

A.BEE.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 30 giugno 2016, n. 2318 - Giudice Unico Albino - A.M. (Avv. Innocenti) c. C.C.S.P. srl (Avv.ti Boggia e Vannucci), P.D. (contumace) e c. M.A. spa (Avv. Soave).

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità medica - obbligazioni di mezzi e di risultato - irrilevanza - prestazione di chirurgia estetica - profilo di responsabilità - onere della prova in capo al medico - diritto al risarcimento del danno - sussiste - responsabilità della casa di cura privata - contratto atipico di ospedalità - responsabilità solidale - sussiste.
(Artt. 1176, 1218 e 1228 c.c.)

In tema di responsabilità per attività medico-chirurgica, è priva di incidenza la distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato. Grava, difatti, sul professionista l'onere di dimostrare l'adempimento ovvero l'esatto adempimento della propria prestazione, sia sotto il profilo dell'osservanza dell'obbligo di diligenza e perizia (art. 1176, secondo comma, c.c.), sia sotto il profilo della conformità quantitativa o qualitativa dei risultati che ne sono derivati.

In particolare, in caso di mancata o inesatta realizzazione dell'intervento (nel caso di specie, dell'intervento chirurgico di rinoplastica), il medico è tenuto a provare che il risultato "anomalo" o anormale rispetto al convenuto esito, e quindi lo scostamento da una legge di regolarità causale fondata sull'esperienza, dipende da fatto a sé non imputabile, in quanto non ascrivibile alla condotta mantenuta in conformità alla diligenza dovuta, in relazione alle specifiche circostanze del caso concreto.

Ciò vale, a maggior ragione, allorché la prestazione medica è di chirurgia estetica, poiché l'intervento è volto specificamente a migliorare l'aspetto fisico del paziente e ad incrementare la positività della sua vita di relazione.

La struttura sanitaria risponde del danno provocato dal medico a titolo contrattuale ex artt. 1218 e 1228 c.c., in quanto l'accettazione ed il ricovero del paziente nella struttura determina la stipulazione di un contratto atipico c.d. di ospedalità.

A carico della casa di cura (o dell'ente ospedaliero) sorgono obblighi di tipo "latu sensu" alberghieri, nonché di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie. A nulla rileva, peraltro, la circostanza che il professionista sia stato scelto dal paziente. (Nel caso di specie, il medico e la casa di cura sono ritenuti responsabili solidalmente delle conseguenze dannose accertate in capo all'attrice, conseguenti alla cattiva esecuzione di un intervento chirurgico di rinoplastica. Nei rapporti interni tra debitori, l'obbligazione risarcitoria è posta interamente a carico del medico).

G.B.N. e C.M.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 8 luglio 2016, n. 2381 - Giudice Unico Bonsignore - F. (Avv. Maggiora) c. Parrocchia N.S.M. (Avv. Canepa) e c. U.S. S.p.a. (Avv.ti Ghibellini).

RESPONSABILITÀ CIVILE - responsabilità per cose in custodia - strade aperte o destinate in concreto all'uso pubblico - assenza di inserimento negli elenchi delle pubbliche vie - obblighi di manutenzione e sicurezza - Autorità amministrativa.

(Artt. 2, c. 7, e 14 D.Lgs. 285/1992)

In assenza di una specifica previsione o di un titolo facente capo all'ente pubblico sono quattro gli elementi atti a caratterizzare la sussistenza della destinazione di uso pubblico delle strade: il passaggio o il transito esercitato da una collettività indeterminata di persone, la concreta idoneità dell'area a soddisfare le esigenze di interesse generale attraverso il collegamento anche indiretto alla pubblica via, la presenza di pubblici esercizi e strutture pubbliche, nonché la sussistenza di fatti o atti giuridici idonei a fondare il diritto di uso da parte della collettività.

(Conf: Cass., S.U., 27 gennaio 2010, n. 1624; Cass., 21 dicembre 2012, n. 23733; Cons. Stato, 24 febbraio 2011, n. 1240)

Quando un Comune consenta alla collettività l'utilizzazione per pubblico transito di un'area privata, assume altresì l'obbligo di provvedere alla relativa manutenzione, integrando l'inosservanza di tale dovere, che costituisce un obbligo primario della P.A. in ragione del principio del *neminem laedere*, gli estremi della colpa, determinando la responsabilità in capo all'Ente per il danno eventualmente cagionato all'utente della strada, a nulla rilevando la proprietà dell'area.

(Conf: Cass., 4 gennaio 2010, n. 7)

Una strada può definirsi a uso pubblico quando può essere utilizzata direttamente e legittimamente da chiunque, indipendentemente dal fatto che sia di proprietà pubblica o privata.

A.BEE.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 15 dicembre 2016, n. 2222 - Giudice Unico Lucca - Calc. ss (Avv. Tiby) c. M.F. (Avv.ti Galligani e Oliveri) e c. L.F. (Avv. Bertuccio).

REVOCATORIA (azione) - revocatoria ordinaria e azione di simulazione - differenze - rapporto di pregiudizialità - simulazione assoluta e simulazione relativa - fattispecie.

(Art. 2901 c.c., art. 1414 c.c.)

REVOCATORIA (azione) - presupposti - credito litigioso - ammissibilità - fattispecie.

(Art. 2901 c.c.)

REVOCATORIA (azione) - eventus damni - scientia damni - sussistenza - fattispecie.

(Art. 2901 c.c.)

REVOCATORIA (azione) - conoscenza del pregiudizio in capo al terzo (participatio fraudis) - sussistenza - prova per presunzioni - ammissibilità - fattispecie.

(Art. 2901 c.c.)

La domanda di simulazione precede, in ordine logico, quella volta ad ottenere la revoca del contratto di compravendita ex art. 2901 c.c. (nella specie è stata esclusa la simulazione assoluta, potendosi al più ravvisare gli estremi di una simulazione relativa -la cui dichiarazione non era stata richiesta dall'attrice- stante la mancata prova dell'integrale pagamento del prezzo).

L'azione revocatoria non è esclusa per il solo fatto che il credito sia contestato o litigioso essendo sufficiente l'esistenza di una ragione di credito (nella specie, il titolo era rappresentato da una sentenza di condanna al pagamento di canoni di locazione appellata dal convenuto e ancora sub iudice).

Per la sussistenza dell'eventus damni e della scientia damni, quali ulteriori presupposti dell'azione revocatoria, è sufficiente, quanto al primo, che il debitore, con il proprio atto dispositivo, abbia reso più difficile ed incerta l'esazione coattiva del credito (nella specie il convenuto aveva venduto alla sorella l'unico bene che aveva, e cioè una quota pari ad un terzo di un immobile in comunione con essa) mentre, quanto al secondo, occorre la consapevolezza da parte del debitore di arrecare pregiudizio alle ragioni del creditore (nella specie tale presupposto è stato ritenuto sussistente in re ipsa avendo il convenuto venduto la quota alla sorella in data 10.11.2015, con trascrizione dell'atto il successivo 16.11.2015, mentre in data 23.10.2015 la sentenza di condanna era stata comunicata ai difensori del convenuto e in data 11.11.2015 la creditrice aveva richiesto la notifica dell'atto di pre-cetto).

Negli atti a titolo oneroso è necessario che il terzo sia a conoscenza del pregiudizio che l'atto arreca alle ragioni del creditore (participatio fraudis); per costante interpretazione non è tuttavia richiesto che il terzo abbia specifica conoscenza del debito e la prova di tale presupposto può essere raggiunta anche tramite presunzioni (nella specie sono stati ritenuti indizi idonei a corroborare tale presupposto il rapporto parentale, il fatto che il venditore si fosse privato dell'unico ce-spite immobiliare, la conoscenza della precaria situazione economica da parte della sorella, nonché la simulazione di un aumento del prezzo della compravendita).

A.FE.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 14 novembre 2016, n. 11169 - Giudice Unico Braccialini - Comune di Genova (Avv. Al-lasia) c. F.F. (Avv. Repetti).

SANZIONI amministrative - appello - esercizio abusivo di taxi - natura giuridica del servizio "app.UBER" - impresa commerciale, che non si limita alla fornitura di mano d'opera - normativa applicabile.

(Artt. 86, secondo comma, e 85, quarto comma, DLgs. 30 aprile 1992 n. 285, c.d. Codice della Strada)

(Si veda anche la sentenza "gemella" n. 16390, in causa Co-mune di Genova (Avv. Allasia) c. M.A. (Avv. Repetti), depositata in Cancelleria dallo stesso Giudice nella stessa data)

E' soggetto alla sanzione amministrativa prevista dall'art. 86, secondo comma, del DLgs. 30 aprile 1992 n. 285 (c.d. Codice della Strada) chi, senza aver ottenuto la licenza prevista dall'art. 8 della legge 15

gennaio 1992 n. 21 adibisca un veicolo a servizio di piazza con con-ducente (taxi). Al servizio svolto con le modalità tipiche della "app. UBER" non è applicabile la norma citata, bensì quella contenuta nel quarto comma dell'art. 85 del medesimo Codice (Nella specie, un pri-vato, che aveva necessità di recarsi da Nervi a Pegli, si era rivolto ad un'impresa commerciale che si presentava come alternativa ai servizi di trasporto tradizionali, in grado di soddisfare le sue esigenze met-tendogli a disposizione, dietro corrispettivo, un conducente ed un vei-colo appositamente selezionati per via telematica)

A.FONT.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 16 giugno 2016, n. 2205 - Giudice Unico Gandolfo - Cond. C.so Firenze (Avv.ti Zi-gnoni) c. M. (Avv.ti Tracci e Vizzini).

SPESE giudiziali in materia civile - accertamento tecnico preventivo - spesa - natura - liquidabilità nel successivo giu-dizio di merito - configurabilità.

Le spese dell'accertamento tecnico preventivo "ante causam" vanno poste, a conclusione della procedura, a carico della parte richiedente (conforme Cass. 15672/2005). È inammissibile il giudizio di merito quando l'attore richieda solo la condanna al risarcimento delle spese sostenute per la fase dell'accertamento tecnico preventivo senza alcuna domanda di accertamento dei motivi che hanno reso necessario l'espletamento di una procedura di istruzione preventiva. (Nel caso di specie l'attore ha agito, chiedendo il solo risarcimento delle spese di consulenza tecnica senza proporre alcuna domanda in ordine alla responsabilità di parte convenuta e senza neppure allegare il ricorso "ante causam", rendendo, quindi, impossibile per il giudice compren-dere le ragioni della domanda per cui si è aperto il procedimento di in-staurazione preventiva).

E.C.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 28 giugno 2016, n. 2255 - Giudice Unico Audifredi - C. S.r.l. (Avv. Gherardi) c. C. E.G.I. s.n.c. (Avv. Tavella).

VENDITA - natura giuridica del contratto - contratto di ap-palto - cessione di beni con posa in opera - vizi della cosa venduta - disciplina applicabile.

Qualora il bene oggetto dell'accordo contrattuale sia di ordinaria pro-duzione e/o commercio da parte dell'assuntore, o gli sia richiesto di apportare delle modifiche finalizzate al semplice adattamento o ad una personalizzazione, è attribuibile una rilevanza preminente alla volontà di trasferimento della proprietà, mentre si ricadrebbe nell'ipo-tesi di appalto, qualora le modifiche fossero tali da rendere il risultato sostanzialmente diverso rispetto al bene standard.

Quindi allorché il programma negoziale abbia quale scopo principale la cessione di un bene e l'esecuzione di opere esclusivamente dirette ad adattare il bene alle esigenze del cliente il contratto sarà qualificabile come cessione con posa in opera, mentre se la volontà contrattuale è di pervenire ad un risultato diverso e nuovo rispetto ai beni utilizzati per l'esecuzione dell'opera allora la prestazione di servizi è assorbente ri-spetto alla cessione dei beni.

Solo nel primo caso della cd cessione di beni con posa in opera potrà essere applicata la disciplina dei vizi in tema di compravendita, con i relativi termini di decadenza per la denuncia del vizio.

S.BL.

Documenti

La Corte di Cassazione e la responsabilità precontrattuale: “looking back, thinking forward”

Eugenio Tagliasacchi

Sommario: 1. *La sentenza della Corte di Cassazione, 12 luglio 2016, n. 14188.* - 2. *La responsabilità precontrattuale: profili generali.* - 3. *L'annosa questione della natura della responsabilità.*

1. La sentenza della Corte di Cassazione, 12 luglio 2016, n. 14188.

Con una recente pronuncia, la Corte di Cassazione(1) è tornata a occuparsi della qualificazione della responsabilità precontrattuale, riportando al centro dell'attenzione il dibattito - invero mai del tutto sopito - su una questione di massima rilevanza, tanto sotto il profilo teorico, quanto sotto quello pratico(2).

Nel caso di specie, la controversia trae origine dalla domanda di risarcimento del danno proposta dalla società attrice nei confronti del Ministero della Difesa, del Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri e della Scuola Allievi Carabinieri di Roma, in ragione del mancato avveramento della *condicio iuris* di efficacia del contratto di appalto stipulato tra le parti, che, ai sensi dell'art. 19 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, avrebbe dovuto ottenere l'apposita approvazione della parte pubblica.

Il Tribunale e la Corte di Appello avevano inquadrato l'ipotetica responsabilità gravante sull'amministrazione nell'ambito dell'art. 2043 c.c. e avevano respinto la domanda, rilevando l'intervenuta prescrizione del diritto di credito per il decorso del termine di cui all'art. 2947 c.c..

Per contro, con il ricorso per cassazione, la società rileva come la condotta debba essere collocata nell'ambito della responsabilità contrattuale, poiché l'approvazione del contratto ad evidenza pubblica, ai sensi dell'art. 19 del r.d. n. 2440 del 1923, deve essere considerata una mera *condicio iuris* sospensiva della sola efficacia di un contratto già concluso.

Merita particolare attenzione la formulazione del motivo di ricorso, così come risulta sintetizzato nella sentenza in commento.

Nella prospettazione del ricorrente, infatti, la circostanza che sia venuta a mancare l'approvazione del contratto in un momento successivo alla stipulazione di questo, comporterebbe la conseguenza che la responsabilità dell'amministrazione sia “ancorata alla violazione dell'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto, ai sensi degli artt. 1358 e 1375 c.c.” e, quindi, configurata come responsabilità di tipo contrattuale, con applicazione della prescrizione decennale, ex art. 2946 c.c..

Sotto questo profilo, dunque, il ricorrente non pare invocare una responsabilità di natura precontrattuale, bensì una vera e propria responsabilità per inadempimento dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nell'esecuzione del contratto o durante la pendenza della condizione. Tuttavia, nella sentenza, si legge ancora che, sempre nell'ottica del ricorrente, la ricostru-

zione in termini di responsabilità contrattuale sarebbe da preferirsi altresì in ragione della circostanza che tra l'amministrazione e il privato vi sarebbe un “contatto sociale qualificato”, dal quale deriverebbero specifici obblighi di protezione della prima a favore del secondo, sicché “l'inadempimento di tali obblighi - non traducendosi in una lesione dall'esterno della posizione giuridica della parte interessata, ossia in virtù della condotta di un soggetto non legato ad essa da una precedente relazione giuridica, come avviene nella responsabilità aquiliana - darebbe luogo ad una responsabilità del tutto assimilabile a quella contrattuale”.

Non pare coerente la sovrapposizione tra la prima ricostruzione come ipotesi di responsabilità contrattuale, fondata sulla considerazione che sarebbe semplicemente mancata l'approvazione di un contratto di per sé ormai già concluso, e questa seconda prospettiva che fa leva, invece, sul “contatto sociale qualificato”.

L'incoerenza di fondo deriva dal fatto che l'invocazione della ben nota figura del *contatto sociale* si giustifica quando si è fuori dal campo contrattuale strettamente inteso, ma, ciononostante, si avverte l'esigenza di applicare il regime relativo alla responsabilità per inadempimento delle obbligazioni, sicché, a tal fine, si afferma che le parti non possono essere considerate alla stregua di estranei privi di qualsivoglia relazione (come invece avverrebbe nella responsabilità aquiliana), in quanto il loro rapporto è per l'appunto qualificato dal contatto sociale.

Ne consegue che non risulta condivisibile l'invocazione di tale teoria da parte del ricorrente per trarre un argomento a sostegno dell'applicazione del regime contrattuale dopo che lo stesso già aveva affermato l'applicabilità dell'art. 1375 c.c. sul presupposto che il contratto fosse concluso.

Nel ritenere fondato tale motivo di ricorso, però, la Corte di Cassazione ne propone una lettura più articolata, optando per la qualificazione della condotta nell'ambito della responsabilità precontrattuale.

La Corte ritiene, infatti, di dover escludere che fosse sorto un vincolo contrattuale tra le parti, in quanto per l'efficacia del negozio risultava necessaria l'approvazione ministeriale ai sensi dell'art. 19 del r.d. n. 2440 del 1923, che richiede l'adozione di un provvedimento espresso. In proposito, i giudici statuiscano che “ai fini del perfezionamento di un effettivo vincolo contrattuale, è insufficiente la mera aggiudicazione pronunciata in favore del contraente, come pure la formale stipula del contratto ad evidenza pubblica nelle forme prescritte dalla legge (artt. 16 e 17 del decreto cit.)” (3). Del resto occorre sottolineare come sia ormai consolidata la giurisprudenza che riconosce la sussistenza della responsabilità precontrattuale in capo all'amministrazione che ometta d'informare il privato circa gli adempimenti che potrebbero determinare l'invalidità o l'inefficacia del contratto, salva la prova concreta dell'irragionevolezza dell'affidamento del privato medesimo(4).

Ma a questo punto, dopo aver escluso la sussistenza di un effettivo vincolo negoziale, la Corte si sofferma in modo approfondito sulla natura della responsabilità precontrattuale, affermando la possibilità di ricondurla a quella per inadempimento ex art. 1218 c.c., in considerazione della sussistenza di un contatto sociale qualificato.

2. La responsabilità precontrattuale: profili generali.

L'origine della responsabilità precontrattuale viene ricondotta all'elaborazione di Rudolf von Jhering(5) in merito alla nozione di *culpa in contrahendo*, utilizzata per spiegare come, nel diritto romano, si potesse ricorrere ad azioni contrattuali in riferimento a contratti invalidi(6). Sotto la vigenza dell'attuale art. 1337 c.c., la figura viene connessa alla violazione dell'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede nello *svolgimento delle trattative* e nella *formazione del contratto*. Va precisato che la violazione della buona fede precontrattuale non può essere circoscritta alle sole ipotesi di mala fede, ossia alle situazioni in cui il contraente scorretto si trova in uno stato soggettivo di consapevole malizia, quindi in dolo, ma va altresì estesa alle ipotesi di trattativa negligente, quindi di colpa, in armonia con l'origine dalla *culpa in contrahendo* di von Jhering. Gli aspetti problematici riferibili alla disciplina della responsabilità precontrattuale sono molteplici e pare opportuno procedere a una sintetica ricostruzione dei profili di maggiore rilievo, per poi concentrarsi sul tema della natura della responsabilità.

Occorre anzitutto interrogarsi circa il contenuto del dovere di buona fede, che si ritiene si estrinsechi in una pluralità di regole di condotta. Si riconosce l'esistenza di un dovere di informazione, quantomeno circa la validità e l'efficacia del contratto, nonché di quelli, ad esso strettamente connessi, di verità e di chiarezza. Un ulteriore specifico dovere è, poi, quello di non deludere l'affidamento di controparte attraverso la rottura ingiustificata della trattativa.

La violazione dei suddetti doveri può assumere diverse forme, sicché si distinguono diverse situazioni di danno precontrattuale(7). La prima e più importante ipotesi riguarda la mancata conclusione del contratto, la quale può dipendere, oltre che dal particolare caso della mancata approvazione dell'Amministrazione, anche dall'ingiustificato abbandono della trattativa e, inoltre, dalla condotta della parte che, col proprio comportamento negligente o scorretto, abbia dato causa al giustificato recesso dell'altra parte.

È comunque pacifico che non ogni abbandono della trattativa integri una scorrettezza precontrattuale, fonte di danni risarcibili. A tal fine sono, infatti, necessarie determinate condizioni e, in particolare, oltre alla prova della sussistenza del danno, occorre un elemento di carattere oggettivo, consistente nel ragionevole affidamento della parte che subisce il recesso sulla serietà delle trattative stesse, derivante dalla circostanza che esse hanno raggiunto uno stadio avanzato, ovvero che vi siano state apposite assicurazioni dell'altra parte. È, poi, necessario un requisito soggettivo e di carattere negativo, consistente nell'assenza di un giustificato motivo per abbandonare il contratto *in itinere*.

La seconda ipotesi di danno precontrattuale riguarda la situazione presa in considerazione dall'art. 1338 c.c., ossia l'ipotesi di conclusione di un contratto invalido oppure, per l'interpretazione prevalente, anche inefficace. L'estensione dell'applicazione dell'art. 1338 c.c. al contratto inefficace induce peraltro a ritenere che la fattispecie prevista dall'art. 1398 c.c., relativa al negozio stipulato dal *falsus procurator*, determini un'ipotesi di responsabilità sostanzialmente assimilabile a quella precontrattuale(8).

Nella giurisprudenza della Corte di Cassazione prevale un orientamento piuttosto rigoroso, che esclude l'applicabilità dell'art. 1338 c.c. in una pluralità di situazioni. Anzitutto la disposizione in questione non trova spazio quando la parte che ha confidato nella validità del contratto è in colpa poiché avrebbe dovuto conoscere la causa di invalidità, oppure, per il principio *ignorantia legis neminem excusat*, quando l'invalidità deriva dalla violazione di una norma imperativa. Ulteriori esclusioni

sono state ravvisate per la violazione della forma scritta nei contratti contro la pubblica amministrazione, per la violazione di una norma posta a protezione della parte che tace la causa di invalidità e, altresì, per il caso della frode del minore che, a ben vedere, non determina l'invalidità del contratto, come statuisce espressamente l'art. 1426 c.c.. Vi è, infine, un'ipotesi che assume particolare rilievo per la somiglianza con il caso oggetto della sentenza in commento: si tratta dell'eventualità in cui sia mancata una *condicio iuris* (anche in questo caso veniva in rilievo l'approvazione del contratto) a causa della violazione di norme di carattere generale, "*di cui poteva presumersi la conoscenza da parte del contraente privato e la cui ignoranza avrebbe potuto comunque essere superata attraverso l'uso della normale diligenza*"(9).

Infine, la terza ipotesi di danno precontrattuale si riferisce alla conclusione di un contratto valido ma che, per la scorrettezza di una parte, risulta pregiudizievole per l'altra.

L'interpretazione tradizionale era incline a ritenere che la sfera della responsabilità precontrattuale fosse rigidamente distinta da quella connessa a un contratto valido, con la conseguenza che, dopo la conclusione di questo, le scorrettezze precontrattuali non potevano più dare luogo all'applicazione dell'art. 1337 c.c., essendo ormai assorbite dall'avvenuta stipulazione del negozio(10). In questa prospettiva, l'art. 1440 c.c. in tema di dolo incidente era considerata l'unica norma che attribuisse rilievo alla condotta tenuta nel corso delle trattative al fine di farne derivare degli effetti anche nel periodo successivo alla stipulazione. A ben vedere, però, in dottrina è stato rilevato come non solo l'art. 1440 c.c., ma anche gli artt. 1491 e 1494 c.c., pur riferendosi a un contratto valido, sono caratterizzati da un'origine precontrattuale(11).

Attualmente dottrina(12) e giurisprudenza(13) prevalenti (ivi incluse le Sezioni Unite) ritengono, invece, che sia perfettamente concepibile una responsabilità precontrattuale da contratto valido; tra le pronunce in tal senso, ha avuto grandissimo rilievo la nota sentenza della Corte di Cassazione resa nel caso Cir-Fininvest(14), in seguito alla quale si potrebbe affermare che dopo il periodo che ha visto la c.d. "fuga dalla responsabilità civile" verso il regime contrattuale, vi sia ora una sorta di "ritorno" alla prima.

Dopo aver brevemente ricordato il contenuto del dovere di buona fede e le diverse situazioni di danno precontrattuale, pare ancora opportuno soffermarsi sul tema della quantificazione del risarcimento(15).

Il discorso va differenziato a seconda che si verta, da un lato, nel caso di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, oppure, dall'altro, di contratto valido ma pregiudizievole. In estrema sintesi, con riferimento alle prime due ipotesi, si può affermare che, siccome l'interesse leso dalla scorrettezza precontrattuale è non già l'interesse alla prestazione, bensì solo quello alla conclusione del contratto, il conseguente risarcimento va limitato al c.d. "interesse negativo" e, quindi, alle spese inutilmente sostenute (danno emergente) e alle occasioni contrattuali perse (lucro cessante)(16).

Secondo un'opinione, inoltre, l'ammontare del risarcimento dell'interesse negativo non può comunque superare l'interesse positivo, ossia quello che sarebbe derivato dalla corretta esecuzione del contratto, non potendosi, per mezzo dello strumento risarcitorio, mettere la parte nella posizione in cui si sarebbe trovata se avesse concluso il contratto. Nell'ipotesi di contratto valido ma pregiudizievole, invece, il risarcimento viene parametrato al c.d. "danno differenziale", consistente nella diversa convenienza del contratto effettivamente stipulato rispetto a quello che sarebbe stato concluso in assenza della

scorrettezza precontrattuale: si tratta, dunque, del minor vantaggio, ovvero del maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede.

In casi eccezionali, infine, la regola del divieto di parametrare il risarcimento all'interesse positivo conosce talune deroghe. Alcune di tali deroghe, peraltro, riguardano i contratti della pubblica amministrazione(17).

3. L'annosa questione della natura della responsabilità.

La questione che ha impegnato maggiormente gli interpreti concerne la qualificazione della natura della responsabilità precontrattuale. Le teorie che si contendono il campo sono tre: la tesi della natura contrattuale, quella che la qualifica come extracontrattuale e, infine, quella, decisamente minoritaria, che la considera alla stregua di un *tertium genus*.

Il dibattito, lungi dall'essere una mera disquisizione teorica, determina una pluralità di conseguenze pratiche, derivanti dalle differenze intercorrenti tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale.

Tra i principali profili di differenza, com'è ben noto, vi è quello relativo al tempo necessario per la prescrizione del diritto, che è decennale *ex art. 2946 c.c.* nella responsabilità per inadempimento e quinquennale (salvo termini diversi nei regimi speciali) nella responsabilità aquiliana (2947 c.c.). Altrettanto rilevante è la differenza in tema di onere della prova del creditore, che nella responsabilità contrattuale è limitato, essendo governato dai principi enunciati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione(18), laddove nella responsabilità aquiliana risulta più gravoso, poiché impone all'attore di dare la prova di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito extracontrattuale(19). Una terza differenza riguarda l'inapplicabilità alla responsabilità extracontrattuale dell'art. 1225 c.c., in tema di non risarcibilità dei danni imprevedibili, articolo che non risulta richiamato dall'art. 2056 c.c.. È, poi, diversa la rilevanza della capacità di intendere e di volere, che è un elemento costitutivo della sola responsabilità aquiliana (art. 2046 c.c.) e non anche della responsabilità per inadempimento, atteso che nella sfera contrattuale tale capacità rileva solo nella fase di conclusione del contratto e non ai fini dell'adempimento o dell'inadempimento delle obbligazioni. Infine l'ultima rilevante differenza riguarda la disciplina della *mora debendi*: se l'obbligazione deriva da fatto illecito la mora è automatica, come risulta dall'art. 1219 c.c. (*mora ex re*), laddove nella responsabilità per inadempimento la mora richiede un'apposita intimazione scritta, salvo che il debitore abbia dichiarato per iscritto di non voler adempiere, ovvero che l'obbligazione avesse un termine che risulta scaduto e dovesse essere adempiuta al domicilio del creditore.

La tesi tradizionale(20), diffusa in dottrina, e assolutamente prevalente in giurisprudenza, riconduce la responsabilità precontrattuale al regime dell'illecito aquiliano, sul presupposto che, non essendo ancora stato concluso il contratto, non vi sia spazio per la responsabilità per inadempimento delle obbligazioni.

La tesi intermedia, del *tertium genus*, pur essendo sostenuta in dottrina(21), è priva di seguito in giurisprudenza, per la difficoltà di individuare un regime di disciplina intermedio tra la responsabilità per inadempimento e quella aquiliana.

Infine, la tesi che invoca l'applicazione delle regole della responsabilità contrattuale, pur essendo sostenuta da autorevolissimi studiosi(22), non è stata accolta di frequente dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione. È in questo senso, quindi, che si può cogliere la portata innovativa della sentenza

in commento, che, con ampia motivazione aderisce all'orientamento minoritario.

Occorre precisare che l'opzione per il regime della responsabilità contrattuale può essere argomentata seguendo due diversi percorsi. Da un lato si può invocare *tout court* il dovere di buona fede stabilito dall'art. 1337 c.c., sul presupposto che esso, come quello di buona fede nella esecuzione del contratto, integri una vera e propria obbligazione, con la conseguenza che verrebbe a configurarsi un'ipotesi di responsabilità per inadempimento di un'obbligazione prevista dalla legge(23). Dall'altro lato si può invocare la teoria del contatto sociale qualificato. La sentenza in commento segue soprattutto questa seconda impostazione, come già avvenne in un celebre precedente della stessa Corte di Cassazione del 2011(24), accompagnato da un altrettanto celebre commento di Carlo Castrovino(25). Nella teoria del contatto sociale, la particolare relazione che si instaura tra i soggetti in ragione delle interazioni reciproche, ovvero della qualifica professionale di uno dei due, determina un affidamento, che il dovere di buona fede impone di non deludere, sicché da questo sorge un obbligo di protezione della sfera giuridica altrui. Ed è proprio tale obbligo di protezione che attrae il rapporto nell'ambito della disciplina della responsabilità contrattuale, ma con la particolarità che si delinea un'obbligazione senza prestazione. Quest'idea dell'obbligazione senza prestazione venne elaborata dalla dottrina tedesca(26) e poi accolta da quella italiana(27).

Anche la giurisprudenza ha mostrato plurime adesioni alla ricostruzione in esame. Ciò è avvenuto in tema di responsabilità del medico dipendente della struttura ospedaliera(28), dell'insegnante per il danno cagionato dall'alunno a se stesso(29), della banca per il pagamento dell'assegno a soggetto non legittimato(30) e, infine, della pubblica amministrazione, in considerazione del "contatto procedimentale"(31).

L'applicazione di tale teoria alla responsabilità precontrattuale risulta, come si è detto, minoritaria ed è stata bersaglio di numerose critiche, che hanno dato luogo a un acceso dibattito. Una parte della dottrina ha criticato questa ricostruzione rilevando come la volontaria assunzione di un'obbligazione avente ad oggetto una prestazione specificamente determinata risulti imprescindibile per proiettarne l'esecuzione in quell'orbita del "dover essere" che caratterizza la responsabilità contrattuale(32). Altri autori, poi, hanno focalizzato l'attenzione non già sul profilo genetico, ossia sul contatto qualificato, che può caratterizzare una pluralità indefinita di relazioni, bensì sul profilo dell'interesse della parte protetta, pervenendo ad escludere l'applicabilità del regime contrattuale in ragione della circostanza che nella fase delle trattative non sussiste ancora l'interesse alla prestazione, che è ciò che puntualmente qualifica la responsabilità contrattuale, distinguendola dagli altri tipi di responsabilità, in cui vengono in rilievo altri interessi della vita di relazione messi a rischio nel contatto sociale(33).

La sentenza in commento, aderendo alla teoria della responsabilità contrattuale, mostra di condividere anche le repliche rivolte dagli autori che sostengono questo orientamento alle critiche mosse da coloro che si collocano sul fronte opposto. In particolare, si osserva come la relazione qualificata che caratterizza il contatto sociale si distingue da quella riferibile alle ipotesi di responsabilità extracontrattuale, in ragione della circostanza che soltanto nella prima risulta presente uno scopo specifico (stipulare un contratto valido e vantaggioso, evitare pregiudizi alla salute o al patrimonio), per il raggiungimento del quale tali beni della vita vengono affidati alla correttezza e alla professionalità altrui.

Questa pronuncia, in sintesi, restituisce l'impressione che la Corte, intervenendo su un tema assai dibattuto, voglia "dialogare" con la dottrina del presente e del passato, sicché c'è senz'altro da attendersi che pure quella del futuro non si sottrarrà al confronto: *looking back, thinking forward*, per l'appunto!

Note:

(1) Cass., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, *Dir. e giustizia*, 2016, 32, 4.

(2) La bibliografia in materia è ricchissima. Tra i primi studi, Faggella, *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, Napoli, 1906; Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, II, 1956, 360; Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963; Messineo, *Il contratto in genere*, Cicu-Messineo, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1973. Più di recente, Rovelli, *La responsabilità precontrattuale*, Bessone, *Trattato di diritto privato*, vol. XIII, *Il contratto in generale*, t. 2, Torino, 2000, 243. Benatti, *Culpa in contrahendo*, in *Contr. e impr.*, 1987, 291.

(3) Cass., sez. I, 15 maggio 2015, n. 10020, *Giust. civ. mass.*, 2015.

(4) Per una recente pronuncia citata dalla stessa sentenza in commento, cfr. Cass., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636, *Foro amm.*, 2015, 6, 1659. Tale sentenza valorizza i profili di autoresponsabilità del contraente privato, affermando che "Nell'accertare se il privato abbia confidato senza colpa nella validità ed efficacia del contratto con la P.A., agli effetti dell'art. 1338 cod. civ., il giudice di merito deve verificare in concreto se la norma violata fosse conoscibile dal cittadino mediamente avveduto, tenuto conto dell'univocità dell'interpretazione della norma stessa e della conoscibilità delle circostanze di fatto cui la legge ricollega l'invalidità".

In senso analogo, Cass. sez. I, 13 maggio 2009, n. 11135, *Giust. civ.*, 2009, 10, I, 2112, anch'essa relativa a un'ipotesi di approvazione ministeriale prevista dall'art. 19 del r.d. n. 2440 del 1923. Nel caso di specie, però, viene esclusa la sussistenza di una responsabilità di tipo precontrattuale: detta approvazione, infatti, secondo la pronuncia "costituisce *condicio iuris*, che incide non sulla formazione ma sulla efficacia del contratto, ed il suo diniego non consente di ravvisare una responsabilità precontrattuale della P.A., qualora la mancata approvazione derivi dalla violazione di norme di carattere generale, di cui può presumersi la conoscenza e la cui ignoranza avrebbe potuto essere superata attraverso l'uso della normale diligenza, non essendo in tal caso configurabile un affidamento incolpevole del privato".

(5) Von Jhering, 'Culpa in contrahendo' oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Jena, 1861.

(6) Castronovo-Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, 326.

(7) Per un riferimento giurisprudenziale recente alle diverse ipotesi di danno precontrattuale, cfr. Cass., sez. I, 23 marzo 2016, n. 5762, *Foro it.*, 2016, 5, I, 1703, secondo cui "la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, previsto dagli artt. 1337 e 1338 c.c., assume rilievo in caso non solo di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche di contratto validamente concluso quando, all'esito di un accertamento di fatto rimesso al giudice di merito, alla parte sia imputabile l'omissione, nel corso delle trattative, di informazioni rilevanti le quali avrebbero altrimenti, con un giudizio probabilistico, indotto ad una diversa conformazione del contratto stesso". Nello stesso senso, Cass., sez. VI, 21 ottobre 2013, n. 23873, *Guida dir.*, 2014, 3, 74.

(8) Si esprimono in questo senso la dottrina prevalente e la giurisprudenza maggioritaria, cfr. Cass., sez. I, 29 agosto 1995, n. 9061, *Giust. civ. mass.*, 1995, 1550, secondo cui "il contratto di natura privatistica stipulato dal legale rappresentante dell'ente pubblico in difetto dell'atto deliberativo dell'organo competente (ratifica) è assimilabile al negozio concluso dal *falsus procurator* ed è soggetto alla relativa disciplina (art. 1388, 1398, 1399 c.c.). Nel suddetto contratto, la fattispecie soggettivamente com-

plexa a formazione progressiva si perfeziona con la ratifica, senza la quale il negozio non è idoneo a produrre effetti nella sfera dello pseudo rappresentato ed il terzo contraente non ha titolo per esercitare nei confronti di quest'ultimo l'azione di inadempimento, che presuppone l'esistenza di un contratto valido ed efficace tra le parti - nè può chiedere il pagamento di una penale, che si ricollega ad una responsabilità prettamente contrattuale - ma può solo invocare la responsabilità del *falsus procurator per culpa in contrahendo* ex art. 1398 c.c., assimilabile a quella precontrattuale (e limitata al c.d. interesse negativo)".

(9) Si fa riferimento alla già citata sentenza Cass. sez. I, 13 maggio 2009, n. 11135, *Giust. civ.*, 2009, 10, I, 2112, in cui si trattava, come nel caso in commento, di un contratto inefficace poiché non approvato ai sensi dell'art. 19, r.d. n. 2440 del 1923.

(10) In questo senso, Cass., sez. III, 25 luglio 2006, n. 16937, *Giust. civ.*, 2006, 12, I, 2717, che afferma "il principio della cumulabilità, nel nostro ordinamento, dei due tipi di responsabilità (contrattuale ed extracontrattuale) da illecito civile è legittimamente invocabile quando uno stesso fatto autonomamente generatore di danno integri gli estremi tanto dell'inadempimento contrattuale, quanto del torto aquiliano (come nel caso, ad esempio, delle lesioni subite dal lavoratore per inosservanza di norme anti infortunistiche), ma non anche nell'ipotesi in cui un'attività prenegoziale astrattamente generatrice di danno (sostanziantesi nelle cosiddette "trattative") confluisca fisiologicamente nel negozio cui essa risultava funzionalmente e teleologicamente collegata, risultando, in tal caso, soltanto il negozio stesso l'eventuale fonte di responsabilità (contrattuale)". Analogamente, cfr. Cass., sez. II, 15 aprile 2016, n. 7545, *Giust. civ. mass.*, 2016, riferita alla stipula di un preliminare, secondo cui "ove alla stipulazione del contratto preliminare non segua la conclusione del definitivo, la parte non inadempiente (nella specie, il promittente alienante) può agire nei confronti di quella inadempiente (nella specie, il promissario acquirente) facendone valere esclusivamente la responsabilità contrattuale da inadempimento di un'obbligazione specifica sorta nella fase precontrattuale e non anche, in via alternativa, la responsabilità precontrattuale da supposta malafede durante le trattative, giacché queste ultime, cristallizzate con la stipula del preliminare, perdono ogni autonoma rilevanza, convergendo nella nuova struttura contrattuale che rappresenta la sola fonte di responsabilità risarcitoria".

(11) Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2012, 123.

(12) Già Luigi Mengoni era di questo avviso, cfr. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit.; Roppo, *Spunti in tema di responsabilità «pericontrattuale»*. *Dialogo con Giorgio De Nova a margine della sentenza di Cassazione sul lodo Mondadori*, *Resp. civ. e prev.*, 2014, 1, 16.

(13) Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, *Foro it.*, 2008, 3, I, 784; Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, *Giust. civ.*, 2008, 12, 2775. Prima di queste pronunce delle Sezioni Unite c'era stato un precedente in tal senso Cass., sez. I, 29 settembre 2005, 19024, *Foro it.*, 2006, 4, I, 1105. Più di recente cfr. le già citate Cass. sez. I, 23 marzo 2016, n. 5762, *Foro it.*, 2016, 5, I, 1703 e Cass., sez. VI, 21 ottobre 2013, n. 23873, *Guida dir.*, 2014, 3, 74.

(14) Cass., sez. III, 17 settembre 2013, n. 21255, *Europa e dir. priv.*, 2013, 4, 1097. Secondo la pronuncia "l'azione di risarcimento danni ex art. 2043 c.c. per lesione della libertà negoziale è esperibile allorché ricorra una violazione della regola di buona fede nelle trattative contrattuali - nella specie, finalizzate alla stipulazione di una transazione - che abbia dato luogo ad un assetto d'interessi più svantaggioso per la parte che abbia subito le conseguenze della condotta contraria a buona fede, e ciò pur in presenza di un contratto valido, ovvero, nell'ipotesi di invalidità dello stesso, in assenza di una sua impugnativa basata sugli ordinari rimedi contrattuali", nonché "chi lamenta di essere stato danneggiato da una sentenza "ingiusta", perché frutto della corruzione di un componente del collegio giudiziario, ha facoltà di esercitare, in via autonoma, un'azione per il risarcimento dei danni ex art. 2043 c.c. per violazione della regola di buona fede nella fase delle trattative, pur in presenza di un contratto valido. All'esercizio in via autonoma dell'azione risarcitoria non è d'ostacolo il rimedio della revocazione straordinaria della sentenza per dolo del giudice ex art. 395 n. 6 c.p.c., perché as-

sorbito dalla sopravvenienza di una transazione tombale, riferibile a quegli stessi fatti oggetto del giudizio e altresì reso inutile per carenza di interesse, a motivo della oggettiva impossibilità, in sede rescissoria, di ripristinare la situazione, quale sarebbe stata in presenza di un giudice non corrotto. Con riferimento alla relazione causale tra i fatti che realizzano la complessa struttura dell'illecito, essa va ravvisata, in base ad un giudizio contro-fattuale, ispirato al principio del "più probabile che no", nell'atto doloso (il comportamento del giudice corrotto) che ha cagionato ad altri un (evento di) danno (la sentenza corrotta), ingiusto (siccome consistente nella ingiusta alterazione delle posizioni contrattuali), da cui scaturisce, una "conseguenza dannosa risarcibile" (la transazione rovinosa), legata da nesso di "conseguenzialità immediata e diretta" ex art. 1223 c.c. con la sentenza frutto di corruzione" e ancora "in virtù dei principi costituzionali del giusto processo e dell'effettività della tutela giurisdizionale, la previsione di cui all'art. 395, numero 6), cod. proc. civ. deve essere interpretata nel senso di non inibire alla parte, vittima di una sentenza pronunciata da giudice corrotto, la possibilità di agire direttamente per il risarcimento del danno ex art. 2043 cod. civ., allorché ricorra una situazione di oggettiva carenza di interesse ad avvalersi dell'impugnazione straordinaria, in ragione sia dell'impossibilità di soddisfare, attraverso l'eventuale pronuncia resa all'esito della fase rescissoria della revocazione, le pretese già in precedenza azionate in giudizio, sia della sopravvenienza di un fatto - nella specie, la conclusione di un contratto di transazione, stipulato nell'ignoranza della vicenda corruttiva - che espliciti effetto preclusivo in ordine alla attitudine della sentenza, frutto di corruzione, ad assumere autorità di cosa giudicata".

(15) In tema, Afferni, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008.

(16) In questo senso la giurisprudenza costante, cfr. ex multis, Cass., sez. II, 27 ottobre 2006, n. 23289, in *Contratti*, 2007, 313.

(17) È quanto avviene, per esempio, quando, nei contratti di appalto con la pubblica amministrazione, il privato riesce a dimostrare che avrebbe concluso il contratto con certezza, se la P.A. non avesse adottato il provvedimento illegittimo. In tal caso, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, egli può pretendere il risarcimento corrispondente all'utile che avrebbe ottenuto dalla conclusione del contratto, (spesso valutato presuntivamente nella misura del 10 per cento del valore dell'appalto), oltre al "danno curriculare", consistente con la maggiore qualificazione che l'impresa avrebbe, se avesse potuto vantare nel proprio curriculum l'esecuzione di quell'appalto. Per una sintesi, cfr. C. St, sez. V, 31 dicembre 2014, n. 6450, *Foro it.*, 2015, 5, III, 299.

¹⁸ Secondo la giurisprudenza il creditore può limitarsi ad allegare l'inadempimento, essendo tenuto soltanto a dare la prova del titolo dell'obbligazione, del danno e del nesso di causalità giuridica tra l'inadempimento e il danno conseguenza. Sul punto cfr. Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, *Nuova giur. comm.*, 2002, I, 349, secondo cui "In tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccepente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione). Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avve-

nuto, esatto adempimento. (Nell'affermare il principio di diritto che precede, le SS.UU. della Corte hanno ulteriormente precisato che esso trova un limite nell'ipotesi di inadempimento delle obbligazioni negative, nel qual caso la prova dell'inadempimento stesso è sempre a carico del creditore, anche nel caso in cui agisca per l'adempimento e non per la risoluzione o il risarcimento)". La pronuncia è stata poi costantemente confermata; si veda, in particolare, l'ulteriore intervento delle Sezioni Unite, Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, *Giust. civ.*, 2009, 11, I, 2532, che afferma che "nel giudizio avente ad oggetto il risarcimento del danno causato da un errore del medico o della struttura sanitaria, al quale sono applicabili le regole sulla responsabilità contrattuale ivi comprese quelle sul riparto dell'onere della prova, l'attore ha il solo onere - ex art. 1218 c.c. - di allegare e provare l'esistenza del contratto, e di allegare l'esistenza d'un valido nesso causale tra l'errore del medico e l'aggravamento delle proprie condizioni di salute, mentre spetterà al convenuto dimostrare o che inadempimento non vi è stato, ovvero che esso pur essendo sussistente non è stato la causa efficiente dei danni lamentati dall'attore".

(19) Si tratta della condotta, del dolo o della colpa, dell'esistenza dell'evento dannoso, del nesso di causalità materiale tra condotta e evento, nonché del nesso di causalità giuridica tra danno-evento e le conseguenze dannose.

(20) Bianca, *Il contratto*, Milano, 2004, 161 ss; Roppo, *Il contratto*, Milano, 2011.

(21) Sacco, *Culpa in contrahendo e culpa aquiliana; culpa in eligendo ed apparenza*, *Riv. dir. comm.*, 1951, 2, 87; Cuffaro, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1267.

(22) Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, II, 1956, 360; Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963; Messineo, *Il contratto in genere*, Cicu-Messineo, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1973.

(23) Merita sottolineare in proposito un passaggio della pronuncia in commento in cui si fa riferimento alle sentenze in cui si è affermato che la violazione del "principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, "costituisce di per sé inadempimento" e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato a titolo di responsabilità contrattuale (cfr., tra le tante, Cass. 21250/2008; 1618/2009; 22819/2010)". Nonché, prosegue la sentenza, "Nella medesima prospettiva - ad evidenziare ulteriormente come la responsabilità di tipo contrattuale possa essere, in concreto, ancorata, oltre che alla violazione di obblighi di prestazione, anche alla violazione di doveri di protezione, che vengono in rilievo prima ed a prescindere dagli altri - questa Corte ha, altresì, statuito che la violazione della clausola generale di buona fede e correttezza, di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., può assumere rilevanza, ai fini della risoluzione del rapporto in inadempimento, qualora, incidendo sulla condotta sostanziale che le parti sono obbligate a tenere per preservare il reciproco interesse all'esatto adempimento delle rispettive prestazioni, pregiudichi gli effetti economici e giuridici del contratto (Cass. 11437/2002)".

(24) Cass., sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648, *Giust. civ. Mass.* 2011, 12, 1795, "La trattativa precontrattuale crea un obbligo di comportamento in buona fede, che distingue tale fattispecie da quella di cui all'art. 2043 c.c., nella quale per contro la lesione precede l'instaurazione di un qualsiasi rapporto tra le parti. La responsabilità che ne scaturisce è di natura contrattuale onde il danneggiato dovrà provare, oltre al danno sofferto, solo la condotta anti-giuridica, non anche la colpa del danneggiante".

(25) Castronovo, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, *Europa e dir. priv.*, 2012, 4, 1233. Sulla stessa pronuncia cfr. anche Scognamiglio, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, *Resp. civ. e prev.*, 2012, 6, 1949.

(26) Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, München, 1987.

(27) Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995.

(28) Cass., sez. III, 22 gennaio, 1999, n. 589, *Nuova giur. comm.*, 2000, I, 334, secondo cui "la responsabilità del medico ospedaliero dipendente ha natura contrattuale, sebbene essa non sia fondata su un contratto interve-

nuto tra le parti, ma su un contatto sociale, caratterizzato dall'affidamento che il malato pone nella professionalità del medico, fonte per quest'ultimo di obblighi di protezione nei confronti del paziente". Successivamente l'orientamento è stato confermato dalle Sezioni Unite, Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, *Giust. civ.*, 2009, 11, I, 2532.

(29) Cass., sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, *Foro it.*, 2002, I, 2635, che ha affermato "nel caso di danno cagionato dall'alunno a se stesso, la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante non ha natura extracontrattuale, bensì contrattuale, atteso che - quanto all'istituto scolastico - l'accoglimento della domanda di iscrizione, con la conseguente ammissione dell'allievo alla scuola, determina l'instaurazione di un vincolo negoziale, dal quale sorge a carico dell'istituto l'obbligazione di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui questi fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni, anche al fine di evitare che l'allievo procuri danno a se stesso; e che - quanto al precettore dipendente dell'istituto scolastico - tra insegnante e allievo si instaura, per contatto sociale, un rapporto giuridico, nell'ambito del quale l'insegnante assume, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e vigilanza, onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona. Ne deriva che, nelle controversie instaurate per il risarcimento del danno da autolesione nei confronti dell'istituto scolastico e dell'insegnante, è applicabile il regime probatorio desumibile dall'art. 1218 c.c., sicché, mentre l'attore deve provare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, sull'altra parte incombe l'onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile né alla scuola né all'insegnante".

(30) Cass., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, *Foro it.*, 2008, 10, I, 2968, secondo cui "la responsabilità della banca negoziatrice per avere consentito, in violazione dell'art. 43, l. ass. (r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736), l'incasso di un assegno bancario, di traenza o circolare, munito di clausola di non trasferibilità, a persona diversa dal beneficiario del titolo, ha - nei confronti di tutti i soggetti nel cui interesse quelle regole sono dettate e che, per la violazione di esse, abbiano sofferto un danno - natura contrattuale, avendo la banca un obbligo professionale di protezione (obbligo preesistente, specifico e volontariamente assunto), operante nei confronti di tutti i soggetti interessati al buon fine della sottostante operazione, di far sì che il titolo stesso sia introdotto nel circuito di pagamento bancario in conformità alle regole che ne presidiano la circolazione e l'incasso; ne deriva che l'azione di risarcimento proposta dal danneggiato è soggetta all'ordinario termine di prescrizione decennale, stabilito dall'art. 2946 c.c."

(31) Cfr., da ultimo, C. St., sez. VI, 30 dicembre 2014, n. 6421, *Foro amm.*, 2014, 12, 3120.

(32) Di Majo, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 49 ss..

(33) Roppo, *Il contratto*, Milano, 2011, 177.

Accettazione dell'eredità e decorrenza della prescrizione (Appunti per una ricerca)

Antonio Fontana

Sommario: 1. Le cause impeditive della prescrizione possono variare nel tempo. - 2. Dall'art. 943 del Codice Pisanelli all'art. 480 di quello vigente. - 3. Regola ed eccezioni nell'art. 480. - 4. Istituzione condizionale. - 5. Accertamento giudiziale della filiazione. - 6. Collegamento fra l'art. 480 e l'art. 2935 cod.civ. - 7. Rilievi conclusivi e nuove prospettive di studio.

1. Le cause impeditive della prescrizione possono variare nel tempo.

Il termine stabilito dall'art. 480, primo comma, cod.civ., per accettare l'eredità è di prescrizione o di decadenza? Questo dilemma ha fatto discutere a lungo. Da circa vent'anni, pur se qualche motivo di dubbio permane, la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza quasi unanime lo risolvono nel primo senso(1). Questa scelta doveva condurle, inevitabilmente, a chiedersi se anche ad esso siano applicabili le norme che nel modo più evidente differenziano i due istituti (arg. ex art. 2964): quelle sull'interruzione e la sospensione. Ne è derivata una serie di contributi apprezzabili, i quali però, a mio avviso, hanno lasciato un po' in ombra una questione che si pone su di un piano diverso, ma non è per questo meno importante. Interruzione e sospensione, per quanto fenomeni differenti, hanno un punto in comune: entrambe possono riferirsi soltanto a termini il cui decorso è già cominciato. Ma esistono pure cause le quali impediscono addirittura che il termine cominci a decorrere, e perciò vengono dette, a ragione, impeditive.

Orbene: tutti i termini, siano essi di prescrizione o di decadenza, hanno un inizio, ovvero, per dirla in latino, un *dies a quo*, che, se si tratta di termine legale, come accade sempre per la prescrizione, la quale non lascia spazio all'autonomia privata (arg. ex art. 2936), e sovente per la decadenza, la quale all'autonomia privata lascia uno spazio circoscritto (arg. ex art. 2965), viene fissato da una norma in cui si rispecchia il giudizio, compiuto dall'ordinamento, sul maggiore o minor grado di meritevolezza degli interessi in conflitto. Ne consegue che la fissazione di ogni *dies a quo* implica una valutazione *lato sensu* politica: si tratta di verificare se, nella specie, esistano, oppure no, situazioni tali da assumere, secondo l'apprezzamento discrezionale che il legislatore ne faccia, la rilevanza di cause impeditive.

Ma, come ci ha insegnato il filosofo, *panta rei*; anche tale valutazione potrà dunque cambiare, nel tempo, se cambia la scala di valori cui il diritto si ispira, e una data circostanza, che sino ad oggi è stata esclusa dal novero della cause impeditive, potrebbe esservi inclusa domani, o viceversa(2). Da ciò la convinzione, che si va sempre più diffondendo, secondo cui la preferenza, da parte del sistema, di un *dies*, piuttosto che di un altro, da cui far decorrere il termine, può avere ripercussioni non meno, anzi, forse ancor più rilevanti in pratica, di una sua interruzione o sospensione.(3)

L'accettazione dell'eredità mi è parso un banco di prova particolarmente adatto per saggiare il fondamento di questa opinione. Perciò nelle pagine che seguono a) parlerò sempre di "prescrizione", ma solo per attenermi, anch'io, a quella che è

la formulazione testuale dell'art. 480 (come pure degli artt. 487 e 525), senza voler con ciò prendere posizione contro chi sostiene trattarsi invece di decadenza, perché la soluzione di una siffatta alternativa è irrilevante, al fine che mi sono proposto; b) parlerò di "diritto", anziché di "potere", di accettare, ma, anche qui, solo per fedeltà al testo di legge, senza la pretesa di compiere opzioni di fondo.(4)

2. Dall'art.943 del Codice Pisanelli all'art. 480 di quello vigente.

Facciamo un passo indietro. Il Codice Pisanelli, all'art. 943, che dell'art. 480 oggi in vigore costituisce l'immediato precedente storico, si limitava a stabilire la durata del periodo utile per accettare l'eredità, senza curarsi di precisare da quale giorno cominciasse a decorrere. Se confrontiamo le due norme, un dato emerge con immediata evidenza: intento del legislatore del 1942 è stato quello di far sì che alla situazione d'incertezza, derivante dalla morte di una persona, quanto al futuro dei rapporti giuridici, che a lei facevano capo, sia posto fine senza eccessivi indugi, mediante il subingresso al suo posto, in tempi ragionevolmente brevi, di altra persona: l'erede. Questo scopo egli ha perseguito in due modi. Da un lato, ha ridotto il termine previsto dall'art. 943, portandolo da trent'anni a dieci; dall'altro, colmando la lacuna lasciata dal suo predecessore del 1865, ha fissato la data della sua decorrenza, che non è sempre la stessa, ma varia in funzione di quel giudizio cui ho accennato.

3. Regola ed eccezioni nell'art. 480.

La materia trova la sua disciplina nel secondo comma(5), che enuncia la regola, facendola seguire da due eccezioni. In linea di principio, "il termine decorre dal giorno dell'apertura della successione". E siccome questa, a sua volta, coincide col momento della morte del *de cuius*, (art. 456) è facile dedurre che più indietro di così, nel tempo, non sarebbe stato possibile risalire. Il legislatore ha dunque voluto che detto termine iniziasse a decorrere fin dal primo *dies* in cui era consentito dalla natura delle cose. A ciò si aggiunga che ha parlato di "successione" *tout court*, senza distinguere fra le due specie in cui questa si articola. Il *dies* è quindi lo stesso, sia per quella legittima, sia per quella testamentaria, con il corollario che, in questo secondo caso, il termine decorre già, ancor prima che, con la pubblicazione del testamento, vengano resi noti ufficialmente i nomi di coloro che vi sono chiamati.

4. Istituzione condizionale.

La prima eccezione riguarda il "caso d'istituzione condizionale". Si tratta di un'ipotesi che può darsi solo in ambito piuttosto ristretto. È ovvio che non ha senso parlare di istituzione condizionale in rapporto alla successione legittima. E per quella testamentaria occorre procedere a una duplice restrizione. L'art. 633 ammette sia la condizione sospensiva sia quella risolutiva, vuoi per le disposizioni a titolo universale vuoi per quelle a titolo particolare. Ai nostri fini, però, rileva solo la condizione sospensiva apposta ad una disposizione del primo tipo: l'unico in cui si avverte l'opportunità di rinviare la decorrenza del termine per l'accettazione al giorno in cui la condizione si realizza (o si acquisisce la certezza che non potrà più realizzarsi); mentre per quella risolutiva la delazione è efficace fin da quando si apre la successione, e quindi rientra nella regola che ho appena ricordato. Quanto alle disposizioni a titolo particolare, è altrettanto evidente che vanno escluse in blocco, poiché esse attribuiscono la qualità di legatario, non quella di erede, ed il legato si acquista *ipso iure*, senza bisogno di accettazione (cfr. artt. 588 e 649).

Dunque, nel lasso di tempo che va dall'apertura della successione al verificarsi dell'evento dedotto in condizione, la prescrizione non corre. La causa impeditiva, nella specie, è costituita per l'appunto dallo stato d'incertezza che consegue all'impossibilità – s'intende, nell'ordine umano delle cose – di stabilire se e quando tale evento si verificherà. Ma, *medio tempore*, si ha qualche mutamento nella sfera giuridica del chiamato? E in caso affermativo, di quale entità? Secondo la tesi(6) alla quale ritengo di dover aderire, sì, ma solo entro limiti ben determinati. Essa infatti si arricchisce, ma non oltre la misura di un'aspettativa. È questa una situazione di vantaggio, di cui un nostro autorevole studioso ha ben definito le caratteristiche, quando ha scritto: "aspettativa non è né la mera speranza di un futuro diritto soggettivo, né, d'altra parte, lo stesso diritto soggettivo: è quella posizione di attesa del soggetto cui l'ordinamento attribuisce rilevanza giuridica, favorendone la conservazione e l'attitudine a trasformarsi nel diritto soggettivo"(7). Finché *condicio pendet*, vale a dire, finché dura lo stato d'incertezza cui accennavo poc'anzi, il chiamato non può esercitare il diritto di accettare l'eredità, per la semplice ragione che questo non esiste ancora; tutt'al più, si può dire che è *in fieri*, ma pur sempre con la possibilità che questo suo processo di formazione svanisca nel nulla. Verrà ad esistenza solo quando l'evento dedotto in condizione, realizzandosi, porterà a compimento quella fattispecie complessa che nell'apertura della successione ha trovato il suo elemento iniziale. Da queste premesse deriva *de plano* anche la risposta all'interrogativo, se ad un'accettazione prematura (*id est* manifestata prima che la fattispecie costitutiva di tale diritto sia completa) possa riconoscersi qualche rilevanza. Essa non è nulla, però è inefficace, di una inefficacia temporanea finché permane la possibilità che l'evento si realizzi, destinata a trasformarsi in definitiva, allorché questa venga meno.

5. Accertamento giudiziale della filiazione.

La seconda eccezione non era compresa nel testo originario dell'art. 480. Vi è stata aggiunta dall'art. 69 del DLgs. 28 dicembre 2013 n. 154, con cui è stata attuata la delega conferita al Governo dall'art. 2 della legge 10 dicembre 2012 n. 219, contenente "Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali". Essa riguarda il caso di accertamento giudiziale della filiazione, e stabilisce che in tale eventualità "il termine decorre dal passaggio in giudicato della sentenza che accerta la filiazione stessa"(8).

È stata recepita così una massima alla cui formulazione la giurisprudenza era pervenuta già da tempo, anche grazie ad un intervento della Corte costituzionale. Con ordinanza(9) del 18 maggio 1976 la Corte d'appello di Catanzaro aveva sollevato questione di legittimità dell'art. 480, per assertedo contrasto con l'art. 3 Cost. Muovendo dalla constatazione che tale norma, dopo aver stabilito in via generale che il diritto di accettare l'eredità si prescrive in dieci anni, e che tale termine decorre dal giorno dell'apertura della successione", prevede un'eccezione a favore "dell'istituzione condizionale, in cui il termine decorre dal giorno in cui si verifica la condizione", i magistrati calabresi lamentavano che "analoga eccezione non fosse prevista anche per i soggetti che siano stati dichiarati figli naturali del *de cuius* con sentenza passata in giudicato posteriormente al decorso del termine decennale di prescrizione benché si trovassero al pari degli istituiti *sub condicione*...nella posizione di non vocati e, come tali, nell'impossibilità di esercitare il diritto di accettare l'eredità entro il decennio dall'apertura della successione". La Consulta, con una sentenza interpretativa di rigetto(10), ha ritenuto che l'art. 480 potesse sottrarsi a tale

censura, perché la tutela dei figli naturali, la cui condizione familiare fosse stata accertata solo tardivamente era realizzabile per altra via, cioè argomentando dall'art. 2935: proprio riguardo ad esso, infatti – ha concluso la Corte costituzionale – “risulta affermato da tempo e costantemente ribadito che la prescrizione non può avere inizio in presenza di un impedimento d'ordine giuridico all'esercizio del diritto”, quale appunto l'estraneità alla cerchia dei “vocati”.

Qui, come ognuno vede, il distacco tra la fase iniziale e quella finale del procedimento successorio è ancor più marcata di quanto avvenga nel caso dell'istituto sotto condizione: il diritto sorge *ex abrupto* come effetto della sola sentenza passata in giudicato, senza neppure quella fase intermedia che è l'aspettativa.

La dottrina ha ben avvertito la portata innovativa di questo temperamento, rispetto al rigore della norma quale era stata redatta nel 1942, ed anche le difficoltà pratiche cui può dar luogo, ma ha ritenuto di poterla condividere, per ragioni d'equità(11).

6. Collegamento fra l'art. 480 e l'art. 2935 cod.civ.

Il collegamento fra gli artt. 480 e 2935 s'incontra sovente, e non solo nella giurisprudenza della Corte Costituzionale(12). La prima norma viene infatti considerata un'applicazione, nel settore del diritto ereditario, di un principio generale, enunciato dalla seconda, che a sua volta deriverebbe dal brocardo medioevale *actioni nondum natae non praescribitur*. Se mi è permessa una breve digressione, credo di poter aggiungere che la portata di tale principio è ancora più ampia di quanto a prima vista si potrebbe credere. È merito di uno studioso(13) che di questi temi si è occupato ripetutamente, l'aver posto in luce che “il concetto di decadenza, inerente alla normativa degli artt. 2964 cod.civ.”, per quanto diverso, è pur sempre “affine... alla prescrizione”. Muovendo da questo assunto, egli ha elencato(14) una serie di disposizioni, collocate nel Capo intitolato alla prescrizione, che possono e debbono trovare applicazione, per analogia, anche alla decadenza, e fra queste ha messo al primo posto l'art. 2935. Ne consegue che anche la decadenza, al pari della prescrizione, comincia a decorrere solo dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere. E ciò conferma che, per l'impostazione che ho ritenuto di dare a questo scritto, la distinzione fra i due istituti poco o nulla rileva(15). Ma, tornando all'art. 480, come si potrebbe enunciare, nel modo più semplice, la *ratio* che giustifica le due eccezioni in esso contenute? Ormai sappiamo che il diritto di accettare l'eredità viene ad esistenza, per l'istituto sotto condizione, solo nel momento in cui quest'ultima si verifica, e per il figlio naturale solo nel momento in cui passa in giudicato la sentenza che accerta il suo *status familiae*. Dunque, ci si potrebbe esprimere così: non sono soggetti a prescrizione...i diritti che ancora non esistono. Per giungere a tanto, non mi sembra si debba porre mano a principi generali, rivestiti magari di forme latine: basterebbe anche Monsieur de Lapalisse.

7. Rilievi conclusivi e nuove prospettive di studio.

Piuttosto, è da notare che l'art. 2935, fin dalla sua formulazione letterale, si riferisce non già a diritti che semplicemente esistono – il requisito dell'esistenza essendo dato per scontato(16) – bensì a diritti che possono essere fatti valere. Da ciò il vero problema: quando si può ravvisare un diritto che, pur esistendo, non può, almeno temporaneamente, esser fatto valere? L'attenzione deve necessariamente spostarsi dal lato oggettivo (l'esistenza del diritto), a quello soggettivo: le condizioni in cui si trova il suo titolare. In questo senso, del resto, sembra orientato un altro brocardo, anch'esso ampiamente citato: *contra non valentem*

agere non currit praescriptio. Ma con questo siamo ancora nel vago. Infatti, si presenta subito un'altra domanda: chi non è in grado di far valere il proprio diritto? In proposito, si possono fare tante ipotesi; qui mi limito a ricordare quella che, per la sua immediata evidenza, si presenta per prima alla mente di tutti: non può esercitare il proprio diritto chi ignora di averlo. L'esempio classico, ricavato dall'art. 2941 n. 8, è quello del creditore, cui il debitore abbia in mala fede occultato l'esistenza del credito. Per quanto riguarda l'accettazione dell'eredità, si può ricordare il caso, espressamente previsto dall'art. 70, della successione alla quale sarebbe chiamata una persona di cui *nescitur ubi sit et an sit*, : è di tutta evidenza che questa non può essere informata del mutamento avvenuto nella sua sfera giuridica. Oppure quello, che costituisce un vero topos della nostra materia, del testamento olografo rimasto chiuso nel cassetto segreto di una scrivania, e trovato fortunosamente solo quando è già trascorso il fatidico decennio dalla morte del *de cuius*(17). E potrei continuare ancora a lungo. Ma ne risulterebbe solo un elenco arido e schematico. Mi sembra preferibile una semplice indicazione di massima: nella fase cui oggi è pervenuta, dopo un'elaborazione secolare, la nostra materia, una delle questioni più delicate, e al tempo stesso più appassionanti, che bisogna affrontare è quella di stabilire se, e fino a che punto, delle condizioni personali e (perché no?) familiari e sociali del titolare del diritto sia opportuno tener conto, allorché si tratti di determinare il *dies a quo* per il decorso del relativo termine di prescrizione (o di decadenza).

Un compito così impegnativo non può essere assolto nel breve giro di poche pagine: occorre una serie di studi monografici. Alcuni di essi sono già stati dati alle stampe(18), e c'è da augurarsi che altri vengano presto ad arricchire la bibliografia di cui disponiamo, per non parlare dell'apporto, prezioso, che possono fornire altri operatori del diritto, i magistrati in particolare. Anch'io spero di poter dare ancora qualche sia pur modesto contributo, ma confido soprattutto nei giovani: per me, infatti, il tempo dei programmi si va rapidamente riducendo, mentre si avvicina quello, temibile, dei bilanci.

Note:

(1) Cfr., fra le opere più recenti, M. GORGONI, *Accettazione dell'eredità. Disposizioni generali*, nel *Commentario al cod.civ.* diretto da Schlesinger e Busnelli, Milano, 2014, p. 381 ss. Il sostenitore più energico della tesi secondo cui si tratterebbe di decadenza è stato L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, nel *Commentario* diretto da Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1997, p. 304 ss., che ha ripreso e sviluppato un cenno di A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, nel *Trattato* diretto dallo stesso Cicu e da Messineo, Milano, 1961, p. 168; per altri riferimenti v. lo stesso Ferri, *op. cit.*, p. 305, nt. 3.

(2) Un caso clamoroso si è avuto con la sentenza della Corte costituzionale 10 giugno 1966 n. 63, in *Giur.cost.*, 1966, p. 945 ss., con Nota critica di A. CHIOLA, *Il nuovo dies a quo nella prescrizione dei crediti di lavoro*, cui ha fatto seguito una polemica troppo nota per dover essere qui ricordata in dettaglio (basti dire che in essa è intervenuto, a favore del Chiola, anche F.SANTORO PASSARELLI, *Riflessioni sulla prescrizione nel rapporto di lavoro*, ora in *Libertà e autorità nel diritto civile*, Padova, 1077, p. 379 ss.), e, comunque, ormai sepolta sotto la valanga dei successivi, disordinati provvedimenti in tema di licenziamento, che hanno allontanato dal diritto del lavoro non pochi studiosi, fra i più seri.

(3) Cfr. P.VITUCCI e F. ROSELLI, *La prescrizione*, nel *Commentario*, già cit. di Schlesinger e Busnelli, I, Milano, 2012, p. 16-17.

(4) Diversamente S. ROMANO, *Decadenza*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, p. 46 ss., che riconduce la distinzione fra prescrizione e decadenza proprio a quella fra diritto e potere; ma la sua

tesi, per quanto suggestiva sul piano della teoria generale, non può essere accolta *de iure condito*: dal Codice vigente risulta infatti che ad un medesimo “diritto” possono trovare applicazione entrambi gli istituti: si confrontino, ad es., il primo ed il terzo comma dell’art. 1495, in tema di garanzia per i vizi della cosa venduta.

(5) Argomentando dalla sua formulazione testuale, ove è detto che “il termine non corre per i chiamati ulteriori” alcuni studiosi fanno riferimento anche al terzo ed ultimo comma (v., anche per il ricco apparato bibliografico, G. PERLINGIERI, *L’acquisto dell’eredità*, in *Diritto delle successioni e delle donazioni* a cura di Calvo e Perlingieri, I, Napoli, 2013, p. 344 ss.). A mio sommo avviso, qui abbiamo invece la sospensione, a vantaggio, appunto, dei chiamati ulteriori, di un termine il cui decorso era già iniziato, e potrà riprendere, se e quando l’acquisto dei primi perda efficacia, in quanto, ad es., essi esercitino vittoriosamente l’azione di annullamento del negozio di accettazione per violenza o dolo (cfr. art. 482). Si tratta, peraltro, di questione non facile, che mi propongo di riprendere in altra sede, con più specifico impegno.

(6) Peraltro, non condivisa da tutti. Sullo stato della questione cfr. G. PERLINGIERI, *L’acquisto dell’eredità*, cit., p. 206 ss., e R. CALVO, *L’istituzione a termine e sotto condizione*, in *Diritto delle successioni e donazioni*, cit., II, Napoli, 2015, p. 1056 ss., specie p. 1061, testo e nt. 30, con abbondanti richiami.

(7) F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964, p. 75.

(8) Sul punto, l’elaborazione dottrinale è appena agli inizi; cfr. R. CALVO, *L’istituzione a termine e sotto condizione*, cit., p. 1060, nt. 29, e, sui problemi di diritto transitorio, M. GORGONI, *Accettazione dell’eredità*, cit., p. 396, nt. 48.

(9) In *Giur. Cost.*, 1976, II, p. 1966.

(10) Del 29 giugno 1983 n. 191 in *Giur. Cost.*, 1983, I, p. 987.

(11) Scrive P. VITUCCI, in P. VITUCCI e F. ROSELLI, *La prescrizione*, cit. I, p. 137: “Da questo differimento della decorrenza (dall’apertura della successione al passaggio in giudicato della sentenza) possono nascere gravi inconvenienti, per la necessità di regolare nei confronti dell’erede sopravvenuto rapporti patrimoniali relativi ad una successione aperta da molti anni, ma, nel bilanciamento degli interessi, si ritengono prevalenti le esigenze di protezione e parificazione dei figli nati fuori del matrimonio”.

(12) Cfr., ad es., M. GORGONI, *Accettazione dell’eredità*, cit., p. 394 ss., ove riferimenti.

(13) V. TEDESCHI, che ha riassunto gli esiti delle sue precedenti indagini nella voce *Decadenza*, in *Encicl. Dir.*, XI, Milano, 1962, p. 270 ss.

(14) Cfr. s.v. *Decadenza*, cit., p. 790.

(15) Non è mancato neppure chi ha ritenuto di poter costruire un istituto unitario, ottenuto per...ibridazione, estraendo, sia dall’uno sia dall’altro Capo, le norme ritenute più confacenti allo scopo: cfr. E. BERGAMO, *Termine per accettare l’eredità: “decadenza prescrittiva”*, Nota a Cass. 5 febbraio 2004 n. 2202, in *Giur. It.*, 2004, I, 1, col. 2281.

(16) Del resto, lo si potrebbe desumere, argomentando *a contrario*, anche dal brocardo appena citato: basta capovolgere la forma negativa in cui è espresso, per ottenere quella, positiva, secondo cui *actioni tantum natae praescribitur*.

(17) Cfr., ancora recentemente, Cass. 8 gennaio 2013 n. 264 con Nota di M. LUCCI, *Accettazione dell’eredità e ruolo della vocatio*, in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 2081, e di G. VIDIRI, *La decorrenza del termine di prescrizione del diritto di accettazione dell’eredità: un problema da sempre discusso, ibidem*, p. 2518.

(18) Cfr., ad es., V. SCIARRINO, *La successione morti causa e i nascituri*, in *Vita not.*, 2005, II, p. 1793 ss., ov’è affrontato un altro aspetto, che ben può dirsi classico, della nostra tematica.

Sacer esto.

Diritto e processo tra sacro e profano (1) *Appunti su di un concetto chiave dell’Antropologia giuridica*

Marcello Castiglione

Magistrato presso la Corte d’Appello di Genova

Sommario: 1. *Rito e processo tra sacro e profano* - 2. *Alle origini del diritto romano* - 3. *Sacer esto* - 4. *Sospensione del diritto e feste di rinnovamento*.

La riluttanza a riconoscere la forza quasi *arcana* delle più antiche tradizioni, è un’invenzione recentissima.

Giorgio de Santillana e Hertha von Dechend

1. Rito e processo tra sacro e profano.

Come è stato acutamente osservato, è possibile scorgere una profonda analogia di struttura e di funzioni (2) – a livello concettuale ed operativo – tra il *rito religioso* e l’*attività giudiziaria*, tra il *rito* ed il *processo* (Sergio Ferlito, *Le religioni, il giurista e l’antropologo*). (3) Invero, dietro la fenomenologia del diritto è spesso rinvenibile l’influsso della religione, che ha lasciato la sua impronta in molti istituti giuridici, anche se ciò emerge con chiarezza solo dopo un’indagine che tenga conto dei risultati emersi dalle ricerche, anche in tempi abbastanza recenti, a carattere socio - antropologico. Il *rito* ed il *sacro* sono categorie concettuali apparentemente eterogenee ma strettamente *connesse* nella forma e nella sostanza. (4) Il *sacro* rappresenta l’esperienza fondamentale e primordiale dell’umanità, l’esperienza della potenza insita nella natura delle cose che circondano e delimitano l’ambiente dell’uomo, nelle cose della natura che all’uomo non è possibile apprendere, comprendere e controllare con le sue sole forze e capacità cognitive ed operative. Compendia – il *sacro* – l’esperienza del diverso e del sorprendente. “È una forza ambigua e strutturalmente ambivalente, capace di essere ad un tempo fonte di vita come causa di morte, potere che genera e rigenera, ma al contempo annichilisce e distrugge” (Sergio Ferlito, *op.cit.*). Rappresenta – il *sacro* – ciò che è separato dal mondo degli uomini, una forza impersonale, inviccinabile, un tabù, che esclude ogni contatto perché rende impuri: lontano ma onnipresente e vicino nello stesso tempo, può apparire all’improvviso in ogni momento manifestandosi in qualsiasi cosa od evento fenomenico e provocare l’*horror*, il *brivido sacro*, che fa tremare il corpo e rizzare i capelli. Proprio perché è una manifestazione di potenza da venerare e temere nello stesso tempo, il *sacro* deve essere accostato dagli uomini, che ne percepiscono ed intuiscono la presenza in tutte le cose, seguendo una procedura specifica e molto sofisticata, costituita da atti, gesti e comportamenti rigorosamente connessi e formalizzati, definiti e governati da *regole* precise. In altre parole il *rito* (5) è una tecnica religiosa che consente all’uomo di avvicinarsi al *sacro*, utilizzandolo per i propri fini, senza correre rischi. Per questo la vita religiosa come l’esistenza quotidiana degli uomini primitivi erano condizionate pesantemente dall’osservanza di rituali ineliminabili ed immutabili nel tempo. La *ripetizione* immutata degli stessi rituali ne garantiva la perdurante efficacia nel tempo. Essi comprendevano anche la ripetizione di preghiere o formule magiche, atte – per l’appunto – a catturare la potenza del *sacro* ed indirizzarla o piegarla al perseguimento dei risultati voluti. L’immutabilità dei riti riflette il conservatorismo delle religioni primitive, che non avevano spirito spiri-

mentale ed innovativo ma tendevano piuttosto a conservare immutati gli strumenti la cui efficacia reale o presunta era già stata convalidata dall'esperienza. Nel linguaggio la parola *ritus*(6) è etimologicamente affine ad *ars* (derivando da una medesima radice indoeuropea RT) che indica la capacità di agire nel modo giusto.(7) Questa capacità è essenziale quando si tratta di interagire con una forza soprannaturale come quella del sacro osservando un ordine, ovvero una sequenza rigorosamente ordinata di azioni, la cui violazione espone gli uomini a rischi incalcolabili. Spesso – come avverte l'Autore citato – la conoscenza di queste regole operative e *tecniche di manipolazione del sacro* diviene una conoscenza altamente specialistica riservata ad un gruppo circoscritto di individui, che costituiscono una specifica classe sociale deputata ad intrattenere in via esclusiva – per conto della comunità – le relazioni col sacro. È questa la *classe sacerdotale*.(8)

Il rito giudiziario, celebrato quotidianamente nelle aule di giustizia, oltre al nome ha conservato tanti elementi caratterizzanti del rito religioso, che rappresentano vere e proprie analogie e riflettono – al fondo – l'esistenza di un substrato ovvero di un'origine comune, per quanto *remoti* ed oggi difficilmente riconoscibili. Così dicasi per quei formalismi difficilmente giustificabili da ragioni sostanziali e talvolta esasperati dall'interpretazione giurisprudenziale, per l'uso di formule tratlative, per gli strumenti comunemente impiegati dagli operatori di giustizia, come l'uso della toga che contraddistingue giudici ed avvocati, come coloro che impersonano la giustizia – siccome esercitano la funzione giurisdizionale – e coloro che possono richiedere l'esercizio di tale funzione, essendovi abilitati dal possesso di particolari competenze che li qualificano come operatori del diritto. V'è al fondo una concezione religiosa o sacrale della giustizia,(9) che si riflette per l'appunto nel rito processuale ed in un certo formalismo e conservatorismo ancora molto radicati nella cultura di tanti operatori del diritto. Questa concezione permeava le *forme più primitive di giudizio*, quando il *diritto era ancora fuso con la religione*, allorché si credeva con l'osservanza di una determinata procedura, che caratterizzava quelle forme di giudizio, di provocare e determinare l'intervento e la decisione della divinità su di una questione produttiva di effetti giuridici. Il c.d. *giudizio di Dio* od *ordalia*(10) era diffuso presso tutti i popoli del mondo.(11) Esso richiedeva alle parti il superamento di determinate prove il cui esito era concepito come manifestazione diretta della volontà divina. In esso il sacro, inteso come elemento mistico o magico nelle religioni più primitive, come intervento diretto della divinità nelle religioni deistiche, aveva una posizione di primo piano. A volte l'ordalia si combinava col giuramento, col quale la parte si consacrava alla potenza del sacro e si esponeva alle conseguenze derivanti dallo spergiuo, invocando su di sé la maledizione e la sanzione divina in caso di violazione del giuramento.(12)

Plutarco informa che quando Romolo fu sul punto di fondare la città – Roma – mandò a chiamare in Toscana degli uomini per *dirigere le cerimonie* secondo la *disciplina etrusca*.

Joseph Campbell

2. Alle origini del diritto romano.

Nel diritto romano delle origini e nella forma più arcaica(13) del processo,(14) quella delle *legis actiones*, l'impronta religiosa(15) è riconoscibile nella *legis actio sacramento*, che poteva essere diretta a rivendicare la proprietà di un bene (*actio in rem*) o ad affermare un proprio credito (*actio in personam*). In que-

sto *modus agendi* il *sacramentum* costituiva una forma di garanzia processuale. Ridotto in epoca storica ad una specie di scommessa rappresentata da una somma di denaro il cui ammontare, pagato dal perdente, andava a favore dell'erario, in origine costituiva un giuramento di carattere religioso che comportava l'intervento della divinità nel processo. D'altra parte a Roma antica fino quasi al V secolo il diritto fu monopolio del *collegio dei pontefici*, dal quale dipendeva la giurisprudenza. Nelle fonti si legge: "*iurisprudencia est divinarum humanarumque rerum notitia*": onde si afferma che la giurisprudenza era la conoscenza – riservata al *collegio dei pontefici* – del diritto umano e divino (*fas et ius*) che erano fortemente compenetrati nel diritto romano delle origini. Il che non è esatto. La giurisprudenza prima di essere una conoscenza era intesa in origine come una procedura magico-religiosa ovvero una tecnica operativa che concerneva tanto il rito giudiziario quanto il rito religioso. La stessa parola "*prudencia*" come prerogativa dei pontefici – tradotta generalmente come saggezza o conoscenza del diritto – più propriamente indicava la facoltà di agire correttamente o ritualmente, rimandando a quel concetto di tecnica sacrale, che sottendeva una forma di cautela nei rapporti col sacro, da cui traeva fondamento il diritto. In altre parole i pontefici in origine piuttosto che giuristi o depositari della scienza giuridica erano *operatori magico-sacrali*, capaci di interpretare con l'impiego di particolari procedure la volontà degli dei e tradurla in norme giuridiche.(16) Lo dimostra anche l'etimologia del loro nome da "*pontem facere*" (costruttori di ponti)(17) – già presente in Varrone(18) – che tradisce la loro natura e funzione originaria di *artigiani magici*. (19)

Il Cielo e la Terra non sono umani o benevoli alla maniera degli uomini, essi considerano tutti gli esseri come se fossero cani di paglia che si usano nei sacrifici.

Lao Tze (*Tao - Tè - King*)

Non accostatevi a me, ospiti, restate dove siete, affinché io non rechi danno ai puri col contatto e persino con la mia ombra. Tanto efferato è il delitto radicato nel mio corpo.

Ennio (*Tieste*)

3. Sacer esto.

Nel diritto criminale romano una delle sanzioni più antiche previste dalla *civitas* era la dichiarazione di "*sacertà*" del reo,(20) che equivaleva ad una sua *consacrazione agli dei*.(21) Nata come rito religioso, in età cittadina era trasformata in una pronuncia giudiziaria conseguente alla commissione di un delitto che avesse comportato la violazione di qualche dovere religioso. Di questo non v'è dubbio. Dubbi e discutibili sono il significato, la natura e gli effetti di questa condanna, espressa da una formula ambigua che rimanda all'originario fondo *sacrale e religioso* del diritto romano. La formula in esame richiama la *natura ambivalente del sacro*(22) come espressione di una realtà diversa da quella umana: onde consacrare agli dei un individuo colpevole di un delitto equivaleva nella forma e nella sostanza ad escluderlo dalla *civitas*, separarlo dal consorzio civile,(23) metterlo al bando, privandolo dei diritti civili, politici e religiosi. Intanto, l'*homo sacer* perdeva la qualità di cittadino: onde la *sacratio* equivaleva ad una morte civile, per effetto della quale l'individuo colpito dalla sanzione non era più considerato come un membro della comunità che lo aveva ripudiato. Anche se la condanna non comportava automaticamente – come effetto della pronuncia – l'eliminazione fisica del soggetto, chiunque poteva

ucciderlo senza essere imputato di omicidio: pertanto la sua uccisione, anche se non era una conseguenza diretta della *sacratio*, ma solo un'eventualità, non era comunque considerata un omicidio (Eva Cantarella, *I supplizi capitali. Origine e funzioni della pena di morte in Grecia e a Roma*).⁽²⁴⁾ In questo senso la consacrazione del soggetto significava la sua espulsione dal mondo civile, che si identificava con la *civitas*: indicava l'attribuzione di una condizione, diversa da quella umana, che suscitava orrore e disprezzo. Si rinviene un'applicazione dello stesso concetto nella pena del sacco (*poena cullei*) prevista dal diritto romano per il reato di omicidio. Era questo un rito molto particolare regolato da una procedura carica di significati simbolici e misteriosi. L'esecuzione della pena consisteva nel rinchiodare il condannato in un sacco e nel cacciarlo in mare. In attesa dell'esecuzione al parricida venivano fatti calzare degli zoccoli di legno e gli veniva coperto il capo con un cappuccio di pelle di lupo. Siccome il lupo come animale selvatico per la sua ferinità ed aggressività non essendo addomesticabile rappresentava un termine fisso di opposizione alla società civile, il travestimento dell'uomo da lupo assumeva un significato rituale magico-religioso: significava – anche in questo caso – l'espulsione dalla società civile del condannato, che privato della sua umanità era costretto a vivere e vagare al di fuori della *civitas* come un animale selvatico, privo di qualsiasi protezione sociale e religiosa.⁽²⁵⁾ Equivalenza nella sostanza ad una sua consacrazione agli dei: onde il condannato non apparteneva più alla comunità umana e civica,⁽²⁶⁾ ma apparteneva agli dei, come *l'animale destinato al sacrificio*.⁽²⁷⁾

Non indigniamoci che i corpi mortali si disgreghino:
ecco che possono anche le città morire.

Rutilio Namaziano (*De reditu suo*)

Il periodico riproporsi del *mito* attraverso il *rito* è dunque la strada attraverso la quale il ritorno all'*illud tempus* garantisce un continuo rigenerarsi delle energie umane, un *eterno ritorno* alle fonti della vita.

Franco Cardini

Gli astri creano inedite forme e il cielo intreccia tra loro gli aspetti.

Manilio (*Astronomica*)

La ruota della fortuna è fabbricata in modo tale da includere in sé rapporti molto più importanti di quelli tra *guadagno* e *perdita*.

Ernst Junger

4. Sospensione del diritto e feste di rinnovamento.

Vale rimarcare che i Romani identificavano il mondo con la *civitas*: intanto, il possesso dei diritti civili e politici – ovvero la personalità giuridica – che denotava la condizione del cittadino, assumeva una connotazione esistenziale. La perdita dei diritti equivaleva sempre ad una morte civile: onde il soggetto privato dei diritti non era più considerato un membro della comunità umana⁽²⁸⁾. Il possesso dei diritti era ben rappresentato dalla facoltà di agire in giudizio: identificando concretamente il diritto con l'*actio* – ovvero con la facoltà di agire in giudizio per far valere il diritto – i Romani mostravano di privilegiare il momento dell'azione – che aveva uno sfondo rituale e religioso – sulla considerazione sostanzialistica del diritto. La chiusura dei tribunali nei giorni festivi comportava un vuoto o mancanza di azione, che rendeva tutti inerti (*inertia* in opposizione ad *ars* indicava la man-

canza di azione): intanto, l'impossibilità di far valere i propri diritti equivaleva alla perdita temporanea dei diritti stessi e comportava l'annullamento temporaneo della personalità giuridica. Significava anche – la chiusura dei Tribunali – la *cessazione della legge e la sospensione dell'ordine e del tempo*:⁽²⁹⁾ nello stato caotico di confusione delle *forme* e delle *norme* che ne derivava cadevano le barriere tra gli uomini, la società, la natura e gli dei. Nei *Saturnali*,⁽³⁰⁾ che coincidendo col solstizio invernale erano una festa di fine anno, l'umanità regrediva temporaneamente ad uno stato primordiale che rievocava il *regno aureo di Saturno*, anteriore alla fondazione della comunità civile ed alla creazione delle leggi, nel quale il clima libertario della festa giustificava ogni forma di trasgressione. I cittadini dismettevano la toga virile e si travestivano da schiavi. Questi sedevano a banchetto coi padroni, avevano la precedenza su di essi o addirittura erano loro ad essere serviti dai padroni. Era permesso il gioco d'azzardo, normalmente vietato ai cittadini romani dalla legge. Era questo il *tempo sacro della festa*, nel quale si concentrava e si manifestava tutta la potenza del sacro. Ma questo rovesciamento dell'ordine non era definitivo. Esso era temporaneo e preludeva ad un nuovo inizio, all'inaugurazione di un nuovo ciclo temporale, alla restaurazione dell'ordine e dei valori ed ideali civici, che uscivano rafforzati dalla festa di rinnovamento culturale. Questa interpretazione della festa di fine anno trova riscontro a livello fenomenologico nella concezione circolare del tempo⁽³¹⁾ che si consuma e si rinnova ciclicamente,⁽³²⁾ espressa mirabilmente dal noto storico delle religioni Mircea Eliade (Mircea Eliade, *Il mito dell'eterno ritorno*).⁽³³⁾ Secondo questa *concezione dialettica del diritto e del disordine* era necessario chiudere un ciclo perché se ne potesse aprire un altro: intanto, l'annullamento temporaneo dell'ordine stabiliva le condizioni per la sua successiva restaurazione. Nella religione dell'antica Roma questa concezione trovava espressione nella contrapposizione tra *Giove* e *Saturno*, laddove Giove, il sovrano degli dei, fondamento e rappresentante di ogni ordine, naturale e civile, reggeva e stabilizzava il mondo e governava l'ordine naturale delle cose così come il diritto governa la società degli uomini, la *civitas*, che per i Romani coincideva con il mondo. Saturno,⁽³⁴⁾ antico re del Lazio,⁽³⁵⁾ che nello stato di natura aveva instaurato la vita civile e creato le leggi, relegato dalla religione nel tempo mitico delle origini, nel calendario annuale delle festività religiose sostituiva Giove soltanto quando per ragioni rituali era necessario *rompere temporaneamente l'ordine* costituito per rievocare il *tempo metastorico* anteriore alla costituzione dell'ordine (Dario Sabbatucci, *La religione di Roma antica*).⁽³⁶⁾ Questa evasione dal presente – *ritualizzata nella festa dei Saturnali* – serviva agli antichi Romani, che possedevano molto forte il senso dello Stato, a riscoprire le loro origini, ritrovare le radici della loro civiltà e rinverdire la pianta del diritto, che dello Stato costituiva il fondamento.⁽³⁷⁾

Note:

(1) Le note al testo sono opera della Redazione e (si spera), che possano essere di qualche utilità per i lettori della Rivista che vogliano approfondire la materia e i temi affrontati nel presente lavoro. Anche i pochi, comunque ininfluenti ed inessenziali, interventi di *editing* (nel) sul testo, sono di carattere Redazionale e così pure l'uso del corsivo per evidenziare solo frasi o vocaboli, in specie in lingua latina, di particolare importanza o interesse.

(2) Si deve far presente, qualora ve ne fosse bisogno, che l'analisi *strutturale* e l'analisi *funzionale* costituiscono metodi di ricerca e, per così dire, concetti cardine in Sociologia e in ambito di Antropologia culturale. Si tratta, cioè, dello studio delle strutture di organizzazione e delle funzioni dei gruppi, delle istituzioni e degli ordinamenti sociali e che ne permettono l'esistenza e su cui si fondano, nel loro concreto operare.

(3) Sergio Ferlito, *Le religioni, il giurista e l'antropologo*, Rubbettino, So-

veria Mannelli, 2005. Per chi abbia particolare interesse al riguardo delle tematiche del presente saggio, si potrebbe consigliare la lettura dello splendido lavoro antropologico – filosofico, su miti e simboli cosmico – universali, di Giorgio de Santillana e Hertha von Dechend, trad.it., *Il Mulino di Amleto. Saggio sul mito e sulla struttura del tempo*, Adelphi, Milano, 1983.

(4) Sul significato nel mondo contemporaneo dei termini concettualmente opposti, ma *necessariamente e dialetticamente*, coesistenti, di *sacro e profano*, si veda: Furio Jesi, *Il linguaggio delle idee senza parole*, in *Cultura di destra*, Garzanti, Milano, 1979, pp. 67 e ss.

(5) “La celebrazione del rito, infatti, è agiopoietica: essa ‘fa’, ‘crea’ il Sacro: *sacrum facere*”. Franco Cardini. *I giorni del sacro. I riti e le feste del calendario dall’antichità ad oggi*, UTET, Torino, 2016, p. 43.

(6) La parola *ritus* indica un’azione che si riproduce più volte, ma sempre rispettando, per ogni volta, un ordine preesistente e che precede.

(7) Si veda: Emile Benveniste, trad.it., *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee, II, Potere, diritto, religione*, Einaudi, Torino, 1976.

(8) “.....Clemente, terzo ‘vescovo’..... di Roma.....già da allora distingueva con rigore una ‘parte separata’, un clero costituito appunto di vescovi, presbiteri e diaconi, dal resto.....e stabiliva che ai primi spettasse il compito esclusivo di quella che, in termini antropologici, si chiamerebbe ‘manipolazione del sacro’”. (Franco Cardini, *Lo specchio e l’alibi. Pagine di storia e d’altro*, Sellerio, Palermo, 2016, p. 171).

(9) Sui rapporti fra contesto sociale, rituali e credenze di vario tipo, ideologie religiose ed istituzioni, è pur sempre fondamentale il lavoro di Max Weber, trad.it., *Sociologia della religione*, 2 voll., Newton Compton, Roma, 1980.

(10) Sul “giudizio di Dio”, sotto il profilo di un esauriente excursus storico, si veda, Cesare Baudi de Vesme, *Le ordalie*, I Dioscuri, Genova, 1987.

(11) Sul “duello giudiziario”, si veda quanto scrive Vincenzo Ferrante, il quale, pur ritenendo che non sussista “un riconoscimento del duello da parte del diritto romano”, in via di generalità, ricorda, comunque, le antiche consuetudini dei popoli Italici, fra cui gli antichi Umbri che “decidevano le loro controversie col duello, ritenendo nel giusto il vincitore”; peraltro, anche nella “*legis actio sacramento*”, si ritroverebbero le “*tracce del duello giuridico*” (Vincenzo Ferrante, sub voce “*Duello*”, in *Digesto quarta edizione, Digesto delle Discipline Penali*, vol. IV, UTET, Torino, 1990, p. 173).

Per inciso, l’*ordalia* (o il giudizio di Dio, ovvero il duello giuridico o giudiziario), verrà ad avere piena cittadinanza nel mondo italiano ed europeo, solo dopo le invasioni barbariche e venne, per così dire, istituzionalizzata con la *legge Borgognona* di Gabetta (lex Gundobada) e nella legislazione longobarda.

(12) Sulle “*corporazioni di mestiere*” e l’assunzione, al loro interno, di pratiche rituali, sotto la spinta di esigenze storico – economiche ed ideologico – religiose, si veda: Louis Massignon, trad.it., *Parola data*, Adelphi, Milano, 1985, pp. 369 e ss.

(13) Per il diritto penale romano arcaico, si veda, in particolare: Franco Gnoli, sub voce, “*Diritto penale nel diritto romano*”, in *Digesto quarta edizione, Digesto delle Discipline Penali*, vol. IV, UTET, Torino, 1990, pp.430 e ss. (nonché la ricca bibliografia ivi citata).

(14) Sulle forme più arcaiche del processo romano, si veda: Giovanni Pugliese, *Il processo civile romano. 1, Le legis actiones. 2, Il processo formulare*, Giuffrè, Milano, 1963; Matteo Marrone, *Manuale di diritto privato romano*, Giappichelli, Torino, 2004; id., *Istituzioni di diritto romano. Ius Fonti Processu*, Palumbo, Palermo, 1984.

(15) Per una disamina, tutto sommato sufficientemente utile, anche se sommaria, del mondo religioso romano, sotto un profilo antropologico – culturale, si veda il capitolo “Roma e i popoli del mediterraneo”, in Prudence Jones e Nigel Pennick, trad.it., *Storia dei pagani*, Odoya, Bologna, 2009, pp. 41 e ss.

(16) Sarebbe forse il caso di ri – considerare e di ri – esaminare con qualche attenzione (e *sine ira ac studio*) le dimenticate (e talvolta apoditticamente criticate e pretermesse), tesi e teorie (e la correlata *metodologia* di ricerca), di Axel Hagerstrom o di Vilhelm Lunstedt ovvero di Karl Olivecrona, proprio sulle radici magico – rituali del diritto, il cui fioco barlume, peraltro, talora giunge sino a noi.

(17) Rispetto alla valenza di significati che aveva il vocabolo “*pontefice*” nella Roma arcaica, la contemporanea ed identica parola viene a svuotarsi e a perdersi di significati e con una sorta di sfaldamento della pa-

rola: l’odierno “*pontefice*” è solo un rappresentante o simbolo della divinità; il “*pontefice*” della Roma antica era colui che faceva da mediatore e manteneva il contatto, anche e soprattutto tramite *operazioni o rituali magici*, del sacro con il profano e viceversa, con *gesti e rituali* – appunto – che avevano il potere di limitare o piegare o adoperare la forza e la potenza del numinoso e di interpretarne i segni e i responsi: in questo senso sono – anche – gli interpreti e coloro che sciogliono i nodi da cui sono legati i responsi e i segni – fausti o infausti – della divinità. Sono gli artigiani magici che costruiscono e mantengono vie di passaggio (in metafora, ponti) tra cielo e terra ed essendo il diritto qualcosa di legato ai segnali e messaggi del Dio, ne sono anche coloro che ne interpretano i segni ed i simboli connessi; sono i sapienti *artigiani della parola* che “*dicono*” e “*custodiscono*” il diritto che, come tale, è sempre sacro: è la volontà del *numen*.

(18) Marco Terenzio Varrone, *De lingua Latina*, in *Opere* (a cura di A. Traglia), UTET, Torino, 1974.

(19) Si veda, Georg Luck, trad.it., *Il magico nella cultura antica*, Mursia, Milano, 2006.

(20) Si veda la Lex XII tabularum, Tab. VIII, 21: “*Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*”.

(21) Fondamentale, per l’esame degli aspetti della “*consacrazione*” e del “*sacrificio*” del *pharmakos* e dei connessi riti fondativi ed espiatori, è il testo di René Girard, trad.it., *Il capro espiatorio*, Adelphi, Milano, 1987

(22) “Come designazione del momento del *numen* che desta il *tremor numinoso*, si rivela una ‘proprietà’ del numen che spiega una parte importante dei nostri testi sacri e che, a causa della sua enigmatica inesplicabilità, ha creato copiosi imbarazzi, così agli esegeti come ai teologi” (Rudolf Otto, trad.it., *Il sacro. L’irrazionale nell’idea del divino e la sua relazione con il razionale*, Feltrinelli, Milano, 1987, p. 27). Si veda anche: Mariangela Scarsi, *Introduzione allo studio delle religioni nel mondo classico*, UNIPRESS, Padova, 1999, in particolare il cap. 5, “Il concetto di ‘sacro’”.

(23) Plasticamente, la situazione dell’escluso dal consorzio cittadino, è sinteticamente resa, individuata e descritta dall’istituto della “*interdizione dall’acqua e dal fuoco*”.

(24) Eva Cantarella, *I supplizi capitali. Origine e funzioni della pena di morte in Grecia e a Roma*, Feltrinelli, Milano, 2011.

(25) Sotto un profilo etico – filosofico, però, l’allontanamento dalla protezione della *civitas*, del *clan* o della *gens*, comporta una acquisizione di una totale libertà, che si ottiene con il passaggio al bosco o alla foresta, come avveniva nell’antica Islanda; chi sceglie di porsi al di fuori della cerchia protettiva del diritto della *civitas*, diventerebbe allora portatore di valori di assoluta libertà ed autonomia (Ernst Junger, trad.it., *Trattato del ribelle*, Adelphi, Milano, 1990. E non si dimentichi che Junger, attorno al 1950, dirigeva con Mircea Eliade, la rivista di studi mitologico – religiosi *Antaios*, dal nome del Titano che riprendeva forza e vigore ad ogni contatto con la Madre Terra).

(26) Secondo René Girard, che ha trattato diffusamente nelle sue opere dell’argomento, il diritto e la vita nella comunità, hanno in comune il “*momento religioso*” di fondazione, sia sotto l’aspetto del rito sacrificale, sia sotto il profilo più strettamente giuridico.

(27) Viene qui in modo del tutto spontaneo in mente il *timore e tremore*, anche in senso *kierkegaardiano*, che l’uomo prova (anche sotto un profilo meramente esistenziale) nei confronti del *numinoso* e lo *stupore* nei confronti di ciò che è, ovvero fenomenologicamente appare, al di là od oltre la razionalità; di fronte, quindi, all’*epifania del sacro*.

(28) Si pensi ai vari tipi di *capitis deminutio*, previsti dall’antico diritto romano.

(29) La sospensione dei termini processuali nel periodo estivo, le c. d. “*ferie giudiziarie*” è forse un odierno riflesso dei tempi mitici di “*vacanza*” del diritto o di sospensione del (dal) “*tempo*” del diritto: fatto sta che i tempi in cui il diritto diviene, per così dire, sospeso, vengono, nella contemporaneità sempre più riducendosi e restringendosi. Parafrasando le profezie di Bruno Rizzi stiamo addentrandoci nel territorio di una “*totale giuridicizzazione* (pangiuridicismo) burocratica del mondo”; vero è che, per converso, gli aspetti delle periodiche festività mitico – sacrali dell’ordinamento spesso si muovono in vie sotterranee e periodicamente ne riemergono: basti pensare alla “*festa della rivoluzione*” a Fiume o alla forma e funzione delle “*feste*” nel periodo della Rivoluzione francese o, per venire a tempi a noi più vicini, alla grande festa (il grande gioco)

giovanilistica e trasgressiva, del 1968 (“È proibito proibire” o “L’immaginazione al potere”).

(30) Macrobio, *Saturnalia*, in *Classici latini*, UTET, Torino, 1997.

(31) “..... questa distinzione tradizionale tra tempo ciclico è molto importante. Non solo per Nietzsche.” (Ernst Junger, *I prossimi Titani. Conversazioni con Ernst Junger*, a cura di Antonio Gnoli e Franco Volpi, Adelphi, Milano, 1997).

(32) Sui miti fondativi del mondo occidentale, anche sotto un profilo antropologico, si veda: Joseph Campbell, trad.it., *Mitologia occidentale. Le maschere di Dio*, Mondadori, Milano, 1992.

(33) Mircea Eliade, trad.it., *Il mito dell’eterno ritorno*, Borla, Roma, 1966.

(34) L’età di Saturno è la mitica età dell’oro, una delle quattro età in cui si divide il tempo cosmico.

(35) La *Saturnia Tellus*.

(36) Dario Sabbatucci, *La religione di Roma antica: dal calendario festivo all’ordine cosmico*, Il Saggiatore, Milano, 1988.

(37) Per ulteriori approfondimenti, ricerche ed indagini specifiche o settoriali, si vedano: Gaetano Scherillo e Franco Gnoli, *Diritto romano. Lezioni istituzionali*, LED, Milano, 2005; Franco Cordero, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Laterza, Roma – Bari, 1985; id., *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Roma – Bari, 1989; id., *Trattato di decomposizione*, De Donato, Bari, 1970; Pietro De Francisci, *Arcana imperii*, 4 voll. Giuffrè, Milano, 1947 – 1948; id., *Primordia civitatis*, Apollinaris, Roma, 1959; Salvatore Tondo, *Leges regiae e parricidas*, Olschki, Firenze, 1973; id., *Profilo di storia costituzionale romana*, vol. 3, Giuffrè, Milano, 2010; Silvana Castignone (a cura di), *Il realismo giuridico scandinavo e americano. Antologia di scritti giuridici*, Il Mulino, Bologna, 1981; Aglaia McClintock (a cura di), *Giuristi nati. Antropologia e diritto romano*, Il Mulino, Bologna, 2016; id., *Servi della pena. Condannati a morte nella Roma imperiale*, ESI, Napoli, 2010; Eva Cantarella, *Non sei più mio padre. Il conflitto tra genitori e figli nel mondo antico*, Feltrinelli, Milano, 2015; Mircea Eliade, trad.it., *Sacro e profano*, Bollati Boringhieri, Torino, 2015; Piero Coppo, *Guaritori di follia. Storie dell’altopiano dogon*, Bollati Boringhieri, Torino, 2007; Piero Camporesi, *Il pane selvaggio*, Il Saggiatore, Milano, 2016; Elemire Zolla, *Archetipi, Aure, Verità segrete, Dioniso errante. Tutto ciò che conosciamo ignorandolo*, Marsilio, Venezia, 2016; Mario Torelli, *Storia degli Etruschi*, Laterza, Roma – Bari, 1997; Renato Del Ponte, *Dei e miti italici*, ECIG, Genova, 1985; Guido Clemente, *Guida alla storia romana*, Mondadori, Milano, 2014; Andrea Carandini, *Roma. Il primo giorno*, Laterza, Roma – Bari, 2007; Mario Bretonne, *Storia del diritto romano*, Laterza, Roma – Bari, 1987; Giorgio Agamben, *Il Regno e la Gloria. Per una genealogia teologica dell’economia e del governo. (Homo sacer, II, 2)*, Bollati Boringhieri, Torino, 2014; id., *Gusto*, Quodlibet, Macerata, 2015; Enzo Melandri, *La linea e il circolo*, Quodlibet, Macerata, 2004; Louis Gernet, trad. it., *Antropologia della Grecia antica*, Mondadori, Milano, 1983; Jan Assmann, trad.it., *Potere e salvezza. Teologia politica nell’antico Egitto, in Israele e in Europa*, Einaudi, Torino, 2001; Ernesto de Martino, *Il mondo magico. Prolegomeni ad una storia del magismo*, Boringhieri, Torino, 1986; id., *La fine del mondo. Contributo all’analisi delle Apocalissi culturali*, Einaudi, Torino, 1977; A. C. Bouquet, trad.it., *Breve storia delle religioni*, Mondadori, Milano, 1963; Michael L. Satlow, trad.it., *E il Signore parlò a Mosè. Come la Bibbia divenne sacra*, Bollati Boringhieri, Torino, 2015; Alain Supiot, trad.it., *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Mondadori, Milano, 2006; Antonio de Lauri, *Antropologia giuridica. Teorie e prospettive di ricerca*, Mondadori, Milano, 2013; Lorenzo Siciliani, *Antropologia filosofica del diritto e della politica*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2011; Rodolfo Sacco, *Antropologia giuridica. Contributo a una macrostoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2007; Ruth Benedict, trad.it., *Modelli di cultura*, Feltrinelli, Milano, 1970; Ferdinand Tönnies, trad.it., *Comunità e società*, Comunità, Milano, 1963; Paul Mercier, trad.it., *Storia dell’Antropologia*, Il Mulino, Bologna, 1975; Jean Poirier, trad.it., *Storia dell’etnologia*, Lucarini, Roma, 1987; Alfred L. Kroeber, trad.it., *Antropologia dei modelli culturali*, Il Mulino, Bologna, 1976; Claude Lévi – Strauss, trad.it., *Razza e Storia e altri saggi di Antropologia*, Einaudi, Torino, 1972; Friedrich Heiler, trad.it., *Storia delle religioni*, 2 voll. Sansoni, Firenze, 1962; Giovanni Filoramo (a cura di), *Dizionario delle religioni*,

Einaudi, Torino, 1993; Robert K. Merton, trad.it., *Teoria e struttura sociale*, Il Mulino, Bologna, 1966; Emile Durkheim, trad.it., *Le forme elementari della vita religiosa*, Comunità, Milano, 1963; Susy Zanardo, *Il legame del dono*, Vita e Pensiero, Milano, 2007; Georges Gurwitsch, trad.it., *Sociologia del diritto*, Comunità, Milano, 1957; Gerardus van der Leeuw, trad.it., *Fenomenologia della religione*, Boringhieri, Torino, 1960; Francesco D’Agostino, *¶us quia justum. Lezioni di filosofia del diritto e della religione*, Giappichelli, Torino, 2012; id., *Il diritto come problema teologico e altri saggi di filosofia e teologia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1997; Hans Urs von Balthasar, trad. it., *Esistenza sacerdotale*, Morcelliana, Brescia, 1972; Gaetano Lo Castro, *Il mistero del diritto*, 3 voll., Giappichelli, Torino, 1997; Paul Ricoeur, trad. it., *Percorsi del riconoscimento*, R. Cortina, Milano, 2005; Marcel Mauss, trad.it., *Teoria generale della magia e altri saggi*, Einaudi, Torino, 1965; Baldassare Pastore, *Tradizione e diritto*, Giappichelli, Torino, 1990; Massimo Gentile, *Giustizia e desiderio. La verità della vittima nel pensiero di René Girard*, Giappichelli, Torino, 2003; Francesco Remotti, *Prima lezione di antropologia*, Laterza, Roma – Bari, 2000; Giorgio R. Cardona, *Antropologia della scrittura*, Loescher, Torino, 1981; Gregory Bateson, trad.it., *Naven. Un rituale di travestimento in Nuova Guinea*, Einaudi, Torino, 1988; Paul Radin (a cura di), trad.it., *Fiabe africane*, Einaudi, Torino, 1994; Roberto Calasso, *Il cacciatore celeste*, Adelphi, Milano, 2016; Alfredo Cattabiani, *Lunario. Dodici mesi di miti, feste, leggende e tradizioni popolari d’Italia*, Mondadori, Milano, 2015; Aby Warburg, trad.it., *Il rituale del serpente*, Adelphi, Milano, 2011; Jean Seznec, trad.it., *La sopravvivenza degli antichi dei. Saggio sul ruolo della tradizione mitologica nella cultura e nell’arte rinascimentali*, Bollati Boringhieri, Torino, 2015; Riccardo Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Il Mulino, Bologna, 1987; Henry Sumner Maine, trad.it., *Diritto antico*, Giuffrè, Milano, 1998; Alf Ross, trad. it., *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1965; Karl Olivecrona, trad.it., *Il diritto come fatto*, Giuffrè, Milano, 1967; Eugen Ehrlich, trad.it., *I fondamenti della sociologia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1976; Mauro Barberis, *Filosofia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2000; René Guenon, trad.it., *Autorità spirituale e potere temporale*, Luni, Milano, 1995; Jean Baudrillard, trad. it., *Lo scambio simbolico e la morte*, Feltrinelli, Milano, 2002; Mario Untersteiner, *Fisiologia del mito*, Bocca, Milano, 1946; Vladimir Propp, trad.it., *Morfologia della fiaba*, Einaudi, Torino, 1966; Furio Jesi, *Mito*, Mondadori, Milano, 1989; René Girard, trad.it., *L’antica via degli empi*, Adelphi, Milano, 1994; id., trad.it., *Il sacrificio*, R. Cortina, Milano, 2004; id., trad.it., *La pietra dello scandalo*, Adelphi, Milano, 2004.

Anche se, magari datati, sono pur sempre fondamentali: James Frazer, trad.it., *Il ramo d’oro. Studio della magia e della religione*, Boringhieri, Torino, 1965; Arnold van Gennep, trad.it., *I riti di passaggio*, Boringhieri, Torino, 1981; Victor Turner, trad.it., *La foresta dei simboli*, Morcelliana, Brescia, 1976; Clifford Geertz, trad.it., *Interpretazione di culture*, Il Mulino, Bologna, 1987; Mary Douglas, trad.it., *Purezza e pericolo*, Il Mulino, Bologna, 1975; Richard Klein, trad. it., *Il cammino dell’uomo*, Zanichelli, Bologna, 1995; Lewis H. Morgan, trad.it., *La società antica*, Feltrinelli, Milano, 1970; René Girard, trad.it., *La violenza e il sacro*, Adelphi, Milano, 1980; Norbert Roulard, trad.it., *Antropologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1963; Friedrich Engels, trad.it., *L’origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato*, Editori Riuniti, Roma, 1963; Johann Jakob Bachofen, trad.it., *Il matriarcato. Ricerca sulla ginecocrasia nel mondo antico, nei suoi aspetti religiosi e giuridici*, (a cura di Giulio Schiavoni), 2 voll. Einaudi, Torino, 1988; Remo Cantoni, *Mito e storia*, Mondadori, Milano, 1953; id., *La filosofia del mito*, La Goliardica, Milano, 1962; Leo Frobenius, trad.it., *Storia della civiltà africana. Prolegomeni di una morfologia storica*, Einaudi, Torino, 1950; Ernst Cassirer, trad.it., *Linguaggio e mito*, Il Saggiatore, Milano, 1961; Sigmund Freud, trad.it., *Totem e tabù*, Bollati Boringhieri, Torino, 2011; id., trad.it., *Mosè e il monoteismo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2013; Hermann Usener, trad.it., *I nomi degli dei*, Morcelliana, Brescia, 2008; Karl Marx, trad.it., *Forme economiche precapitalistiche*, Editori Riuniti, Roma, 1970; Theodor Mommsen, trad.it., *Disegno del diritto pubblico romano*, ESI, Napoli, 1973.

Per non appesantire oltremodo l’odierno lavoro, si è omessa l’indicazione dei testi già citati nell’ambito del presente scritto e nelle note. Di tutte le opere in lingua straniera si è indicata la corrispondente traduzione italiana.

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Massime

Corte costituzionale, sent. 21 luglio 2016, n. 201 – Pres. Grossi - Red. Lattanzi.

CODICE di procedura penale – richiesta di riti alternativi come modalità di esercizio del diritto di difesa – mancanza o insufficienza dell'avvertimento della facoltà di accedere – violazione del diritto di difesa – sussistenza.

(Art. 24 Cost.; art. 460, comma 1, lett. e) c.p.p.; Corte cost., sentt. nn. 76/1993, 497/1995, 70/1996, 148/2004, 219/2004, 237/2012)

CODICE di procedura penale – decreto penale di condanna – opposizione – eccezione di incostituzionalità per la mancata previsione dell'avviso al condannato della facoltà di richiedere contestualmente la messa alla prova a pena di decadenza – inammissibilità per irilevanza della questione – insussistenza.

(Artt. 3 e 24 Cost.; artt. 460, comma 1, lett. e) e 178, comma 1 lett. c) c.p.p.; Corte cost., sent. n. 148/2004)

CODICE di procedura penale – decreto penale di condanna – opposizione – mancata previsione dell'avviso al condannato della facoltà di richiedere contestualmente la messa alla prova a pena di decadenza – violazione del diritto di difesa e del principio di uguaglianza – illegittimità costituzionale – sussistenza.

(Artt. 3 e 24 Cost.; art. 460, comma 1, lett. e) e 178, comma 1, lett. e) c.p.p.; Corte cost., sentt. nn. 497/1995, 148/2004, 219/2004, 101/1997, 309/2005)

La richiesta di riti alternativi costituisce esercizio del diritto di difesa. Perciò, la mancata previsione dell'avviso al condannato della facoltà di accedere configura una violazione del diritto di difesa. (1)

È infondata l'eccezione di inammissibilità per difetto di rilevanza, motivata sulla presunta non inerente della fase processuale su cui la decisione inciderebbe rispetto al giudizio a quo, della questione di legittimità costituzionale dell'art. 460, comma 1, lett. e) c.p.p. nella parte in cui non prevede che il decreto penale di condanna debba dare avviso della facoltà di chiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova contestualmente all'atto di opposizione. (2)

È incostituzionale per violazione dell'art. 24, comma 2 Cost. l'art. 460, comma 1, lett. e) c.p.p. nella parte in cui non prevede che il decreto penale di condanna debba contenere l'avviso per il condannato circa la propria facoltà di presentare, unitamente all'atto di opposizione al decreto stesso, richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova. (3)

(1-3) Nota

Nel giudizio a quo (giud. rim. Trib. Ord. Savona in composizione monocratica), il condannato ha proposto opposizione al decreto penale di condanna e solo successivamente ha richiesto la sospensione dal procedi-

mento con messa alla prova. Prima di dichiarare la richiesta inammissibile in quanto tardiva, il giudice a quo interroga la Corte costituzionale circa la compatibilità con il principio di uguaglianza e il diritto di difesa della norma codicistica che non prevede che il decreto penale di condanna sia accompagnato dall'avviso relativo al termine, coincidente con la proposizione dell'opposizione, entro cui richiedere la sospensione con messa alla prova.

C.G.

TAR Liguria, sez. II, ord. 17 ottobre 2016, n. 1007 — Pres. – Est. Pupilella – M. (Avv.ti Motta e Valenti) c. Ministero della Giustizia (Avvocatura Distr.le Genova).

PROCESSO – durata ragionevole - legge Pinto – condanna alla corresponsione di un indennizzo – giudizio di ottemperanza soggetto a termine e a condizioni – violazione del principio di eguaglianza e dei principi della difesa - questione di legittimità costituzionale – rilevanza – non manifesta infondatezza.

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5-sexies, commi 1, 4, 5, 7 e 11 della L. n. 89/2001, come modificato dalla L. n. 208/2015, rispetto agli artt. 3, 24, commi 1 e 2, 111, commi 1 e 2, 113, comma 2 e 117, comma 1, della Costituzione, nella parte in cui si prevede un termine dilatorio di sei mesi prima della cui scadenza l'Amministrazione può non effettuare il pagamento delle somme dovute a titolo di indennizzo per irragionevole durata del processo ed il creditore non può procedere all'esecuzione forzata, alla notifica dell'atto di precetto o alla proposizione di un ricorso per l'ottemperanza del provvedimento liquidatori, nonché nella parte in cui si stabilisce, quale condizione di proponibilità del ricorso per ottemperanza, l'aver il creditore adempiuto agli obblighi dichiarativi di cui al comma 1 del medesimo articolo 5-sexies (1).

(1) Nota

L'indennizzo per eccessiva durata del processo va alla Corte costituzionale.

Con l'ordinanza in commento il Tar Liguria ha disposto la rimessione alla Corte costituzionale degli atti in un giudizio di ottemperanza avviato dai ricorrenti M.V. e N. M. per ottenere l'attuazione del decreto con cui la Corte d'Appello di Genova aveva loro riconosciuto il diritto all'equo indennizzo ai sensi della legge n. 89/2001 (c.d. "legge Pinto") per l'eccessiva durata del processo di cui gli stessi erano stati parti.

I dubbi di legittimità costituzionale del rimettente sono stati originati dal termine dilatorio di sei mesi previsto dalla legge Pinto (art. 5-sexies come modif. dalla l. 208/2015) a favore dell'Amministrazione per effettuare il pagamento delle somme liquidate a titolo di indennizzo per eccessiva durata del processo. Il termine preclude peraltro prima della sua

scadenza al creditore di procedere all'esecuzione forzata, alla notifica dell'atto di precetto o alla proposizione di un ricorso per l'ottemperanza del provvedimento liquidatori. Come sottolineato dal giudice amministrativo ligure, il termine semestrale andando, inoltre, ad aggiungersi a quello ordinario di 120 giorni previsto dall'art. 14 del D.L. n. 669/1996 per il pagamento dei crediti vantati nei confronti delle pubbliche amministrazioni statali, si tradurrebbe in un'eccessiva compressione del diritto del creditore. Con ciò si cumula il rilievo per cui il medesimo termine decorre dalla data in cui siano stati integralmente assolti determinati obblighi formali da parte del creditore sempreché la loro esecuzione non sia stata incompleta o irregolare(1).

Benché la questione appaia nella sostanza meritevole di attenzione, di non minore interesse sembra anche l'obiezione mossa dall'Amministrazione in punto di rilevanza, dato che, secondo l'Avvocatura dello Stato, non essendosi ancora verificate le condizioni per la decorrenza del termine semestrale(2), il ricorso stesso non sarebbe stato fornito della necessaria condizione per una sua corretta radicazione davanti al giudice amministrativo. Invero, può osservarsi come l'ordinanza emargini completamente lo spinoso argomento, ponendosi solo il problema dell'applicabilità temporale della norma indubbiata. Per altro verso, non sarebbe sconcertante se l'eccezione erariale dovesse uscire immune dal vaglio della Consulta, attesa la nota giurisprudenza costituzionale alquanto "lasca" sul punto in presenza di una motivazione da parte del giudice a quo.

Quanto al parametro costituzionale, la nuova formulazione della legge Pinto è parsa al TAR ligure contraria in primo luogo all'art. 3 Cost. sotto un duplice profilo. Da un lato, emergerebbe, infatti, la mancanza di ragionevolezza della concessione alla PA un maggior lasso temporale per il pagamento di debiti derivanti dalla legge 89/2001 rispetto a somme dovute per altro titolo. Dall'altro, del tutto immotivata risulterebbe la violazione della par condicio creditorum operata tramite una graduazione puramente temporale delle ragioni creditorie e non ricorrendo nella specie alcuna causa legittima (perché prevista dall'art. 2741 comma 1 del codice civile) di prelazione.

La disciplina dei commi 1, 4, 5 e 7 dell'art. 5-sexies contrasterebbe, inoltre, con gli artt. 24, commi 1 e 2 e 113, comma 2 Cost., ledendo il diritto di difesa, dal momento che sarebbero stati introdotti nella novellata legge Pinto aggravii procedurali ingiustificati alla tutela giurisdizionale del creditore, particolarmente odiosi nella specie in presenza di una pretesa assistita da un titolo esecutivo già perfetto.

Da ultimo, un ulteriore profilo di illegittimità costituzionale delle norme impugnate riguarderebbe la violazione dei principi del giusto processo ex art. 111 Cost., commi 1 e 2, di effettività della tutela ex artt. 24 Cost. e 47 della Carta dei diritti UE, nonché degli artt. 6 e 13 della CEDU evocati quali norme interposte. Al proposito, si segnala l'affermazione da parte del TAR dell'impossibilità di un'interpretazione adeguatrice delle norme censurate rispetto sia alla Costituzione, sia alla CEDU (il giudice rimettente osserva come addirittura l'intervento normativo censurato abbia inserito l'art. 1-bis rubricato "Rimedi all'irragionevole durata del processo" che richiama espressamente l'art. 6 CEDU quale fondamento per l'equa riparazione derivante dall'eccessiva durata del processo)(3). Quanto all'allegata violazione dell'art. 47 della Carta di Nizza, si sottolinea come il principio ivi espresso faccia parte del patrimonio delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e possa dirsi rispettato qualora lo Stato membro offra efficienti forme di tutela delle situazioni soggettive dedotte in giudizio dal ri-

corrente, laddove però l'applicabilità della disposizione alla specie appare quanto forzata non trattandosi né di diritto dell'Unione né di diritto attuativo del medesimo.

S.P.

Note:

(1) Il creditore, infatti, ai sensi del comma 1 dell'art. 5-sexies della legge Pinto, al fine di ricevere il pagamento delle somme liquidate in suo favore a titolo d'indennizzo, deve rilasciare all'amministrazione debitrice una dichiarazione, ai sensi degli articoli 46 e 47 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, attestante la mancata riscossione di somme per il medesimo titolo, l'esercizio di azioni giudiziarie per lo stesso credito, l'ammontare degli importi che l'amministrazione è ancora tenuta a corrispondere, la modalità di riscossione prescelta ai sensi del comma 9 dell'articolo in questione, sia a trasmettere la documentazione necessaria a norma dei decreti di cui al suo comma 3.

(2) Cfr. la nota che precede.

(3) Mette conto di ricordare che la Corte costituzionale ha di recente sancito con la sentenza n. 36/2016 l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 2-bis, della legge Pinto nella parte in cui determinava in tre anni la ragionevole durata del procedimento di primo grado regolato dalla stessa legge per contrarietà all'art. 111, comma 2 e all'art. 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6, paragrafo 1, della CEDU.

TAR Liguria, sez. II, sentenza 30 dicembre 2016, n. 1270 – Pres. Pupilella – Est. Morbelli – G.F. (Avv. Casella e Amoroso) c. Ministero della Giustizia – Dipartimento Amministrazione Penitenziaria.

PUBBLICO IMPIEGO – amministrazione penitenziaria – istanza di trasferimento di sede presentata dall'agente – diniego – mancata valutazione della dotazione organica delle sedi interessate – mancata considerazione del rapporto tra la situazione organica e il numero del personale amministrato - illegittimità.

(Art. 33 co. 5 l. n. 104/1992, circ. 28 dicembre 2012 prot. GDAP 0457451-2012)

È illegittimo il provvedimento di diniego con cui l'amministrazione ha negato il trasferimento di sede all'agente che ne aveva fatto richiesta per ragioni di natura familiare qualora, in violazione della circolare 28 dicembre 2012 in materia di valutazione delle richieste dei dipendenti effettuate ai sensi dell'art. 33 della legge 104/1992, l'amministrazione non abbia proceduto a compiere una valutazione fondata sul criterio della dotazione organica di entrambe le sedi – quella da cui si chiede il trasferimento e quella di eventuale destinazione – ma si sia limitata a prendere in considerazione la situazione della sede di servizio del ricorrente e non sia stato inoltre considerato, in relazione alla sede richiesta, il rapporto tra la situazione organica e il numero del personale amministrato.

A.M.

Corte costituzionale, sent. 16 settembre 2016, n. 210 – Pres. Grossi - Red. Prosperetti - Pres. Cons. Ministri (Avv. St. Palatiello) c. Regione Liguria (Avv. Baroli).

REGIONE LIGURIA – ambiente – valore costituzionale primario ed assoluto – competenza esclusiva statale – non derogabilità da parte della legislazione regionale in materia di cave.

(Art. 117, comma 2, lett. s) Cost.; Corte cost. sentt. nn. 407/2002, 300/2013, 246/2013, 199/2014)

REGIONE LIGURIA – ambiente – principio di gerarchia degli strumenti di pianificazione dei diversi livelli territoriali – valore imprescindibile teso a stabilire una metodologia uniforme nel rispetto della legislazione di tutela dei beni culturali e paesaggistici sull'intero territorio nazionale – non derogabilità da parte della legislazione regionale – sostituzione dell'obbligo di coerenza tra Piano regionale estrattivo e Piano territoriale di coordinamento paesistico con un vincolo di mero raccordo tra i due atti – illegittimità costituzionale – sussistenza.

(Art. 117, comma 2, lett. s) Cost.; D. Lgs. n. 42 del 2004, art. 145; Legge regionale Liguria n. 6 del 2015, art. 3, comma 1; Legge regionale Liguria n. 12 del 2012, art. 4)

REGIONE LIGURIA – ambiente – soppressione della necessità che il progetto di Piano regionale delle attività estrattive debba essere corredato dal rapporto ambientale in fase di approvazione – illegittimità costituzionale – sussistenza.

(Art. 117, comma 2, lett. s) Cost.; D. Lgs. n. 152 del 2006, artt. 11, comma 5, e 13, commi 1 e 3; Legge regionale Liguria n. 6 del 2015, art. 4, comma 1; Legge regionale Liguria n. 12 del 2012, art. 5, comma 1);

REGIONE LIGURIA – ambiente – attività estrattiva – autorizzazione accordante limiti di flessibilità rispetto all'autorizzazione paesistica – categorie concettuali ed istituti idonei, per la loro indeterminatezza, a cagionare l'elusione dei precetti statali – illegittimità costituzionale – sussistenza.

(Artt. 97 e 117, comma 2, lett. s) Cost.; D. Lgs. n. 42 del 2004, art. 146, comma 4; Legge regionale Liguria n. 6 del 2015, artt. 8, comma 3, 11, comma 2, 17, commi 2 e 3, e 24, commi 1 e 2; Legge regionale Liguria n. 12 del 2012 artt. 9, 12, 19)

REGIONE LIGURIA – ambiente – attività di riempimento delle cave mediante rifiuti da estrazione – competenza esclusiva statale – inderogabilità da parte legislazione regionale – introduzione di clausole di salvaguardia del rispetto delle determinazioni statali e regionali del tutto generiche - illegittimità costituzionale – sussistenza.

(Art. 117, comma 2, lett. s) Cost.; D. Lgs. n. 152 del 2006, art. 208: d. m. 5 febbraio 1998; Legge regionale Liguria n. 6 del 2015, artt. 15, commi 1 e 2, e 23, commi 1 e 2; Legge regionale Liguria n. 12 del 2012, artt. 17 e 28)

REGIONE LIGURIA – ambiente – Piano regionale dell'attività di cava – previsione di modifiche senza la partecipazione degli organi ministeriali interessati – illegittimità costituzionale – sussistenza.

(Art. 117, comma 2, lett. s) Cost.; D. Lgs. 42 del 2004, art. 145, comma 5; Legge regionale Liguria n. 6 del 2015, art. 23, comma 1; Legge regionale Liguria n. 12 del 2012, art. 28)

REGIONE LIGURIA – ambiente – incrementi sino al 25 per cento della superficie dell'areale di cava e/o la mo-

difica della tipologia normativa – presunzione di invariabilità al Piano territoriale di coordinamento paesistico – previsione del rilascio dell'autorizzazione regionale rilasciata senza il previo accordo tra la Regione e il Ministero dei beni e delle attività culturali – illegittimità costituzionale – sussistenza.

(Art. 117, comma 2, lett. s) Cost.; D. Lgs. 42 del 2004, artt. 135, 143 e 156; Legge regionale Liguria n. 6 del 2015, art. 23, comma 2; Legge regionale Liguria n. 12 del 2012, art. 28, comma 1bis)

La potestà legislativa residuale della Regione in materia di cave trova un limite nella competenza legislativa esclusiva dello Stato di disciplinare l'ambiente nella sua interezza, in quanto entità organica che inerisce ad un interesse pubblico di valore costituzionale primario ed assoluto.

Non può ritenersi ammissibile che una disposizione di legge regionale limiti o alteri, in qualsivoglia forma, il principio di gerarchia degli strumenti di pianificazione dei diversi livelli territoriali che va considerato «valore imprescindibile, non derogabile dal legislatore regionale in quanto espressione di un intervento teso a stabilire una metodologia uniforme nel rispetto della legislazione di tutela dei beni culturali e paesaggistici sull'intero territorio nazionale: derivandone l'incostituzionalità della sostituzione dell'obbligo di coerenza tra Piano regionale estrattivo e Piano territoriale di coordinamento paesistico con un vincolo di mero raccordo tra i due atti per contrasto con l'art. 117, comma 2, lett. s) Cost.

È costituzionalmente illegittima la soppressione della necessità che, in fase di approvazione, il progetto di Piano regionale delle attività estrattive debba essere corredato dal rapporto ambientale per contrasto con l'art. 117, comma 2, lett. s) Cost.

È costituzionalmente illegittima per contrasto con l'art. 117, comma 2, lett. s) Cost. l'introduzione della previsione di «margini di flessibilità» della autorizzazione paesaggistica per l'esecuzione e l'autorizzazione all'esercizio dell'attività estrattiva non essendo consentito al legislatore regionale di introdurre, ex novo, categorie concettuali ed istituti idonei, per la loro indeterminatezza, a cagionare l'elusione dei precetti statali.

È costituzionalmente illegittima per contrasto con l'art. 117, comma 2, lett. s) Cost. la previsione della clausola di salvaguardia contenuta nel novellato comma 1 dell'art. 17 della legge reg. n. 12 del 2012, a motivo della sua genericità e non idoneità a specificare, in conformità alle previsioni della legge statale, le condizioni e i luoghi del suo svolgimento.

È costituzionalmente illegittima per contrasto con l'art. 117, comma 2, lett. s) Cost. la previsione della possibilità di modifiche del Piano regionale dell'attività di cava senza la partecipazione degli organi ministeriali interessati al procedimento medesimo

È costituzionalmente illegittima per contrasto con l'art. 117, comma 2, lett. s) Cost. la previsione che consente alla Regione, in difetto di uno specifico accordo tra la Regione e il Ministero dei beni e delle attività culturali, di rilasciare autorizzazioni aventi ad oggetto un incremento sino al 25 per cento della superficie dell'areale di cava e/o la modifica della tipologia normativa, sulla base della presunzione ex lege che tali incrementi non comportino mai variazioni al Piano territoriale di coordinamento paesistico.

F.D.

Corte Costituzionale, 3 novembre 2016, n. 231 – Pres. Grossi – Red. De Pretis - Pres. Cons. Min. (Avv. St. Guida) c. Regione Liguria (Avv. Pafundi).

REGIONE LIGURIA – governo del territorio – definizione delle categorie di interventi edilizi cui si collegano i titoli abilitativi - principio fondamentale della materia – inclusione regionale della realizzazione di nuovi impianti tecnologici nel novero delle attività completamente deformalizzate - contrasto con la disciplina statale di principio – illegittimità costituzionale – sussistenza.

(Art. 117, comma 3 Cost.; d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia; L. reg. 7 aprile 2015, n. 12, art. 6, comma 3; Corte cost., sentt. nn. 303/2003, 309/2011, 171/2012, 259/2014)

REGIONE LIGURIA – governo del territorio – obbligatorietà della comunicazione preventiva – principio fondamentale della materia – legislazione regionale rende totalmente libere alcune categorie di opere – contrasto con la disciplina statale di principio – illegittimità costituzionale – sussistenza.

(Art. 117, comma 3 Cost.; d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia; L. reg. 7 aprile 2015, n. 12, art. 6, commi 8 e 11)

REGIONE LIGURIA – governo del territorio – disciplina delle distanze minime tra costruzioni – materia ordinamento civile – deroghe della legge regionale ammesse solo se giustificate da esigenza di soddisfare interessi pubblici legati a governo del territorio – legge regionale prevede deroga non funzionale a assetto complessivo e unitario del territorio – fuoriesce da ambito di competenza regionale – illegittimità costituzionale – sussistenza.

(Art. 117, comma 3 Cost.; d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia; L. reg. 7 aprile 2015, n. 12, art. 6, comma 6)

REGIONE LIGURIA – governo del territorio - definizione delle categorie di interventi edilizi cui si collegano i titoli abilitativi – principio fondamentale della materia – previsione regionale della SCIA per interventi di ristrutturazione comportanti modifiche dei prospetti anziché permesso di costruire – contrasto con la disciplina statale di principio – illegittimità costituzionale – sussistenza.

(Art. 117, comma 3 Cost.; d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, art. 10, comma 1; L. reg. 7 aprile 2015, n. 12, art. 6, comma 11)

REGIONE LIGURIA – governo del territorio – definizione delle categorie di interventi edilizi cui si collegano i titoli abilitativi – principio fondamentale della materia – previsione regionale della DIA obbligatoria in sostituzione del permesso di costruire anziché alternativa a permesso di costruire – contrasto con la disciplina statale di principio – illegittimità costituzionale – sussistenza.

(Art. 117, comma 3 Cost.; d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, art. 22, comma 3; L. reg. 7 aprile 2015, n. 12, art. 6, comma 15)

REGIONE LIGURIA – governo del territorio – onerosità

del titolo abilitativo – principio fondamentale della materia – deroghe al principio di onerosità hanno anch'esse natura di principio fondamentale – ulteriori deroghe previste dalla legge regionale – contrasto con la disciplina statale di principio – illegittimità costituzionale – sussistenza.

(Art. 117, comma 3 Cost.; d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, art. 17; L. reg. 7 aprile 2015, n. 12, art. 6, commi 20 e 21; Corte cost., sentt. nn. 13/1980, 1033/1988)

REGIONE LIGURIA – governo del territorio – riduzione della contribuzione per opere di manutenzione straordinaria comportanti aumento del carico urbanistico – principio fondamentale della materia – legislazione regionale introduce più precisa quantificazione dei presupposti applicativi della disposizione statale – illegittimità costituzionale – insussistenza.

(Art. 117, comma 3 Cost.; d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia; L. reg. 7 aprile 2015, n. 12, art. 6, comma 21)

La definizione delle categorie di interventi edilizi a cui si collega il regime dei titoli abilitativi costituisce principio fondamentale della materia concorrente del governo del territorio, vincolando la legislazione regionale di dettaglio, la cui pur lecita esemplificazione degli interventi edilizi, per essere costituzionalmente legittima, deve essere coerente con le definizioni contenute nel testo unico dell'edilizia. La previsione recata dall'art. 6, comma 3, della legge della Regione Liguria 7 aprile 2015, n. 12, non limitandosi a considerare l'integrazione o il mantenimento in efficienza di impianti tecnologici già esistenti nel novero delle attività completamente deformalizzate, e includendovi, invece, con l'espressione «installazione», anche la realizzazione di nuovi impianti (sia pure non comportanti la creazione di volumetria), si pone in contrasto con la disciplina del TUE, che assoggetta quest'ultima tipologia di intervento al regime della «cila» o della SCIA, a seconda della consistenza del manufatto.

L'omogeneità funzionale della comunicazione preventiva (asseverata o meno) rispetto alle altre forme di controllo delle costruzioni (permesso di costruire, DIA, SCIA), deve indurre a riconoscere alla norma che la prescrive – al pari di quelle che disciplinano i titoli abilitativi edilizi – la natura di principio fondamentale della materia del governo del territorio, in quanto ispirata alla tutela di interessi unitari dell'ordinamento e funzionale a garantire un assetto coerente su tutto il territorio nazionale, limitando le differenziazioni delle legislazioni regionali: resta pertanto precluso al legislatore regionale di discostarsi dalla disciplina statale e di rendere talune categorie di opere totalmente libere da ogni forma di controllo, neppure indiretto mediante denuncia. Pertanto deve esser dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 6, commi 8, secondo trattino, e 11, terzo trattino della legge reg. Liguria n. 12 del 2015 per avere incluso nel novero delle attività edilizie «libere» l'«installazione di opere di arredo pubblico e privato, anche di natura pertinenziale, purché non comportanti creazione di nuove volumetrie, anche interrato».

La disciplina delle distanze minime tra costruzioni rientra nella materia dell'ordinamento civile e, quindi, attiene alla competenza legislativa statale; alle Regioni è consentito fissare limiti in deroga alle distanze minime stabilite nelle normative statali, solo a condizione che la deroga sia giustificata dall'esigenza di soddisfare interessi pubblici legati al governo del territorio. Pertanto deve essere dichiarata illegittimo l'art. 6, comma 6, della legge della Regione Liguria n. 12 del 2015 in quanto, non affidando

l'operatività dei suoi precetti a «strumenti urbanistici» e non essendo funzionale ad un «assetto complessivo ed unitario di determinate zone del territorio», riferisce la possibilità di deroga a qualsiasi ipotesi di intervento, quindi anche su singoli edifici, con la conseguenza che essa risulta assunta al di fuori dell'ambito della competenza regionale concorrente in materia di «governo del territorio», in violazione del limite dell'«ordinamento civile» assegnato alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.

L'art. 10, comma 1, lettera c), del TUE, prevedendo che gli interventi di ristrutturazione edilizia comportanti modifiche «dei prospetti» siano assoggettati a permesso di costruire o a DIA alternativa costituisce principio fondamentale della materia governo del territorio. Deve essere pertanto dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 6, comma 11, secondo trattino, della legge reg. Liguria n. 12 del 2015, in quanto prevede invece che la modifica dei prospetti pur comportando inevitabilmente una modifica «all'esterno» dell'edificio, sia assoggettata a SCIA.

La facoltà per il privato, prevista dal legislatore statale, di chiedere il permesso di costruire o di presentare, alternativamente, denuncia di inizio di attività per la realizzazione degli interventi previsti all'art. 22, comma 3, del TUE, ricade nella disciplina dei titoli abilitativi, e quindi tra i principi fondamentali della materia concorrente del governo del territorio. Deve essere pertanto dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 6, comma 15, della legge reg. Liguria n. 12 del 2015 in quanto prevedendo la DIA «obbligatoria» come modello procedimentale sostitutivo del permesso di costruire, anziché come modello alternativo (secondo quanto previsto nel TUE), rappresenta un disallineamento non consentito della disciplina regionale rispetto a quella statale.

L'onerosità del titolo abilitativo riguarda un principio della disciplina un tempo urbanistica e oggi ricompresa fra le funzioni legislative concorrenti sotto la rubrica governo del territorio, mentre anche le deroghe al principio (elencate all'art. 17 del TUE), in quanto legate a quest'ultimo da un rapporto di coesistenzialità, partecipano della stessa natura di principio fondamentale. Deve essere pertanto dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 6, commi 20 e 21, primo e secondo trattino, della legge reg. Liguria n. 12 del 2015 in quanto esonera dal contributo di costruzione due categorie di intervento che secondo la legge statale devono invece restare soggette a contribuzione.

La riduzione della contribuzione per le opere di manutenzione straordinaria comportanti un aumento del carico urbanistico costituisce principio fondamentale della materia, che l'art. 6, comma 21, secondo trattino, della legge reg. n. 12 del 2015, non contraddice, in quanto si limita a introdurre una più precisa quantificazione dei presupposti applicativi della disposizione statale. Ne va pertanto dichiarata infondata la relativa questione di costituzionalità.

FR.G.

TAR Liguria, sez. II, 22 marzo 2017, n. 256 - Pres. Pupilella - Est. Vitali - A. (Avv. Caratti) c. Ministero dell'Interno (Avvocatura Distrettuale dello Stato).

RINNOVO dell'autorizzazione al porto di pistola per difesa personale - dimostrazione del venir meno delle condizioni iniziali - uso di un'arma legittimamente detenuta al fine di difendere i propri beni - scriminante.

Se è vero che la licenza di portare rivoltelle costituisce una deroga al generale divieto di portare armi, e che la facoltà di rila-

sciarla è oggetto di una valutazione ampiamente discrezionale, è altrettanto vero che, in presenza di un'autorizzazione di polizia risalente nel tempo ed oggetto di plurimi rinnovi, l'amministrazione, in sede di diniego, deve darsi carico di dimostrare il venir meno delle condizioni iniziali, che avevano formato oggetto di positiva valutazione in punto di "dimostrato bisogno", ed il sopravvenire di nuove ragioni giustificative del diniego (Cons. di St., III, 6.5.2014, n. 2313).

Occorre rammentare che l'ordinamento considera scriminante - e dunque consentito - l'uso di un'arma legittimamente detenuta anche al fine di difendere i propri beni all'interno di un luogo ove venga esercitata un'attività imprenditoriale, "quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione" (art. 52 commi 2 e 3 c.p., aggiunti dall'art. 11 della 13 febbraio 2006, n. 59).

L.B.

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 9 dicembre 2016, n. 5193 - Pres. Severini - Est. Fantini - Comune di Lerici, (Avv.ti Anselmi, Garabello, Bartalena, Pardini e Pafundi), c. S. (Avv.ti Morbidelli, Righi, Paoletti e Menchini), nei cfr. di Regione Liguria e altri.

SERVIZI PUBBLICI LOCALI - affidamento in concessione del servizio di gestione spiagge libere - costituzione società mista pubblico privata - mancato perseguimento delle finalità istituzionali - mancanza requisiti di efficacia ed economicità - delibera di scioglimento - legittimità.

(Art. 34 d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. l. 17 dicembre 2012, n. 221)

SERVIZI PUBBLICI LOCALI - affidamento in concessione del servizio di gestione di stabilimento balneare - servizio rivolto a numero indeterminato di soggetti verso corrispettivo servizio pubblico di rilevanza economica - applicabilità della disciplina in materia ex art. 34 d.l. n. 179/2012.

(D.l. 179/2012, conv. l. 17 dicembre 2012, n. 221; d.m. 31 dicembre 1983; art. 4 d.lgs. 18 agosto 2016, n. 175)

È legittima la delibera del consiglio comunale con cui l'amministrazione locale dispone lo scioglimento anticipato e conseguente liquidazione della società mista pubblico privata cui era stato affidato il servizio di gestione delle spiagge libere ed attrezzate site nel territorio comunale se tale decisione è motivata in ragione del non perseguimento da parte della stessa società delle finalità istituzionali, in considerazione del fatto che il modello adottato in precedenza risulta privo dei requisiti di efficacia ed economicità.

L'attività di gestione degli stabilimenti balneari esercitato dai soci privati di una società mista pubblico privata rientra tra i servizi pubblici di rilevanza economica costituendo un servizio rivolto ad un numero indeterminato di soggetti verso un corrispettivo. Rientrando, dunque, tale attività nella materia dei servizi pubblici locali è applicabile la disciplina di cui al decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179.

(La presente sentenza riforma la sentenza TAR Liguria, sez. I, 21 aprile 2016, n. 400)

A.M.

Documenti

Il processo amministrativo telematico: alcune note per un primo approccio

Daniela Anselmi e Andrea Macchiavello

Avvocati, Foro di Genova

Sommario: 1. *La cornice normativa: evoluzione ed attualità.* - 2. *La sperimentazione.* - 3. *Il SIGA e il Responsabile del SIGA.* - 4. *Il fascicolo elettronico.* - 5. *La redazione degli atti e le regole sul formato dei file.* - 6. *Il deposito telematico.* - 7. *La commissione di monitoraggio.* - 8. *L'ipotesi di rimessione alla Adunanza Plenaria.*

1. La cornice normativa: evoluzione ed attualità.

Il processo amministrativo telematico (d'ora in poi PAT) è finalmente realtà. L'avvento del processo telematico anche nell'ambito della giustizia amministrativa è certamente un elemento positivo in termini di efficienza del sistema e di costi sebbene non manchino profili operativi che necessitano di aggiustamenti e precisazioni(1). La configurazione del PAT ha peraltro assunto forme differenti dall'ormai consolidato PCT, non mancando profili di (forse poco comprensibile) disomogeneità tra i due sistemi. La storia recente dell'introduzione del nuovo sistema telematico di deposito degli atti e gestione dei fascicoli è legata, inoltre, ad una evoluzione articolata e non sempre lineare della normativa in materia. Fin dall'introduzione del Codice del Processo Amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104) l'art. 13 dell'Allegato 2 (Norme di attuazione) contiene la previsione del processo telematico, la cui disciplina era demandata ad un Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri da adottarsi sentiti il Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa e il DigitPA.

Successivamente, il d.l. 24 giugno 2014, n. 90 aveva provveduto a fissare un termine per l'emanazione del decreto suddetto, fissato in 60 giorni successivi all'entrata in vigore del medesimo decreto legge.

In ottemperanza a tale disposizione, anche se ben oltre i termini indicati, con d.P.C.M. 16 febbraio 2016 n. 40 è stato adottato il Regolamento contenente le Regole tecnico operative che ha posto la disciplina di dettaglio necessaria per l'attuazione del nuovo PAT.

Se il PAT, inizialmente, doveva entrare in vigore il 1° gennaio 2015, con successivi interventi legislativi, l'effettivo avvio è stato posticipato sino al 1° gennaio 2017(2). A partire da tale data, pertanto, tutti i nuovi ricorsi devono essere introdotti nelle modalità previste dal Regolamento. Per quanto riguarda, invece, i ricorsi incardinati precedentemente, per essi valgono le regole anteriori fino al termine del grado di giudizio e comunque non oltre il 1° gennaio 2018.

A ben vedere, la disciplina del PAT risulta contenuta per la maggiore parte in fonti di natura secondaria, che, tuttavia, fanno in molti casi rinvio a disposizioni di rango primario(3). Alcune disposizioni di rango legislativo sono state inoltre introdotte recentemente, con d.l. 31 agosto 2016, n. 168, che ha provveduto anche ad adeguare e modificare alcune disposizioni del c.p.a.

Quanto alle disposizioni regolamentari, contenute nel già citato d.P.C.M. 40/2016, esso è costituito dal testo del Regolamento (21 articoli) e l'Allegato A contenente le Specifiche tecniche (d'ora in poi anche ST) ai sensi dell'art. 19 dello stesso Regolamento. Lo stesso art. 19 introduce anche la categoria dei "parametri tecnici" che potranno essere adeguati ed aggiornati in base all'evoluzione scientifica e tecnologica dal responsabile del sistema informatico della Giustizia amministrativa (vd. *infra*) previa comunicazione al Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa, sentita l'Agenzia per l'Italia digitale e, limitatamente ai profili inerenti a tale ambito, sentito il Garante per la protezione dei dati personali.

2. La sperimentazione.

Al fine di permettere agli operatori del processo amministrativo, e soprattutto agli avvocati, di testare il nuovo sistema che sarebbe entrato in vigore a breve, la Giustizia Amministrativa ha, nel corso dell'ultimo anno, in applicazione di quanto disposto dall'art. 13 co. 1 bis All. 2 c.p.a.(4), predisposto alcune fasi di sperimentazione, svoltesi secondo modalità di accesso e di funzionamento differenti. La prima di esse, in prospettiva dell'entrata in vigore a partire dal 1° luglio 2016, aveva previsto due percorsi paralleli di sperimentazione: l'uno, in sede di ambiente di test dedicato presso alcune sedi di Tar e alcune sezioni del Consiglio di Stato; l'altro, invece, rivolto a tutti gli utenti del processo amministrativo con la possibilità di effettuare la trasmissione di atti fittizi mediante le due forme previste dal Regolamento, ossia la trasmissione via PEC e l'upload (vd. *infra*).

A seguito del rinvio operato *in extremis* alla vigilia dell'entrata in vigore prevista per il 1° luglio 2016 e del conseguente differimento al 1° gennaio 2017, è stata predisposta un'ulteriore fase sperimentale con decorrenza dal 10 ottobre 2016 fino al 30 novembre 2016(5). In tale fase, per i ricorsi depositati in tale periodo (e per gli atti successivi ad essi riferiti), era fatto obbligo di depositare, oltre alla copia cartacea, anche quella digitale secondo le modalità previste dal Regolamento 40/2016. La sperimentazione si è rivelata però piuttosto parziale sia in ragione del periodo temporale ristretto, sia in ragione dell'ambito oggettivo limitato. Al termine di tale fase, gli organi della Giustizia amministrativa hanno provveduto a predisporre un'ulteriore ed ultima fase di sperimentazione (tra il 1° ed il 22 dicembre 2016) di natura aperta e senza alcun valore giuridico in cui era possibile trasmettere ad un indirizzo PEC unico sul territorio nazionale il Modulo di deposito debitamente compilato.

3. Il SIGA e il Responsabile del SIGA.

Vale ora la pena fare alcuni cenni sommari all'apparato informatico che supporta il PAT e a cui il Regolamento riserva alcune norme.

Il processo amministrativo telematico si inserisce nell'ambito del Sistema Informativo della Giustizia Amministrativa (c.d. SIGA). Una prima definizione la troviamo all'art. 1 co. 1 lett. d) Reg. ove tale sistema è identificato nell'insieme delle risorse *hardware* e *software* mediante le quali la Giustizia Amministrativa tratta in via automatizzata attività, dati, servizi, comunicazioni, e procedure relative allo svolgimento dell'attività processuale.

Il SIGA, come indicato nel capo II del Regolamento, è organizzato in conformità a quanto prescritto dal Codice del processo amministrativo, dalle disposizioni di legge che regolano il processo amministrativo telematico, dal Codice dell'amministrazione digitale(6) e dal Codice dei dati personali(7).

Con riferimento ai compiti del SIGA, ad esso è attribuita la gestione, in ogni grado del giudizio, della formazione del fascicolo, delle operazioni di individuazione del procedimento giurisdizionale, della tenuta dei registri, del deposito, della conservazione, della visualizzazione e dell'estrazione di copie di atti del fascicolo, della pubblicazione dei provvedimenti giurisdizionali, delle comunicazioni di segreteria, della trasmissione dei fascicoli e di ogni altra attività che sia inerente al processo amministrativo telematico.

Il responsabile del SIGA è individuato nel Segretariato generale della Giustizia amministrativa - Servizio Centrale per l'informatica e le tecnologie di comunicazione (cfr. art. 1 co. 1 lett. r) Reg.) a cui è demandato il compito di emanare le direttive per l'organizzazione e la gestione del sistema informativo(8).

Allo stesso Responsabile è poi affidato il compito del monitoraggio e della verifica dello stato di attuazione del PAT. L'art. 20 del Regolamento prevede, infatti, che tale soggetto trasmetta, con cadenza semestrale, alla Presidenza del Consiglio dei ministri, una relazione sullo stato di attuazione, prospettando eventuali ragioni di modifica dello stesso Regolamento, su intesa con il Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa.

Da osservare che il Consiglio di Stato inoltre, nel parere reso sullo schema del regolamento(9), aveva osservato che questa disposizione avrebbe rischiato di generare ambiguità ed incertezza con riguardo alla necessità di acquisire il parere preventivo del Consiglio di Presidenza (si diceva, infatti, in precedenza, "anche su intesa..."). Infatti, poiché ai sensi dell'art. 13 della legge 186 del 1982 al Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa è attribuito il compito di formulare "proposte per l'adeguamento e l'ammodernamento delle strutture e dei servizi", il Consiglio di Stato invitava il Governo ad eliminare la parola "anche" al fine di rispettare il ruolo che il Consiglio di Presidenza riveste in materia. Tale osservazione è stata dunque recepita.

4. Il fascicolo elettronico.

Venendo ora all'esame, necessariamente sommario, della disciplina operativa contenuta nel Regolamento, vediamo in primo luogo quanto disposto in tema di fascicolo elettronico.

a. La formazione del fascicolo

In primo luogo, occorre fare riferimento all'art. 5 co. 3 delle norme di attuazione del c.p.a., ove si prevede che il Segretario, una volta ricevuto il deposito dell'atto introduttivo del giudizio, deve formare il fascicolo d'ufficio in formato digitale, cor-

redato di indice cronologico degli atti e documenti delle parti, dei verbali d'udienza per estratto, di ogni atto e provvedimento del giudice, dei suoi ausiliari e della segreteria.

Nuovamente, l'art. 5 del Regolamento prevede che il fascicolo processuale sia tenuto sotto forma di fascicolo informatico. Tale fascicolo costituisce il fascicolo d'ufficio.

Si attua, pertanto, una vera e propria dematerializzazione del fascicolo, che, salvi casi particolari (ai sensi dell'art. 9 co. 9 e 10) non è più conservato in veste cartacea.

Il fascicolo informatico deve contenere tutto il materiale processuale e deve recare l'indicazione dell'ufficio titolare del ricorso (che ha il compito di sovrintendere alla gestione del fascicolo e curare la correttezza e l'aggiornamento dei dati che vi sono inseriti), del numero del ricorso, dell'oggetto sintetico, dei dati identificativi delle parti e dei difensori, dell'elenco dei documenti che vi sono contenuti (co. 3), nonché una serie di informazioni indicate nel co. 4 (i componenti del Collegio e i suoi ausiliari, le parti e i difensori; l'oggetto del ricorso per esteso, consistente nella precisa indicazione dei provvedimenti impugnati e/o dell'oggetto della domanda proposta nonché l'indicazione della materia del ricorso; le comunicazioni di Segreteria nonché le relative ricevute di PEC; le camere di consiglio e le udienze; i ricorsi collegati; il link al contenuto integrale del fascicolo informatico di provenienza, in caso di appello, regolamento di competenza, revocazione e negli altri casi previsti; i provvedimenti impugnati; le spese di giustizia; il patrocinio a spese dello Stato).

Ad integrazione dell'art. 5 del Regolamento, è necessario fare riferimento all'art. 3 dell'Allegato, in particolare per quanto riguarda le modalità di attribuzione del numero di ricorso, la gestione delle relate di notifica, la protocollazione degli atti e dei documenti, i verbali d'udienza.

b. L'accesso al fascicolo

Occorre poi esaminare – ed è ciò l'aspetto più rilevante sul tema – quanto previsto in tema di accesso al fascicolo.

L'accesso al fascicolo (tralasciando quanto previsto per i magistrati e gli ausiliari) è consentito ai difensori muniti di procura, agli avvocati domiciliatari, alle parti personalmente nonché, previa autorizzazione del Giudice, a coloro che intendono intervenire volontariamente nel processo (cfr. art. 17 Regolamento, da leggere in combinato disposto con artt. 17 e 18 delle ST).

Da quanto stabilito nell'articolo emerge che l'accesso è consentito anche prima della costituzione in giudizio (cioè è meglio specificato all'art. 18 delle ST), purché l'avvocato sia munito di procura.

Infatti, l'avvocato munito di procura può richiedere il rilascio delle credenziali di accesso al fascicolo informatico utilizzando un'apposita funzione che potrà essere rinvenuta sul Sito Istituzionale nel Portale dell'Avvocato(10). Tali credenziali, tuttavia, poiché strumentali ad una successiva costituzione od intervento nel processo, saranno disattivate decorsi 60 giorni dalla data del rilascio(11).

L'art. 17 del Regolamento prevede poi (co. 4) che l'accesso ai fascicoli è consentito anche agli avvocati delegati (o sostituti). In tal caso l'accesso ai fascicoli dei procedimenti patrocinati dal delegante è consentito purché sia comunicata, a cura della parte, copia della delega (o sia dichiarato da parte del sostituto il conferimento di delega verbale) all'ufficio giudiziario che provvede agli adempimenti necessari (ossia, presumibilmente, ad abilitare il delegato all'accesso, fornendogli le credenziali). La delega è valida fino alla revoca della stessa. Va rilevato che le ST nulla prevedono sulle mo-

dalità di comunicazione della delega e di richiesta delle credenziali da parte dell'avvocato delegato, diversamente da quanto previsto per la procura rilasciata prima della costituzione in giudizio (cfr. art. 18 ST).

Sempre con riguardo alla delega, va inoltre evidenziato che, oltre a quella del delegato, si parla anche della figura del sostituto (che sembra, così distinguersi dal delegato), di talché non si capisce se si possano delegare anche soggetti diversi dagli avvocati per accedere al fascicolo informatico.

Risulta, altresì, poco chiaro se anche la parte, e non solo l'avvocato, possa delegare qualcuno. Dal testo dell'art. 17 sembrerebbe che la delega possa essere conferita solo dal difensore patrocinante (cfr. art. 17 co. 4).

Per gli avvocati ed i procuratori dello Stato è, poi, precisato che essi possono accedere alle informazioni contenute nei fascicoli nei quali è parte un soggetto che può avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura di Stato. Ovviamente ciò non implica che qualsiasi avvocato dello Stato possa accedere a qualsiasi fascicolo in cui sia parte l'Avvocatura ma solo se munito di procura, atteso che l'art. 17, comma 6, richiama in ogni caso il comma 3 (che richiede, appunto, che il difensore sia munito di procura).

Come si accennava all'inizio del paragrafo, è consentita in alcuni limitati casi, la conservazione, ai sensi dell'art. 9 co. 10 del Regolamento, di un fascicolo cartaceo per gli atti e i documenti depositati in formato cartaceo e dei quali non sia effettuata copia informatica. Tale fascicolo deve recare gli elementi identificativi del procedimento nel cui ambito è stato effettuato il deposito. Quest'ipotesi ricorre qualora gli atti siano depositati in formato cartaceo per impossibilità di funzionamento del SIGA (attestata dal Responsabile del SIGA) e nelle ipotesi in cui il giudice, in corso di causa, autorizzi per specifiche e motivate ragioni tecniche il deposito in copia cartacea, ai sensi dell'art. 9 co. 7.

Una simile previsione è stata, successivamente, (ad opera del d.l. 168/2016) inserita anche nel c.p.a. all'art. 5, co. 3 bis, delle norme di attuazione.

Un ulteriore aspetto degno di nota è contenuto al quinto comma dell'art. 5 del Regolamento (ripreso all'art. 3, co. 9, delle ST). Si prevede, infatti, che le operazioni di accesso al fascicolo informatico da parte dei soggetti abilitati esterni sono registrate e conservate in modo inalterabile per cinque anni successivi alla data di passaggio in giudicato della sentenza, in un apposito file di log che contiene le seguenti informazioni:

- il codice fiscale di chi ha effettuato l'accesso;
- il riferimento al documento informatico prelevato consultato;
- la data e l'ora dell'accesso.

5. La redazione degli atti e le regole sul formato dei file.

L'art. 9 del Regolamento statuisce che il ricorso introduttivo, le memorie, il ricorso incidentale, i motivi aggiunti e qualsiasi altro atto del processo, anche proveniente dagli ausiliari del giudice, devono essere redatti in formato di documento informatico sottoscritto con firma digitale conformemente ai requisiti di cui all'art. 24 del CAD(12).

Per quanto riguarda il formato dei files degli atti e dei documenti la norma di riferimento è l'art. 12 dell'Allegato A (specifiche tecniche).

Per quanto riguarda gli atti processuali, essi possono essere depositati nei seguenti formati:

- PDF – PDF/A ottenuto da trasformazione di un documento testuale senza restrizioni per le operazioni di selezione e copia parti (non è ammessa la scansione di

copia per immagine);

- testo piano senza formattazione (estensione TXT);
 - testo formattato (estensione RTF);
 - archivio compresso WinZip (estensione .zip) o WinRAR (estensione .rar), nei formati di cui alle lettere precedenti.
- La soluzione consigliata, tuttavia, è quella di procedere alla redazione degli atti con un qualsiasi sistema di redazione testi (Microsoft Word, OpenOffice ...) e di salvarli in formato PDF. Per quanto riguarda i documenti allegati e la procura alle liti i formati ammessi sono:
- PDF ottenuto da trasformazione di un documento testuale, senza restrizioni per le operazioni di selezione e copia parti;
 - testo piano senza formattazione (estensione .txt);
 - Extended Markup Language (estensione .xml);
 - Immagini (estensioni: .jpg, .jpeg, .gif, .tiff, .tif);
 - messaggi di posta (estensioni: .eml, .msg), purché contenenti file in formati di cui alle lettere precedenti;
 - archivio compresso WinZip (estensione .zip) o WinRAR (estensione .rar), nei formati di cui alle lettere precedenti.

Una volta che sono stati predisposti gli atti ed i documenti secondo i formati indicati occorre trasmetterli all'ufficio giudiziario mediante la previa allegazione sui Moduli di deposito. Tali moduli costituiscono il "veicolo" per la trasmissione dei dati del deposito e degli atti e documenti allegati. Sarà tale "veicolo", infatti, l'oggetto del messaggio PEC o dell'upload (vd. *infra*). Si tratta di moduli in formato PDF editabili che devono poi, una volta completati in ogni parte essere sottoscritti con firma PAdES(13).

Sebbene il Regolamento faccia riferimento a due soli Moduli, ossia il "Modulo Deposito Ricorso" per l'invio del ricorso introduttivo e dei relativi allegati (cfr. art. 6 co. 1 ST) e il "Modulo Deposito Atto" per l'invio degli atti successivi (cfr. art. 6 co. 2 ST), sono stati predisposti tre ulteriori moduli per l'invio di differenti atti (Modulo deposito per ausiliari del giudice e parti non rituali, Modulo deposito Istanza, Modulo deposito Richieste Segreteria). Tutti i Moduli sono disponibili sul Sito Istituzionale della Giustizia Amministrativa.

6. Il deposito telematico.

L'art. 136, co. 2, c.p.a. (come modificato dal d.l. 168/2016, convertito, nella versione in vigore dal 1° gennaio 2017) prevede che "i difensori, le parti nei casi in cui stiano in giudizio personalmente, e gli ausiliari del giudice depositano tutti gli atti e i documenti con modalità telematiche". Pertanto, una volta completata la compilazione dei Moduli (vd. §5) occorre provvedere alla trasmissione degli atti all'Ufficio giudiziario.

Con riferimento alle modalità di deposito, il Regolamento individua due diversi metodi, che esaminiamo di seguito(14).

a. Il deposito mediante PEC

La prima modalità, ordinaria, è quella che prevede il deposito via PEC (art. 6, co. 7 ST). In tal caso, l'invio è effettuato dalla casella PEC individuale dell'avvocato difensore alla casella PEC della sede giudiziaria adita(15).

Una volta che l'avvocato ha inviato la PEC, egli riceverà: un messaggio di "avvenuta accettazione" della PEC di deposito, con indicazione di data e ora di accettazione, da parte del proprio gestore (art. 7 co. 3 ST);

un messaggio di "avvenuta consegna" della PEC di deposito, da parte del gestore dell'Amministrazione (art. 7 co. 3 ST); entro le ore 24.00 del giorno lavorativo successivo al messaggio di avvenuta consegna, un messaggio di "registrazione deposito", che riporta anche l'indicazione del numero

di protocollo assegnato e l'elenco di tutti gli atti e documenti trasmessi (art. 7 co. 4 ST).

Si tratta quindi di tre messaggi successivi (a differenza di quanto accade nel PCT, dove i messaggi ricevuti dopo l'invio della busta telematica sono 4).

Quando il deposito si può considerare tempestivo e correttamente eseguito?

Ai sensi dell'art. 9 co. 3 del Regolamento il deposito effettuato mediante PEC è tempestivo se entro le ore 24 del giorno di scadenza è generata la ricevuta di avvenuta accettazione, purché, tuttavia, il deposito risulti andato a buon fine successivamente (ossia, come vedremo, si riceva la terza comunicazione, di avvenuta registrazione del deposito).

L'art. 7 co. 5 delle ST precisa che, una volta ricevuto il messaggio di "registrazione deposito" (ossia, il terzo), il deposito si considera effettuato nel momento in cui è stata generata la ricevuta di accettazione della PEC (ossia, il primo messaggio).

Pertanto, sembra potersi concludere che il deposito si realizza esclusivamente se giunge al mittente la comunicazione di avvenuta registrazione del deposito (ossia la terza), mentre al fine della individuazione dell'ora di deposito si deve fare riferimento alla ricevuta di avvenuta accettazione.

Nel caso in cui (cfr. art. 9, co. 3, II periodo del Reg.), invece, giunga al mittente un messaggio di mancata consegna (cioè non si perfezioni il secondo passaggio richiesto), l'attività di deposito deve essere rinnovata con il medesimo contenuto e, ai fini della rimessione in termini da parte del Giudice, ove la mancata consegna sia dipesa da cause non imputabili al mittente, deve essere allegato il messaggio di mancata consegna unitamente alla ricevuta di avvenuta accettazione generata tempestivamente.

Tale procedura di rinnovo del deposito, tuttavia, serve poco, in quanto se dopo l'avvenuta accettazione e consegna, dovesse intervenire un messaggio di mancato deposito, l'art. 7, comma 7 delle ST precisa che il deposito non si è perfezionato.

Infatti, il comma appena citato prevede che se il deposito non può essere elaborato a causa del mancato rispetto delle caratteristiche tecniche (di cui non esiste una definizione) il mittente riceve a mezzo PEC, nello stesso termine in cui dovrebbe ricevere il messaggio di registrazione del deposito, un messaggio di "mancato deposito", alternativo dunque a quello di "registrazione deposito". Le disposizioni non fanno riferimento per quest'ultimo caso (e cioè all'ipotesi in cui pervenga il messaggio di mancato deposito), ad alcuna rimessione nei termini nel caso che il mancato deposito non sia imputabile al mittente. Si rileva a tal riguardo che non solo la mancata consegna, ma anche il mancato deposito potrebbe non essere imputabile al mittente, di talché il rimedio della rimessione dei termini dovrebbe essere previsto per entrambe le fattispecie.

In sintesi, bisogna concludere che non si può essere certi, una volta che si è ricevuto il messaggio di avvenuta consegna della PEC, che il deposito sia avvenuto tempestivamente fino dal momento della ricezione del messaggio di accettazione, in quanto bisogna comunque aspettare il messaggio di "registrazione del deposito" o di "mancato deposito", (che avviene entro le ore 24 del giorno dopo) in quanto solo in questo ultimo caso il Regolamento dice che il deposito non si è perfezionato ed è necessario ricorrere all'altra modalità di deposito, ossia l'*upload* (ai sensi del combinato disposto degli artt. 8 co.1, 6 co. 7 e 7 co. 7 delle ST).

Va inoltre evidenziato che mentre nel processo civile telematico sono indicate le tipologie di errore che possono o meno bloccare o ritenere non valido il deposito(16), con ri-

ferimento al PAT, né nel Regolamento né nelle specifiche tecniche vi è alcuna definizione di quale errore possa dar luogo al messaggio di "mancato deposito". Tuttavia, nell'ambito della documentazione operativa per il PAT pubblicata sul Sito istituzionale della Giustizia amministrativa, è stata predisposta una tabella che riporta l'elenco degli errori c.d. bloccanti, ossia quelli che impediscono che il deposito vada a buon fine, con l'indicazione del corrispondente codice che sarà indicato nel messaggio PEC di mancato deposito.

Tutte le altre irregolarità non determinano pertanto il rigetto del deposito ma saranno oggetto di valutazione da parte delle segreterie con possibilità di correzione del difensore a seguito di comunicazione di cortesia da parte della medesima segreteria.

b. Il deposito mediante upload

Veniamo poi all'esame della seconda via di deposito telematico, da realizzarsi mediante il c.d. *upload* (di cui troviamo una definizione all'art. 1 co. 1 lett. h) del Regolamento(17) e all'art. 1 co. 1 lett. i) delle ST). Tale modalità è considerata come straordinaria, circoscritta a sole due circostanze.

L'art. 9 co. 5 del Reg. (ma cfr. anche art. 6 co. 8 delle ST) dispone, infatti, che se per ragioni tecniche o per la dimensione del documento (che deve avere dimensione superiore ai 30 MB), il deposito non può avvenire mediante PEC, ad esso può procedersi mediante *upload* (e cioè "caricamento") attraverso il Sito istituzionale. In tal caso, ai fini dell'efficacia del deposito e del rispetto dei termini, il deposito si considera perfezionato all'atto della registrazione dell'invio da parte del SIGA.

Anche l'art. 8 delle ST dispone poi che l'*upload* è consentito solo nei casi di cui all'art. 6 co. 8, ossia per comprovate ragioni tecniche e per dimensioni del documento superiori a 30 MB, e che si effettua mediante il Sito istituzionale seguendo le istruzioni ivi riportate (che si esamineranno in seguito).

In particolare, poi, nel caso in cui il deposito non sia avvenuto per ragioni tecniche, l'avvocato è tenuto ad indicare al momento dell'invio il codice identificativo del messaggio di mancato deposito.

Nel caso dell'*upload*, il deposito si intende tempestivamente effettuato se, entro i termini, avviene da parte del SIGA la registrazione dell'invio del ricorso o degli altri atti processuali.

Anche qui tuttavia si pone il medesimo problema che si è visto per il deposito via PEC. Il co. 7 dell'art. 8 ST prevede che la segreteria della sede giudiziaria adita invia all'avvocato che ha provveduto all'*upload*, entro le ore 24.00 del giorno lavorativo successivo alla elaborazione del messaggio di ricezione, un messaggio PEC denominato Registrazione deposito, che riporta l'indicazione del numero progressivo di protocollo assegnato e l'elenco di tutti gli atti e documenti depositati con l'*upload*. Se il deposito non può essere elaborato dal SIGA a causa del mancato rispetto delle caratteristiche tecniche, il SIGA segnala il mancato deposito evidenziando le anomalie di carattere tecnico riscontrate. Sebbene nella prassi la tempistica di ricezione dell'ultimo messaggio PEC è piuttosto ridotta, è anche vero che per essere tranquilli che il deposito sia andato a buon fine e sia tempestivo occorre che lo stesso sia effettuato con almeno 24 ore di anticipo rispetto alla scadenza, in modo tale da avere il tempo di rimediare se dovesse giungere un messaggio di mancato deposito.

Il decreto del Segretario Generale del Consiglio di Stato n. 154/2016 ha infine indicato le dimensioni massime del Modulo di deposito che può essere trasmesso mediante *upload*: si tratta di 50 MB. Nel caso le dimensioni fossero maggiori è necessario procedere con invii frazionati.

c. Osservazioni comuni ad entrambi i sistemi di deposito

c.1. Gli orari.

Una prima osservazione concerne la disciplina degli orari di scadenza per il deposito.

Superate alcune incongruenze che si erano verificate al momento dell'emanazione del Regolamento, il quadro normativo, alla luce delle modifiche apportate dal d.l. 168/2016, è il seguente.

L'art. 9 co. 4 del Regolamento (che trova fondamento nell'art. 4 co. 2 delle norme di attuazione del c.p.a.) prescrive l'obbligo del deposito entro le ore 12.00 nei casi in cui il codice stesso prevede il deposito di atti o documenti sino al giorno precedente la trattazione di una domanda in camera di consiglio.

Diversamente, l'art. 9 co. 3 del Regolamento dispone che il deposito degli atti e dei documenti è tempestivo se entro le ore 24.00 del giorno di scadenza è generata la ricevuta di avvenuta accettazione, sempre che il deposito risulti, anche successivamente andato a buon fine (ossia, venga generata la ricevuta di avvenuta registrazione).

Tale disposizione, al momento dell'emanazione del Regolamento, risultava in contrasto con la disciplina di rango primario contenuta nel c.p.a.

Tuttavia, con l'intervento del d.l. 168/2016 è stato modificato l'art. 5 u.c. delle norme di attuazione del c.p.a., cosicché ora si prevede un termine orario generale fissato alle ore 24.00. Al contempo, però, si stabilisce anche che agli effetti dei termini a difesa e della fissazione delle udienze camerali e pubbliche il deposito degli atti e dei documenti in scadenza effettuato oltre le ore 12.00 dell'ultimo giorno consentito si considera effettuato il giorno successivo.

c.2. Il deposito cartaceo.

L'art. 9 del Regolamento prevede ancora (co. 7 e 8) alcuni casi di carattere eccezionale in cui è possibile procedere ad un deposito cartaceo, non utilizzando pertanto la modalità telematica. Successivamente, con il d.l. 168/2016 (come modificato con la legge di conversione n. 197/2016), che ha modificato in parte l'art. 136 co. 2 c.p.a., è stato ulteriormente stabilito che, in casi eccezionali, anche in considerazione della ricorrenza di particolari ragioni di riservatezza legate alla posizione delle parti o alla natura della controversia, il presidente del Tribunale o del Consiglio di Stato, il presidente della sezione se il ricorso è già incardinato o il collegio se la questione sorge in udienza, possono dispensare, con provvedimento motivato, dall'impiego delle modalità di sottoscrizione digitale e di deposito telematico. Posto che la disposizione fornisce copertura legislativa alla disposizione regolamentare ci si può chiedere se le due circostanze esplicitate (riservatezza e natura della controversia) non siano eccessivamente indeterminate, lasciando ampi spazi discrezionali al giudice amministrativo.

Tornando all'art. 9 del Regolamento, il co. 7 prevede anche che nel corso del giudizio il giudice possa per specifiche e motivate ragioni tecniche, ordinare o autorizzare il deposito in copia cartacea o su supporto informatico (ad es. penna USB, CD,...) o su altro supporto ancora di atti e documenti. Al co. 8 si prevede invece che nei casi di oggettiva impossibilità di funzionamento del SIGA, attestata dal Responsabile del SIGA, gli atti possono essere depositati in formato cartaceo. In entrambi i casi gli atti e i documenti depositati in formato cartaceo sono acquisiti dalla Segreteria dell'Ufficio Giudiziario che provvede, salvo che non ricorrano ragioni tecniche ostative, ad effettuare copia informatica ed inserirla nel fascicolo informatico.

Occorre però considerare che non si specifica, però, quali sono le ragioni tecniche, che cosa si intende per impossibilità di funzionamento del SIGA, dove avviene la pubblicazione della comunicazione da parte del Responsabile e la relativa tempistica, che cosa succede se la comunicazione è effettuata a ridosso della scadenza, e soprattutto quali sono le garanzie e le tutele per i difensori e le parti in ordine ad eventuali decadenze processuali.

Va compiuta, infine, un'ultima annotazione riguardo ai depositi eseguiti dall'Avvocatura di Stato. L'art. 8 co. 9 delle ST prevede, infatti, che il deposito dell'atto introduttivo e degli altri atti processuali da parte dell'Avvocatura avviene con modalità di cooperazione applicativa (di cui l'art. 1 lett. i ST fornisce una vaga definizione), pur nel rispetto delle disposizioni che riguardano l'invio dei Moduli di deposito e dell'invio via PEC. Vi è da domandarsi se tali disposizioni particolari stabilite per la sola Avvocatura non rischino di alterare (o di permettere in futuro l'alterazione) il principio di parità tra le parti processuali.

c. 3. I tempi di visualizzazione degli atti depositati.

Accanto alla problematica (già considerata) relativa al deposito tempestivo e al rischio di *feedback* negativi una volta decaduti dai termini processuali, vi è da considerare anche la tempistica relativa alla visualizzazione sul fascicolo elettronico degli atti depositati da controparte. In altre parole, quanto tempo dovrà passare tra la registrazione del deposito (che avviene, come si è detto) entro le ore 24 del giorno successivo al deposito e la possibilità per l'avvocato della controparte di visualizzare, tramite il sito istituzionale, l'atto depositato?

Ciò è di particolare rilevanza soprattutto nel caso degli atti depositati in prossimità dell'udienza cautelare, ove, come noto, i termini ristretti previsti dal codice (uno o due giorni liberi) richiedono che gli atti depositati siano immediatamente conoscibili al fine di preparare adeguatamente la difesa per la camera di consiglio. Altrimenti si andrebbe incontro ad una inaccettabile riduzione delle garanzie difensive e una restrizione del diritto alla difesa.

Per quanto concerne il deposito tramite PEC, l'art. 7 co. 8 delle ST stabilisce che l'avvenuta registrazione del deposito può essere verificato attraverso la funzione del Portale dell'Avvocato senza però indicare i tempi. Ciò a differenza di quanto previsto per il deposito tramite *upload* (cfr. art. 8 co. 9 ST) rispetto al quale è specificato che la visualizzazione deve avvenire a decorrere dal giorno successivo alla ricezione della PEC attestante la registrazione del deposito.

7. La commissione di monitoraggio.

Un'interessante novità introdotta con il decreto legge n. 168/2016 (come convertito, con modificazioni, con legge n. 197/2016), riguarda (cfr. art. 7 co. 7) l'istituzione di una Commissione di monitoraggio finalizzata ad assicurare "il costante coordinamento delle attività relative all'avvio del processo amministrativo telematico" nonché a garantire "le disponibilità delle risorse umane e strumentali occorrenti" e a verificare "il rispetto dei connessi obblighi di servizio". La Commissione è composta dal Presidente aggiunto del Consiglio di Stato (che la presiede), dal Presidente del TAR con la maggiore anzianità di ruolo, dal Segretario generale della Giustizia Amministrativa, dal responsabile del servizio centrale per l'informatica e le tecnologie di comunicazione nonché, da altri due componenti in possesso di particolari competenze tecniche, anche esterni all'amministrazione, che saranno scelti dal Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa. Di questi due componenti, uno sarà

scelto da una lista di tre soggetti predisposta dal CNF e l'altro da un elenco di tre soggetti predisposto dalle associazioni specialistiche maggiormente rappresentative di cui all'art. 35 co. 1 lett. s) legge 31 dicembre 2012 n. 247.

La partecipazione a tale commissione è gratuita.

Si prevede, inoltre, che il Presidente aggiunto del Consiglio di Stato riferisca mensilmente al Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa sull'andamento dei lavori ed è chiamato a proporre le eventuali modifiche organizzative che si rendessero necessarie per il buon funzionamento del PAT.

Accanto all'istituzione di tale Commissione, è stato anche prevista la possibilità di una riunione allargata del Consiglio di Presidenza: infatti, nei casi in cui si intenda adottare misure che migliorino la funzionalità del PAT, è prevista la partecipazione con diritto di voto in relazione all'adozione di tali misure, il Presidente aggiunto del Consiglio di Stato ed il Presidente di TAR con maggiore anzianità di ruolo.

8. L'ipotesi di rimessione alla Adunanza Plenaria.

Un'altra novità importante relativa alla fase di introduzione del PAT, anch'essa introdotta con il d.l. n. 168/2016, è l'introduzione del nuovo art. 13 bis nelle norme di attuazione del c.p.a. L'articolo in oggetto (rubricato "*Misure transitorie per l'uniforme applicazione del processo amministrativo telematico*") introduce una speciale ipotesi di rimessione all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato al fine di risolvere celermente contrasti giurisprudenziali che si verificano in relazione all'interpretazione e all'applicazione delle norme in materia di PAT.

In tale eventualità, infatti, il collegio di primo grado potrà, con ordinanza emanata su richiesta di parte o d'ufficio e pubblicata in udienza, sottoporre al Presidente del Consiglio di Stato istanza di rimessione del ricorso all'esame dell'Adunanza plenaria, disponendo allo stesso tempo il rinvio della trattazione del giudizio alla prima udienza successiva al sessantesimo giorno dall'udienza in cui è pubblicata l'ordinanza.

Una volta trasmessa l'istanza al Presidente del Consiglio di Stato, quest'ultimo deve comunicare l'accoglimento della richiesta entro trenta giorni dal ricevimento e, in tal caso, l'udienza davanti al TAR è sospesa fino alla decisione dell'Adunanza Plenaria, che è convocata per una data non successiva a tre mesi dalla richiesta. Inoltre, essa potrà decidere esclusivamente sulla questione di diritto relativa al processo amministrativo telematico.

Se, al contrario, il Presidente del Consiglio di Stato non fornisce alcuna risposta entro trenta giorni, l'istanza deve intendersi rigettata.

Note:

(1) Si veda, per prime osservazioni in tema di PAT: D. Anselmi, U. Fantigrossi, *Processo Amministrativo Telematico*, in G. Cassano, F. Pappalardo (a cura di), *Prontuario del processo telematico*, Giuffrè, 2016, pp. 147 ss.; L. Viola, *Processo amministrativo telematico e accesso alla giustizia: il pasticcio italiano e la soluzione francese*, in www.federalismi.it, (14 settembre 2016); F. Volpe, *Sarà davvero efficiente il processo amministrativo telematico?*, in www.lexitalia.it, (17 febbraio 2016). Per istruzioni di natura operativa sia consentito invece rimandare a D. Anselmi, A. Macchiavello, *PAT - Manuale tecnico operativo*, pubblicato sul sito www.amministrativistiluguri.it e www.unioneamministrativisti.it.

(2) L'art. 2 del d.l. 192/2014 aveva posticipato la data al 1° luglio 2015, il d.l. 83/2015 (art. 20) al 1° gennaio 2016, in seguito il d.l. 210/2015 al 1° luglio 2016 e, infine, al 1° gennaio 2017 con il d.l. 117/2016

(3) In particolare: la legge 21 gennaio 1994 n. 53 in materia di notificazione; il decreto legislativo 7 marzo 2005 n. 82 (Codice dell'amministrazione digitale - CAD); il decreto legge 18 ottobre 2012 n. 179, spe-

cialmente con riferimento ai pubblici elenchi.

(4) Introdotto dall'art. 2 del d.l. 210/2015 e poi modificato dalla legge di conversione 25 febbraio 2016 n. 21 e dall'art. 1 co. 2 d.l. 30 giugno 2016 n. 117, conv. in legge 12 agosto 2016 n. 161, ed infine dall'art. 7 co. 6 bis del d.l. 31 agosto 2016, conv. in legge 25 ottobre 2017 n. 197.

(5) La sperimentazione è stata disposta con decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 106/2016 ("*Regolamento sulle regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico, concernente la comunicazione di avvio della sperimentazione del P.A.T. dal 10 ottobre al 30 novembre 2016*"). Le istruzioni operative di tale fase sperimentale sono state rese note con il comunicato del Presidente del Consiglio di Stato Prot. 15447 del 28 settembre 2016.

(6) Si tratta del d.lgs. 7 marzo 2005 n. 82.

(7) Si tratta del d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196.

(8) L'organizzazione del SIGA è disciplinata dall'art. 2 delle specifiche tecniche.

(9) Si tratta del parere del Consiglio di Stato, n. 66 del 2016 datato 20 gennaio 2016, reso nell'Adunanza di Sezione del 14 gennaio 2016 (numero affare 20/2016), reperibile su www.giustizia-amministrativa.it.

(10) Tale apposita funzione si è poi tradotta concretamente nell'introduzione di una specifica voce tra quelle selezionabili nel Modulo Deposito Atti e Documenti (Istanza di Accesso al fascicolo telematico della parte non costituita) che permette di allegare l'istanza della parte interessata.

(11) I commi 4 e 5 dell'art. 18 ST prevedono che per il rilascio delle credenziali l'avvocato debba fornire, come logico, i propri dati identificativi. Inoltre, si specifica che le stesse credenziali sono inviate all'indirizzo PEC del difensore previa verifica della correttezza dei dati identificativi inviati.

(12) Cfr. art. 24 d.lgs. 82/2005: "*Firma digitale*: 1. La firma digitale deve riferirsi in maniera univoca ad un solo soggetto ed al documento o all'insieme di documenti cui è apposta o associata. 2. L'apposizione di firma digitale integra e sostituisce l'apposizione di sigilli, punzoni, timbri, contrassegni e marchi di qualsiasi genere ad ogni fine previsto dalla normativa vigente. 3. Per la generazione della firma digitale deve adoperarsi un certificato qualificato che, al momento della sottoscrizione, non risulti scaduto di validità ovvero non risulti revocato o sospeso. 4. Attraverso il certificato qualificato si devono rilevare, secondo le regole tecniche stabilite ai sensi dell'articolo 71, la validità del certificato stesso, nonché gli elementi identificativi del titolare e del certificatore e gli eventuali limiti d'uso".

(13) Si veda art. 1, co. 1 lett. k) delle ST: "*PAdES (PDF Advanced Electronic Signature): formato di firma digitale che consente l'identificazione dell'autore del documento e delle informazioni nello stesso contenute*". L'obbligo della firma Pades e l'impossibilità di utilizzare la firma Cades (CMS Advanced Electronic Signatures) costituisce una delle principali difformità tecniche rispetto al PCT. Si veda anche: F. Pappalardo, L. Fabbroni, A. Mazza, *Processo Civile Telematico*, in G. Cassano, F. Pappalardo (a cura di), op. cit., pp. 25 ss.

(14) Con riferimento al formato degli atti e dei documenti processuali da depositare telematicamente, si veda l'art. 12 delle ST.

(15) L'art. 9, co. 4 Reg. stabilisce che quando il messaggio di posta elettronica certificata eccede la dimensione massima gestibile dalla casella del mittente, il deposito degli atti o dei documenti può essere seguito mediante l'invio di più messaggi di posta elettronica certificata. In tal caso, il deposito, ove andato a buon fine, si perfeziona con la generazione dell'ultima ricevuta di accettazione.

(16) Cfr. art. 14 co. 7, provvedimento del Ministero della Giustizia del 16 aprile 2014, contenente le specifiche tecniche per il PCT, in attuazione dell'art. 34 co. 1 del D.M. 44/2011.

(17) La definizione di *upload* contenuta nel primo articolo non era prevista nella prima versione del Regolamento. La lett. h) ora definisce *upload* il sistema di riversamento informatico diretto su server. Si tratta cioè di un sistema mediante il quale l'Avvocato può accedere in modo diretto sul SIGA e caricare direttamente i file degli atti e dei documenti su di esso. Si tratterebbe di un sistema più semplice ed immediato ma, tuttavia, non utilizzabile in via esclusiva non tanto per ragioni giuridiche bensì per ragioni di "tenuta" del sistema, che, almeno in una fase iniziale, non sopporterebbe il carico di accessi e di *upload* previsti.

Sezione di diritto tributario

Sentenze e Ordinanze

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sentenza 15 novembre 2016, n. 1295.

IMU – stabilimenti balneari – opere di facile rimozione – assoggettamento a tributo ICI/IMU – esclusione.

(Artt. 1, 2, 3, 7, co. 1, lett. b), D.Lgs. 30-12-1992, n. 504; Art. 18, co. 3, L. n. 388/2000; Circolare congiunta Ag. Demanio, Territorio e Min. Trasporti 4-3-2008, n. 2592)

Gli stabilimenti balneari presenti su area in concessione demaniale marittima, ove siano costituiti da strutture di “facile rimozione” non infisse al suolo (c.d. precarietà materiale) e con obbligo di rimozione al termine della stagione (c.d. precarietà temporale), non sono sottoposti ad obbligo di accatastamento e, conseguentemente, non sono soggetti al tributo ICI/IMU. (1)

(...*Omissis*...)

Svolgimento del processo

La Società Bagni (X), concessionaria di uno stabilimento balneare in Sestri Levante, ricorreva avverso l'atto con cui l'Agenzia del Territorio, ritenendo incongruo l'accatastamento proposto con procedura DOCFA (proposto cat. D/8 rendita euro 16.342,00) modificava come segue detto accatastamento: cat. D/6 rendita 23.829.

Sosteneva la contribuente in primo grado che lo stabilimento non avrebbe dovuto essere accatastato, stante la mancanza del requisito di stabilità delle opere correlato all'obbligo a carico del concessionario di procedere alla rimozione delle stesse al termine di ogni stagione balneare; (...*Omissis*...)

La Commissione provinciale annullava l'avviso di accertamento rilevando sia un errore nell'attribuzione della categoria D/6, ritenuta attribuibile agli impianti sportivi, sia una carenza di motivazione nella determinazione della rendita, il tutto in un contesto di scarsa trasparenza.

Hanno appellato la predetta sentenza sia la contribuente che l'Ufficio.

La contribuente lamenta che la Commissione non si sia espressa sulla domanda volta ad escludere l'assoggettamento ad accatastamento dello stabilimento balneare, insistendo sull'assenza di costruzioni in muratura e/o comunque stabilmente infisse al suolo.

(...*Omissis*...)

Motivi della decisione

Ritiene la Commissione di prendere preliminarmente in esame l'eccezione proposta dalla contribuente relativa alla sussistenza o meno dell'obbligo di accatastare lo stabilimento balneare oggetto del contenzioso, non presa in esame dai Primi Giudici.

(...*Omissis*...)

La questione dell'accatastamento dei beni demaniali insistenti sul demanio marittimo è stata oggetto di una Circolare congiunta Ag. Demanio, Territorio e Min. Trasporti 4-3-2008, n. 2592 che ha individuato tre tipologie di opere soggette ad accatastamento: cat. A, riguardante costruzioni in muratura con solaio in cemento armato o misto, cat. B,

concernente le costruzioni in muratura ordinaria con pannelli prefabbricati su piattaforma in cemento armato, ed infine cat. C, nella quale risultano ricomprese strutture prefabbricate, realizzate su piattaforma in cemento armato incernierate o affogate con calcestruzzo al basamento.

Risulta pertanto che l'obbligo di accatastamento sia correlato alla “facile rimozione” dei manufatti realizzati, nel senso che non sono soggetti ad accatastamento quegli stabilimenti balneari costituiti esclusivamente da strutture precarie di facile rimozione.

Nella presente vertenza è possibile per il Collegio accertare in fatto, prendendo in esame gli atti del processo, che questo sia proprio il caso dei Bagni X, essendo possibile per i concessionari installare le strutture all'inizio di ogni stagione balneare (1° maggio) con obbligo di rimuoverle al termine della stessa (30 settembre), non essendo previste opere fisse stabilmente ancorate al suolo.

In presenza di una precarietà non solo strutturale, ma anche temporale, non sembra pertanto ricorrere un obbligo di accatastamento e quindi la doglianza della contribuente si appalesa fondata.

D'altro canto tale tesi risulta confermata anche dalla Suprema Corte di Cassazione con la recente ordinanza n. 263/16, con cui è stata confermata la sentenza n. 8236/9/15 della Commissione Tributaria Regionale della Campania, sezione staccata di Salerno.

Da quanto sopra discende, assorbite tutte le altre questioni, l'accoglimento dell'appello della contribuente ed il rigetto di quello dell'Ufficio. (...*Omissis*...)

P.Q.M.

Accoglie l'appello della contribuente; rigetta l'appello dell'Ufficio. (...*Omissis*...)

(1) Opere di facile rimozione sul demanio marittimo, non assoggettabilità ad Ici/Imu.

Sommario: **1.** *Il caso di Acciaroli (SA).* - **2.** *La CTP Salerno (sentenza n. 2518/2014) respinge le pretese del concessionario.* - **3.** *Il concessionario propone appello alla CTR Napoli-sez. Salerno.* - **4.** *La CTR Napoli-sez. Salerno (sentenza 18-9-2015, n. 8236) ribalta la decisione di 1° grado e accoglie le pretese del concessionario.* - **5.** *La Cassazione (Ord. 12-1-2016, n. 263) conferma la CTR Napoli-sez. Salerno.* - **6.** *Il caso di Sestri Levante.* - **7.** *La CTP Genova (sentenza 27-1-2014, n. 190) accoglie in parte le pretese del concessionario annullando l'atto dell'Agenzia delle Entrate, Ufficio Provinciale di Genova-Territorio.* - **8.** *Il concessionario propone appello alla CTR Liguria.* - **9.** *La CTR Liguria (sentenza 15-11-2016, n. 1295) accoglie le pretese del concessionario e si adegua all'indirizzo di legittimità (Cass. n. 263/2016) sopra richiamato.* - **10.** *Circolare Agenzia delle Entrate 7-12-2016, n. 203204, intitolata “Accatastamento degli stabilimenti balneari su area demaniale”: conferma gli indirizzi giurisprudenziali sopra riassunti.* - **11.** *DPR 22-3-2017, n. 31 (G.U. 22-3-17, n. 68) “Individuazione degli interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica o sottoposti ad autorizzazione semplificata” da parte delle Soprintendenze.*

1. Il caso di Acciaroli (SA)

Nel 2008 il concessionario di uno stabilimento balneare del Cilento (spiaggia di Acciaroli) radica un contenzioso nanti la CTP di Salerno avente ad oggetto la richiesta di annullamento dell'accertamento ICI per l'anno 2006 notificata dal Comune di Pollica in ordine ad una struttura amovibile in legno adibita a stabilimento balneare, sita sua area in concessione demaniale marittima ad uso turistico-ricreativo.

2. La CTP Salerno (sentenza n. 2518/2014) respinge le pretese del concessionario atteso che:

Esiste un titolo autorizzatorio all'installazione di dette strutture, integrante gli estremi di un diritto di superficie;
La debenza dell'ICI prescinde dalla iscrizione catastale della struttura, bastando la titolarità del diritto di superficie;
Nonostante la precarietà e l'amovibilità delle strutture, esse comunque comportano una trasformazione urbanistico-edilizia del territorio;
Ciò che rileva ai fini dell'applicazione del tributo è la destinazione delle strutture alle esigenze proprie di uno stabilimento balneare, ancorché temporanee e stagionali;
Per le aree demaniali l'esenzione da ICI (ai sensi art. 7, co. 1, d.lgs. n. 504/92) è concessa solamente per i manufatti destinati al traffico marittimo ed alle operazioni necessarie per le attività portuali, fattispecie che non ricorre in questo caso.

3. Il concessionario propone appello alla CTR Napoli-sez. Salerno, adducendo i seguenti motivi:

Manufatto non infisso al suolo, cioè precario ed amovibile;
Non accatastato né accatastable in quanto ai sensi della Circolare congiunta Ag. Demanio, Ag. Territorio e Ministero Trasporti 4-3-2008, n. 2592 non era:
in muratura con solaio in cemento;
prefabbricato su piattaforma in cemento;
prefabbricato su cemento incernierato o affogato con calcestruzzo al basamento;
Per quanto sopra, non sussumibile nella categoria dei beni facenti capo al concessionario di aree demaniali quale soggetto passivo dell'imposta ICI/IMU ex art. 18, co. 3, L. n. 388/2000.

4. La CTR Napoli-sez. Salerno (sentenza 18-9-2015, n. 8236) ribalta la decisione di 1° grado e accoglie le pretese del concessionario in quanto:

Le strutture sono precarie (dal punto di vista strutturale e temporale) ed amovibili e quindi non costituiscono un fabbricato;
Anche se le opere sono destinate all'utilizzo di un bene-stabilimento balneare temporaneo e stagionale, ciò nonostante sono pur sempre amovibili;
Le strutture non hanno i requisiti di cui alla Circolare congiunta Ag. Demanio, Ag. Territorio e Ministero Trasporti 4-3-08, n. 2592 (soprarichiamata);
Non si configura nel caso di specie un diritto di superficie in capo al concessionario, in quanto è previsto un condizionamento da parte dello Stato del tempo e dei modi di utilizzo, in un contesto di precarietà strutturale e funzionale (le concessioni demaniali marittime prevedono espressamente che al loro termine si debba sgomberare l'area occupata da ogni manufatto, restituendola nello stato originario).
Anche la giurisprudenza ha configurato il rapporto di cui al precedente punto (opera caratterizzata da precarietà strutturale e funzionale) come avente natura obbligatoria e non

reale (Cass. ord., n. 12354/2011; Cass., n. 22757/2004; CTR Salerno, n. 379/2013), atteso che al momento della cessazione del rapporto concessorio il bene demaniale torna nella disponibilità del concedente nella forma originaria, cioè libero da strutture;
Diverso è il caso di realizzazione sul demanio, da parte del concessionario, di opere stabili, le quali sono assimilabili alla proprietà superficaria (Cass., n. 1718/2007 e Cass. ord., n. 12354/2011).

5. La Cassazione (Ord. 12-1-2016, n. 263) conferma la CTR Napoli-sez. Salerno in quanto:

Si deve distinguere tra la concessione della mera disponibilità dell'area da quella che comporta la collocazione di opere stabili: solo in questo secondo caso si applica l'ICI;
Il diritto di superficie si ravvisa solamente quando si riconosce al concessionario una facoltà edificatoria e di mantenimento di una costruzione più o meno stabile, consistente in strutture edilizie o assimilate (sale ristoranti, locali di intrattenimento o da ballo, caffè etc.).

6. Il caso di Sestri Levante.

Nel 2012 uno stabilimento balneare di Sestri Levante ricorre alla CTP di Genova avverso l'avviso di accertamento col quale l'Agenzia delle Entrate, Ufficio Provinciale di Genova-Territorio ritenendo incongruo l'accatastamento proposto dal Comune ha modificato la categoria e la rendita (da Cat. D8, rendita 16.342,00 a Cat. D/6, rendita 23.829,00). Il concessionario sostiene che le opere presenti nello stabilimento balneare non debbano essere accatastate per la mancanza del requisito della stabilità e per l'obbligo di rimozione al termine della stagione balneare.
In via di subordine il concessionario chiede che il bene venga classato nella categoria C5.

7. La CTP Genova (sentenza 27-1-2014, n. 190) accoglie in parte le pretese del concessionario annullando l'atto dell'Agenzia delle Entrate, Ufficio Provinciale di Genova-Territorio, in quanto:

Ha commesso un errore nella attribuzione della categoria D6 (attribuibile agli impianti sportivi) dalla D/8;
Non ha motivato come ha rideterminato la rendita catastale.

8. Il concessionario propone appello alla CTR Liguria, lamentando che:

CTP non si sia espressa sulla domanda volta ad escludere l'assoggettamento ad accatastamento, attesa l'assenza di costruzioni in muratura e/o comunque infisse al suolo;
CTP non abbia accolto la domanda subordinata di classare il bene nella categoria C5, atteso che il classamento D8 era stato imposto dal Comune di Sestri Levante.

9. La CTR Liguria (sentenza 15-11-2016, n. 1295) accoglie le pretese del concessionario e si adegua all'indirizzo di legittimità (Cass. n. 263/2016) sopra richiamato, affermando che:

Non sono soggetti ad accatastamento quegli stabilimenti balneari costituiti esclusivamente da strutture precarie di facile (ed obbligatoria) rimozione al termine della stagione;
L'obbligo di accatastamento sussiste solamente per le opere di cui alle lettere A, B e C della Circolare congiunta Ag. Demanio, Ag. Territorio e Ministero Trasporti 4-3-2008, n. 2592.

10. Circolare Agenzia delle Entrate 7-12-2016, n.

203204, intitolata “Accatastamento degli stabilimenti balneari su area demaniale”: conferma gli indirizzi giurisprudenziali sopra riassunti, affermando che:

L’obbligo di accatastamento vige in presenza di costruzioni di tipa A, B e C della Circolare congiunta Ag. Demanio, Ag. Territorio e Ministero Trasporti 4-3-08, n. 2592. “**Negli altri casi, ossia concessioni demaniali su porzioni di arenile prive di costruzioni, non sussiste, pertanto, l’obbligo di accatastamento**”.

11. DPR 22-3-2017, n. 31 (G.U. 22-3-17, n. 68) “Individuazione degli interventi esclusi dall’autorizzazione paesaggistica o sottoposti ad autorizzazione semplificata” da parte delle Soprintendenze.

Individua diversi interventi edilizi e opere in aree sottoposte a vincolo paesaggistico (come le spiagge) che sono:

Completamente sottratte all’obbligo del parere paesaggistico (vd. allegato A);

Sottoposte ad una nuova procedura semplificata (vd. allegato B).

A titolo esemplificativo, non necessitano più di alcuna autorizzazione paesaggistica: A.1. Opere interne [...] anche ove comportanti mutamento della destinazione d’uso; [...] A.16. Occupazione temporanea di suolo privato, pubblico o di uso pubblico [...] non superiore a 120 giorni nell’anno solare; A.17. Installazioni esterne [...] costituite da elementi fa-

cilmente amovibili quali tende, pedane, paratie laterali frangivento, manufatti ornamentali, elementi ombreggianti o altre strutture leggere di copertura, e prive di parti in muratura o strutture stabilmente ancorate al suolo; [...] A.28. Smontaggio e rimontaggio periodico di strutture stagionali munite di autorizzazione paesaggistica.

Per altri tipi di interventi edilizi, invece, il procedimento per il rilascio del parere paesaggistico viene semplificato sia nei tempi che nella documentazione: B.1. Incrementi di volume non superiori al 10 per cento della volumetria della costruzione originaria e comunque non superiori a 100 mc; [...] B.25. Occupazione temporanea di suolo privato, pubblico, o di uso pubblico, mediante installazione di strutture o di manufatti semplicemente ancorati al suolo [...], per un periodo superiore a 120 e non superiore a 180 giorni nell’anno solare; B.26. Verande e strutture in genere poste all’esterno (dehors), tali da configurare spazi chiusi funzionali ad attività economiche [...] consistenti in opere di carattere non stagionale e a servizio della balneazione, quali, ad esempio, chioschi, servizi igienici e cabine; prima collocazione ed installazione dei predetti manufatti amovibili o di facile rimozione aventi carattere stagionale.

Avv. Alessandro Barca

Massime

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. 7, 7 gennaio 2016, n. 8.

ACCERTAMENTO – metodologia “sintetica” - art. 38, D.P.R. n. 600/73 – presunzione semplice - inversione onere probatorio - non sussiste.

L'accertamento sintetico, elaborato esclusivamente sulla base di indicatori, parametri o formule standard costituisce presunzione semplice e non comporta l'inversione dell'onere probatorio a carico del contribuente. Grava quindi sull'Amministrazione finanziaria individuare ulteriori elementi probatori a conforto dei risultati così ottenuti, onde trasformare la presunzione semplice in presunzione di natura qualificata, dotata dei requisiti di gravità, precisione e concordanza.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. 5, 8 gennaio 2016, n. 17.

ACCERTAMENTO – art. 42, D.P.R. n. 600/73 – Sottoscrizione – delega del funzionario – carenza - nullità.

È nullo l'accertamento sottoscritto dal Funzionario sprovvisto di delega nominativa. Qualora il contribuente contesti, anche in forma generica, la legittimazione del Funzionario alla sottoscrizione dell'atto, costituisce onere dell'Amministrazione fornire esauriente e completa prova del possesso dei requisiti soggettivi prescritti dalla legge, sia in capo al soggetto delegante sia in capo al soggetto delegato.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. 3, 20 gennaio 2016, n. 91.

ACCERTAMENTO – cittadini italiani residenti all'estero - notifica - art. 60, lett. e), D.P.R. n. 600/73 – deposito plico nella casa comunale -nullità.

In presenza di una residenza estera conoscibile dall'Amministrazione sulla base dell'iscrizione all'AIRE, deve ritenersi nulla la notifica di un avviso di accertamento effettuata ai sensi dell'art. 60, lett. e) del D.P.R. n. 600/73, mediante deposito dell'atto nella casa comunale del domicilio fiscale.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. 14, 28 gennaio 2016, n. 265 - C.T.P. Genova.

ACCERTAMENTO – P.V.C.- art. 24, Legge n. 4/1929 – obbligo di redazione – verifiche “in loco” ed “a tavolino” – distinzione – non sussiste.

Deve ritenersi in ogni caso obbligatoria la redazione di un P.V.C. ai sensi dell'art. 24 della Legge n. 4/1929 (“le violazioni delle norme contenute nelle leggi finanziarie sono contestate mediante processo verbale”), non operando la norma alcuna distinzione tra verifiche “in loco” e verifiche “a tavolino”. Peraltro, l'assenza di un P.V.C. renderebbe altresì inoperante la facoltà del contribuente di prestare spontanea adesione ai verbali di constatazione, in materia di imposte sui redditi ed imposta sul valore aggiunto, secondo l'espressa previsione normativa di cui al D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla Legge 6 agosto 2012, n. 133.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. 4, 4 febbraio 2016, n. 171.

ACCERTAMENTO - società di fatto - art. 2247 c.c. - requisiti - oggettivo e soggettivo - sussistenza - necessità - coniugi - Amministrazione finanziaria - onere della prova - elementi gravi, precisi e concordanti - incombenza.

Ai sensi dell'art. 2247 c.c., l'esistenza di una società, anche “di fatto” si fonda sul concorso di un elemento oggettivo, rappresentato dal conferimento di beni o servizi in un fondo comune, e di un elemento soggettivo, rappresentato dall'intenzione dei soci di collaborare per conseguire risultati comuni attraverso l'esercizio collettivo di un'attività imprenditoriale. In particolare, qualora l'Amministrazione finanziaria ritenga che un'attività imprenditoriale sia riferibile ad una società di fatto deve fornire la prova della concreta esistenza della società, e cioè dell'esistenza di un rapporto tra i soci e di una organizzazione societaria, non limitandosi a provare l'esistenza della mera apparenza di un vincolo sociale. Inoltre, nel caso in cui l'Ufficio supponga che la società di fatto sia costituita tra coniugi, tale prova dovrà essere più precisa e più circostanziata, con elementi gravi, precisi e concordanti, considerata la sostanziale coincidenza degli elementi tipici della solidarietà familiare con alcuni caratteri del presunto rapporto sociale di fatto.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. 1, 4 febbraio 2016, n. 182.

ACCERTAMENTO - notifica a mani proprie - luogo della notifica - art. 138 c.p.c. – sanatoria per raggiungimento dello scopo – decadenza dell'ente impositore - persistenza.

La nuova formulazione dell'art. 138 c.p.c., così come in vigore dal 2004, impone che la notifica a mani proprie del destinatario debba essere effettuata, di regola, presso la casa di abitazione di questi oppure, se ciò non è possibile, ovunque lo si trovi, nell'ambito della circoscrizione. La notifica a mani proprie eseguita in un luogo diverso, senza dimostrazione di un previo accesso presso l'abitazione, deve considerarsi nulla e non già inesistente. La possibile sanatoria per raggiungimento dello scopo a seguito della tempestiva proposizione del ricorso non determina comunque il venire meno della decadenza eventualmente già verificatasi in capo all'ente impositore (Cass. SS.UU. n. 19854/2004).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. 10, 5 febbraio 2016, n. 332.

ACCERTAMENTO - società di capitali cancellata dal registro delle imprese - importi percepiti in base al bilancio finale di liquidazione - onere della prova - art. 2495 c.c.

Secondo il normale riparto dell'onere probatorio, grava interamente sull'Amministrazione finanziaria provare la reale e concreta distribuzione del residuo attivo patrimoniale in capo ai soci sulla base del bilancio finale di liquidazione, non essendo sufficiente l'utilizzo di mere presunzioni.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. 4, 10 agosto 2016, n. 1059.

ACCERTAMENTO - società di persone cancellata dal registro delle imprese - accertamento ai soci compartecipi - nullità.

L'accertamento emesso nei confronti di una società di persone cancellata dal registro delle imprese deve ritenersi nullo; parimenti nullo deve ritenersi l'accertamento emesso nei confronti dei soci compartecipi, motivato esclusivamente con richiamo all'accertamento societario, in assenza di una motivazione propria e specifica, riferibile alle persone fisiche ed alla sussistenza dei presupposti per l'attivazione della responsabilità personale.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. 3, 9 settembre 2016 n. 1772.

ACCERTAMENTO - sottoscrizione - delega di firma - art. 42, D.P.R. n. 600/73 - "delega collettiva" - invalidità.

Secondo la giurisprudenza elaborata dalla Corte di Cassazione, affinché possa esistere un valido provvedimento di delega è necessario che la stessa contenga specificatamente le esigenze di servizio che la motivano; indichi l'ambito di applicazione ed i suoi limiti; indichi le generalità del soggetto delegato e la sua connessione con il provvedimento da adottare; circoscriva la durata, che non può essere indeterminata, restando onere dell'Amministrazione fornire e dimostrare il corretto esercizio del potere di delega. Nel caso particolare, la "delega collettiva" conferita a uno o più funzionari per la stessa tipologia di provvedimento non soddisfa gli specifici requisiti indicati dalla Corte, non essendo possibile riscontrare un effettivo e reale collegamento con lo specifico atto da sottoscrivere.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. 2, del 9 novembre 2016, n. 1284 - C.T.R. Liguria.

ACCERTAMENTO - metodologia "sintetica" - art. 38, D.P.R. n. 600/73 - prova contraria - collegamento tra tenore di vita e risorse prive di rilevanza fiscale.

In materia di accertamento sintetico il contribuente non può essere gravato dall'onere di fornire la puntuale e analitica dimostrazione della correlazione causale tra il suo tenore di vita e la disponibilità di risorse prive di rilevanza fiscale, essendo sufficiente anche un collegamento di carattere sostanziale.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. 5, 1 dicembre 2016, n. 2260.

ACCERTAMENTO - metodo analitico presuntivo - ricostruzione dei ricavi - consumo di caffè - criterio non attendibile - art. 39, c.1, lett. d), D.P.R. n. 600/73.

La ricostruzione in via analitico presuntiva dei ricavi di un ristorante attraverso il numero di tazzine di caffè somministrate in ragione dei quantitativi acquistati, costituisce metodo empirico e scarsamente attendibile, in quanto grossolano, approssimativo e condizionato da molteplici fattori variabili (umani ed ambientali). Inoltre, la stima dei caffè abbinati e somministrati alla clientela deve tenere conto anche della quantità di prodotto eventualmente utilizzato per la preparazione di dolci, nonché della ragionevole presenza di consumi "interni" da parte del personale dipendente.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 5 gennaio 2017, n. 25 - Pres. e Rel. Picozzi.

ACCERTAMENTO - dichiarazione integrativa "a favore" - termine di presentazione - errori od omissioni - possibilità di farli valere anche sede contenziosa - sussistenza.

Ai sensi dell'art. 2, c. 8-bis, del d.p.r. n. 322/1998, la dichiarazione integrativa "a favore" può essere presentata dal contribuente non oltre il termine prescritto per la presentazione della dichiarazione relativa al periodo d'imposta successivo. Tuttavia, come affermato anche dalla Cassazione, S.U., sent. n. 13378/2016, il contribuente, indipendentemente dalle modalità e termini di cui alla dichiarazione integrativa, in sede contenziosa può sempre opporsi alla maggiore pretesa tributaria dell'amministrazione finanziaria allegando errori, di fatto o di diritto, commessi nella redazione della dichiarazione ed incidenti sull'obbligazione tributaria (Nella specie, la CTP ha annullato l'iscrizione a ruolo ex art. 36-bis, d.p.r. n. 600/73, con la quale erano recuperate a tassazione maggiori imposte conseguenti alla mancata indicazione in dichiarazione di alcune ritenute che il contribuente aveva subito. Secondo la CTP, anche se la dichiarazione integrativa era stata presentata solo dopo la notifica della cartella di pagamento ex art. 36-bis cit., e dopo che il termine per la presentazione della dichiarazione a favore era spirato, trattandosi di errore meramente formale nella compilazione della dichiarazione che non aveva determinato alcuna perdita di gettito per l'Erario, tale emenda poteva essere fatta valere in sede contenziosa determinando la nullità del recupero effettuato dall'Ufficio).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 12 gennaio 2017, n. 60 - Pres. Delucchi e Rel. Scanu.

ACCERTAMENTO - fallimento - motivazione - pvc - notificato all'impresa in bonis - accertamento - notificato al curatore - rinvio al pvc - mancata allegazione - invalidità - sussiste - presunzione di conoscenza del pvc da parte del curatore - esclusione.

È viziato da carenza di motivazione l'atto di accertamento notificato al curatore fallimentare e motivato mediante il rinvio ai contenuti di un PVC reso noto solo all'imprenditore quando era ancora in bonis ma non anche al curatore medesimo. A tal proposito, essendo il fallito obbligato a consegnare all'imprenditore tutta la documentazione amministrativa dell'impresa, è legittimo presumere che anche il PVC notificato all'imprenditore quando era in bonis sia stato trasmesso al curatore che, quindi, lo abbia potuto conoscere: trattasi, tuttavia, di presunzione iuris tantum che non consente di ritenere assolutamente certo il passaggio di detto PVC, unitamente al resto della documentazione amministrativa dell'impresa, dal fallito al curatore fallimentare.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. 3, 19 maggio 2016, n. 718.

CONTENZIOSO - legittimazione attiva - società cancellata - non sussiste.

A seguito della riforma del diritto societario la cancellazione di una società dal registro delle imprese ne produce l'immediata estinzione, indipendentemente dall'esistenza di crediti insoddisfatti o di rapporti pendenti. Deve pertanto considerarsi improcedibile l'azione (nella specie la riassunzione del giudizio davanti alla commissione tributaria regionale dopo la sentenza di rinvio emessa dalla cassazione) intentata, per la società estinta, dal suo liquidatore.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. 2, 22 febbraio 2016, n. 292.

ICI - locazione canone concordato - aliquota agevolata - applicabilità - condizioni.

L'aliquota agevolata ICI del 4,5%, stabilita dal Comune di Genova per gli immobili locati ai sensi dell'art. 2, c. 4 della Legge n. 431/98, prevede, quale condizione essenziale, che il locatario, persona fisica, utilizzi l'unità immobiliare come abitazione principale ed ivi stabilisca la propria residenza anagrafica.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. 7, 21 marzo 2016, n. 475.

ICI - contestazione rendita catastale - preclusione.

L'attribuzione della categoria e della rendita catastale devono essere tempestivamente contestate nei confronti dell'Agenzia del Territorio e non già nei confronti del Comune impositore, in relazione ad un successivo e conseguente accertamento ICI. Tuttavia, il giudicato eventualmente formatosi nel giudizio proposto nei confronti dell'Agenzia del Territorio sulla quantificazione della rendita influisce direttamente sulla base imponibile dell'imposta, assumendo così rilevanza anche nel giudizio in corso ai fini ICI.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. 1, 5 luglio 2016, n. 946.

IMPOSTA di registro - cessione totalitaria quote societarie - cessione di azienda - funzione economica - identità.

Secondo l'indirizzo della Corte di Cassazione (ex multis, Cass., Ord. n. 24594/2015), la cessione totalitaria di quote societarie persegue la stessa funzione economica raggiungibile attraverso la cessione dell'azienda sociale. Ai fini dell'imposta di registro, pertanto, facendo prevalere gli effetti sostanziali ottenuti rispetto alla forma contrattuale utilizzata, il negozio di cessione della totalità delle quote di una società di capitali deve essere assimilato ad un contratto di cessione di azienda, anche in assenza della prova certa dell'intento elusivo.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. 1, 11 ottobre 2016, n. 1164.

IMPOSTA di registro - agevolazione "prima casa" - successiva costruzione su terreno di proprietà - equiparato ad acquisto.

Il contribuente non decade dai benefici "prima casa" ai fini dell'imposta di registro, se entro un anno dalla vendita dell'immobile acquistato con le medesime agevolazioni costruisce una nuova abitazione su un terreno di sua proprietà.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. 7, 20 gennaio 2016, n. 104.

IRPEF - reddito dei fabbricati - convalida di sfratto - imponibilità.

Per i periodi anteriori alla data della convalida di sfratto, i canoni derivanti da contratto di locazione immobiliare concorrono alla formazione del reddito, ancorché non effettivamente percepiti.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. 3, 13 settembre 2016, n. 477.

IRPEF - Cittadino iscritto all'AIRE - presunzione di resi-

denza nello Stato - contribuente - onere della prova - incombenza.

ACCERTAMENTO - Fattispecie qualificabile come reato ex D. Lgs. 74/2000 - raddoppio dei termini "ordinari" per l'accertamento - condizioni.

In tema di impositività, nello Stato, di redditi prodotti da cittadini formalmente residenti all'estero (in paesi a fiscalità privilegiata), vale la presunzione di cui al comma 2, art. 12, del D.L. 78/2009, conv. in L. 102/09, incombenndo al contribuente l'onere della prova contraria.

In presenza di fattispecie qualificabile come reato, ai sensi del D. Lgs. 74/2000, il raddoppio dei termini "ordinari" per l'accertamento, può avvenire sempre che, la notizia di reato, sia inviata/spedita entro il termine correlato alla scadenza del termine ordinario di decadenza.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. 5, 28 novembre 2016, n. 628.

IRPEF - Società di capitali a ristretta compagine - utili extra bilancio - imputazione ai soci partecipanti - redditi di capitale - art. 47 TUIR.

I redditi presuntivamente imputati ai soci di società di capitali a ristretta partecipazione in dipendenza dell'accertamento societario costituiscono redditi di capitale; conseguentemente, anche in assenza di una formale delibera di distribuzione concorrono alla formazione della base imponibile IRPEF secondo le regole e nei limiti dell'art. 47, comma 1 del TUIR (nel caso specifico: 49,72%, trattandosi di partecipazioni qualificate).

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, sentenza 19 maggio 2016, n. 409 - Pres. Fugacci - Rel. Girovaco.

PROCESSO TRIBUTARIO - contributo unificato - invito al pagamento - atto impugnabile - esclusione - ricorso - inammissibilità - conseguenza.

L'invito al pagamento del contributo unificato, disciplinato dall'art. 248 del Testo Unico in materia di spese di Giustizia (D.p.r. 115/2002), non può essere considerato un atto impositivo autonomamente impugnabile di fronte al Giudice Tributario ai sensi dell'art. 19 del D.Lgs. n. 546 del 1992. Nonostante l'avviso di pagamento contenga tutti gli elementi caratterizzanti degli atti impositivi, la specificazione che, decorso il termine per il pagamento di quanto indicato nell'invito, la pretesa sarà azionata mediante il meccanismo dell'iscrizione al ruolo e notifica della cartella, sta a significare, ad avviso della Commissione, che l'accesso del contribuente alla tutela giurisdizionale è garantita dalla previsione nel procedimento di atti autonomamente impugnabili ricompresi nell'elencazione dell'art. 19 del D. Lgs. 546 del 1992. Il ricorso avverso tale invito deve essere dichiarato inammissibile. (In particolare, la CTP ha ritenuto che l'invito di pagamento in argomento non è assimilabile a un atto impositivo, bensì ad uno strumento che consente al contribuente, tramite il supporto dei difensori che gestiscono le incombenze, di ovviare ad eventuali errori senza oneri accessori prima che l'amministrazione proceda all'attività impositiva vera e propria).

M.D.P.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 12 dicembre 2016, n. 793 - Pres. e Rel. Sgambati.

PROCESSO TRIBUTARIO - contributo unificato - invito al pagamento - atto impugnabile - qualificazione - termine - sessanta giorni - necessità.

L'“invito al pagamento” con cui al contribuente è richiesto il versamento di un contributo unificato precedentemente omesso costituisce atto impugnabile in Commissione Tributaria: infatti, l'elencazione degli “atti impugnabili” contenuta nell'art. 19, d.lgs. n. 546/1992, pur se da considerarsi tassativa, deve essere interpretata in senso estensivo, fino a comprendervi “le notizie”, le “note” e gli “avvisi bonari” con i quali l'Amministrazione porta a conoscenza del contribuente una ben individuata pretesa tributaria, ingenerando nel contribuente stesso l'interesse a chiederne il controllo di legittimità in sede giurisdizionale, ed anche se trattasi di atti privi dei requisiti formali degli “atti tipici”. Inoltre, trattandosi di atto avente natura tributaria, l'impugnazione dell'invito di pagamento soggiace al termine di sessanta giorni previsto dall'art. 21, d.lgs. n. 546/92.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 4 aprile 2016, n. 296 - Pres. Sgambati e Rel. Ranaldi.

PROCESSO TRIBUTARIO – contributo unificato – invito al pagamento – notifica – termine – trenta giorni – natura perentoria – esclusione – luogo della notifica – difensore costituito solo per il primo grado – fattispecie – irrogazione delle sanzioni – colpa del contribuente – esclusione – sanzione irrogata - annullamento.

Ai sensi dell'art. 248 del T.U.S.G. (d.p.r. n. 115/2002), entro trenta giorni dal deposito dell'atto cui si collega il pagamento o l'integrazione del contributo unificato, l'ufficio notifica alla parte l'invito al pagamento dell'importo dovuto. Pur se si tratta di termine non perentorio, non è dovuta la sanzione per l'omesso pagamento del contributo unificato irrogata con il successivo “atto di irrogazione” notificato direttamente al contribuente, se il precedente “invito al pagamento” sia stato notificato, non solo ben oltre l'indicato termine di trenta giorni dal deposito dell'atto (nella specie, tre anni dopo), ma anche al difensore costituito per il solo giudizio di primo grado. In tale caso, infatti, si deve escludere la sussistenza di una colpa in capo al contribuente che aveva maturato un legittimo affidamento circa la regolarità dell'importo a suo tempo versato (nella specie, il ricorso introduttivo era stato depositato nel 2012; nel 2015 l'invito al pagamento è stato notificato al difensore nominato per il solo giudizio di primo grado il quale, per un disguido, non lo aveva trasmesso al contribuente; questi non aveva quindi avuto la possibilità di conoscere la pretesa e di versare il contributo unificato senza alcun addebito a titolo di sanzione).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 19 gennaio 2016, n. 204 - Pres. Ghigliazza e Rel. Bozzano.

PROCESSO TRIBUTARIO – contributo unificato – ricorso cumulativo – pluralità atti impugnati - calcolo – valore di ciascun singolo atto – necessità – somma di tutti i valori accertati - esclusione.

PROCESSO TRIBUTARIO – contributo unificato – omesso versamento – irrogazione della sanzione – atto prodromico – atto di contestazione – esclusione – invito al pagamento - sussistenza.

Qualora con un unico ricorso siano impugnati più avvisi di accertamento, il calcolo del contributo unificato deve essere effettuato con riferimento ai valori dei singoli atti e non sulla somma di tali valori. Ed infatti, soltanto nel caso in cui siano impugnati più atti di irrogazione delle sanzioni il valore della lite è dato dalla loro somma (Nella specie, la CTP giunge ad affermare tale principio sulla base della natura impugnatoria del processo tributario nel quale, anche a fronte di impugnazione cumulativa di più atti impositivi, sia la do-

manda di annullamento, sia la pronuncia del giudice, mantengono come oggetto la legittimità della pretesa formulata da ciascun atto impositivo. In un simile contesto, la determinazione del quantum del contributo unificato prescinde quindi dalla scelta del contribuente di impugnare cumulativamente o meno gli atti impositivi. Secondo la CTP, tale conclusione è confortata sia dall'art. 14, c. 3-bis, d.p.r. n. 115/2002, che, per effetto dell'art. 1, c. 598, lett. a, L. n. 147/2013, ha previsto che “Nei processi tributari, il valore della lite è determinato, per ciascun atto impugnato anche in appello ...”, sia dalla Direttiva Ministeriale n. 2/DGT del 14 dicembre 2012).

L'atto di irrogazione delle sanzioni per il mancato versamento del contributo unificato dovuto non deve essere preceduto da un apposito “atto di contestazione”: l'unico atto presupposto previsto dal T.U.S.G. è infatti rappresentato dall'“invito al pagamento”.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 21 gennaio 2016, n. 42 - Pres. Pellegrini e Rel. Lomazzo.

PROCESSO TRIBUTARIO – contributo unificato – omesso versamento - irrogazione delle sanzioni – atto di contestazione – necessità – non sussiste – modulazione entità della sanzione – termine per il pagamento – applicazione.

PROCESSO TRIBUTARIO – ricorso cumulativo – contributo unificato – determinazione – valore dei tributi accertati da ciascun singolo atto – necessità – loro sommatoria – esclusione.

PROCESSO TRIBUTARIO – ricorso cumulativo – contributo unificato – determinazione – valore dei tributi accertati da ciascun singolo atto – necessità – questione di costituzionalità – art. 12, d.lgs. n. 546/92 – non configurabile.

SANZIONI - contributo unificato – omesso versamento - irrogazione delle sanzioni – valore della lite – art. 12, d.lgs. n. 546/92 – condizione di obiettiva incertezza sulla portata e sull'ambito della disposizione normativa – non sussiste.

L'atto con cui è irrogata la sanzione per il mancato versamento del contributo unificato dovuto non richiede la previa emissione di un “atto di contestazione”, in quanto la contestazione preventiva è già effettuata con il c.d. “invito al pagamento”. Inoltre, la mancata notifica di un “atto di contestazione” non pregiudica la possibilità del contribuente di avvalersi della definizione agevolata della sanzione, in considerazione del fatto che l'atto di irrogazione contempla una modulazione dell'entità della sanzione in funzione del termine entro il quale avverrà il suo pagamento.

Nel caso di ricorso “cumulativo” proposto avverso più atti di accertamento, il valore della lite sul quale calcolare il contributo unificato dovuto è determinato dall'importo del tributo preteso da ciascuno degli atti impositivi, al netto di sanzioni ed interessi, diverso essendo il trattamento dovuto in relazione agli atti di irrogazione delle sanzioni, il cui valore è invece determinato dalla sommatoria di queste.

Non è configurabile alcuna questione di costituzionalità dell'art. 12, d.lgs. n. 546/1992 – nella parte in cui prevede che “per valore della lite si intende l'importo del tributo al netto degli interessi e delle eventuali sanzioni irrogate con l'atto impugnato; in caso di controversie relative esclusivamente alle irrogazioni di sanzioni, il valore è costituito dalla somma di queste” – in relazione agli artt. 3, 53 e 97 Cost.. Infatti, un'applicazione dell'art. 12 cit. nel senso che, nel caso di ricorso cumulativo, il valore del contributo unificato sia determinato sulla base della somma di tutte le imposte accertate, comporte-

rebbe una disparità di trattamento tra contribuenti che avessero la possibilità di impugnare più atti impositivi in modo cumulativo e coloro che invece li impugnassero separatamente, oltre a prestarsi ad impugnazioni volte ad eludere il corretto pagamento del contributo unificato (nella specie, il ricorrente contestava il fatto che la previsione dell'art. 12 cit., avrebbe comportato, rispetto a casi di parità di recupero d'imposta e situazioni analoghe, differenti livelli di tassazione, dipendenti dalla diversa modalità di accertamento adottata).

La sanzione irrogata dall'«atto di irrogazione» per il mancato pagamento del contributo unificato non può essere disapplicata in forza degli artt. 6, d.lgs. n. 472/1997 e 10, l. n. 212/2000: infatti, i contrasti sorti nella giurisprudenza di merito sull'interpretazione del concetto di «valore della lite» ai fini del contributo unificato, non hanno consistenza tale da assurgere ad «obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione» dell'art. 12, d.lgs. n. 546/92. Ciò anche in assenza di alcuna pronuncia di legittimità favorevole al contribuente ed alla presenza di una prassi uniforme degli uffici in senso contrario a quanto sostenuto dal contribuente.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. 1, 18 febbraio 2016, n. 267.

PROCESSO TRIBUTARIO - Società cessata - Difetto di legittimazione passiva - Rappresentanza dei soggetti giuridici.

La rappresentanza sostanziale e processuale di soggetti estinti spetta all'ultimo legale rappresentante in carica prima della cessazione. In caso di società cessata e cancellata dal registro delle imprese, infatti, la notificazione degli avvisi tributari può essere validamente effettuata solo nelle mani del liquidatore della società o in quelle dell'ultimo amministratore, dovendo attribuirsi solo ai predetti soggetti, la sopravvivenza dei poteri di rappresentanza per l'effetto della sopravvivenza della persona giuridica (Nel caso di specie la notifica dell'avviso di accertamento riguardante l'associazione sportiva anziché essere stata fatta al soggetto che la rappresentava prima della formale cancellazione, benché in carica per un breve periodo, finalizzato alla cancellazione stessa, è stata fatta al vecchio legale rappresentante dando origine ad un'ipotesi di legittimazione passiva).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. 4, 2 agosto 2016, n. 1618.

RISCOSSIONE - cartella di pagamento - calcolo degli interessi - obbligo di motivazione - sussiste.

L'impossibilità per il contribuente di comprendere e verificare agevolmente il calcolo degli interessi esposti nella cartella di pagamento (non essendo stati indicati né i criteri seguiti né le aliquote applicate per le varie annualità) costituisce chiara evidenza del vizio di motivazione dedotto; ne consegue l'annullabilità parziale dell'atto impugnato.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. 1, 2 dicembre 2016, n. 2272.

RISCOSSIONE - cartella di pagamento - motivazione - necessità.

La cartella di pagamento che non consenta di ricostruire e verificare la correttezza degli importi richiesti è annullabile per difetto di motivazione (nella fattispecie: cartella di iscrizione a ruolo a seguito di sentenza della Commissione Tributaria Regionale, contestata dal ricorrente sotto il profilo quantitativo).

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. 5, 9 maggio 2016, n. 274.

RISCOSSIONE - cartella di pagamento - intestazione a società di persone cancellata dal registro delle imprese - notifica al domicilio di socio della società - inesistenza della notifica - sussiste.

La cartella di pagamento intestata a società estinta che sia stata notificata al domicilio di ex socio illimitatamente responsabile deve ritenersi inesistente essendo la società estinta.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. 4, 22 agosto 2016, n. 472.

SANZIONI - avviso di contestazione e irrogazione di sanzione - provvedimento annullato in autotutela - declaratoria di cessazione della materia del contendere e condanna dell'Amministrazione Finanziaria alle spese - consegue - Utilizzazione dati lista "Pessina" - legittimità.

ACCERTAMENTO - Raddoppio dei termini - comunicazione del reato nei termini ordinari per l'accertamento - legittimità.

SANZIONI - leggi posteriori sopravvenute - principio del favor rei - applicabilità - continuazione di violazioni della stessa indole - incremento delle sanzioni del 5% per anno - percentuale massima del 30% - legittimità.

L'annullamento in autotutela eseguito in pendenza di giudizio comporta la declaratoria di cessazione della materia del contendere e giustifica la condanna dell'Ufficio al pagamento delle spese di lite. Mutando il precedente orientamento seguito, la Commissione ha ritenuto, in adesione a sopravvenuta conforme giurisprudenza della Corte di Cassazione, utilizzabili ai fini di contrasto all'evasione e di accertamento, i nominativi ed i dati bancari contenuti in liste, tra le quali la cosiddetta lista "Pessina", acquisiti da dipendente di banca estera, senza che assuma rilievo l'eventuale illecito commesso dal dipendente stesso e la violazione dei doveri di riservatezza dei dati bancari privi di copertura costituzionale nei confronti del Fisco.

È legittimo l'avvalimento da parte dell'Ufficio del raddoppio dei termini di accertamento a fronte di comunicazione di reato avvenuta nel termine ordinario di accertamento.

In tema di irrogazione di sanzioni per importi non dichiarati su attività detenute in Stati e regime fiscale privilegiato, trova applicazione, in attuazione del principio del favor rei, la legge più favorevole sopravvenuta, in riferimento a violazioni commesse in periodo anteriore. E trattandosi nella fattispecie di violazioni della stessa indole, corretta deve ritenersi, à sensi dell'art. 7, c. 3° D.Lvo 472/97, l'applicazione di un incremento annuo del 5% fino alla percentuale massima del 30%.

Documenti

*Enti ecclesiastici ed enti di tutela dei diritti civili: una interessante sentenza della Suprema Corte**

Prof. Avv. Antonio Lovisolo
Università di Genova

Sommario: 1. *Le ONLUS, quali enti non commerciali (cenni).* - 2. *Gli enti ecclesiastici quali ONLUS “parziali e condizionate” e solo se “convenzionati” cioè appartenenti a religioni che abbiano stretto Accordi o Intese con lo Stato.* - 3. *La sentenza Cass. 1424/2015 annullando il diniego dell’Agenzia delle Entrate ascrive fra le ONLUS una Associazione diretta alla diffusione della religione islamica, considerandola svolgere una attività di “tutela dei diritti civili” e “solidaristica”.* - 4. *Sugli effetti di tale pronuncia (in sé sociologicamente giustificata ed apprezzabile) sulla qualificazione degli enti ecclesiastici quali ONLUS “parziali e condizionate” solo se “convenzionati” e sulla conseguente discriminazione a danno di tali enti ecclesiastici.*

1. Le ONLUS, quali enti non commerciali (cenni).

È noto che le “Organizzazioni non lucrative di utilità sociale (ONLUS) rappresentano una tipologia speciale di “enti non commerciali”, essendo qualificabili come ONLUS solo gli *enti privati* (quali, ad esempio, fondazioni, comitati, associazioni, società cooperative) con o senza personalità giuridica, aventi taluni requisiti formali e statutari che perseguono le finalità di interesse sociale e “generale” di cui all’art. 10 d.lvo 1997, n. 460 (oltre a non svolgere - almeno prevalentemente - una attività commerciale).

La circostanza che tale qualifica spetti solo ad “enti privati” (con o senza personalità giuridica) recanti la forma giuridica e i requisiti statutari di cui all’art. 10, comma 1 cit. è, a mio avviso, da ricercarsi nella circostanza che il “favorevole” regime fiscale delle ONLUS è riconosciuto solo agli enti che - non aderendo alle regole del “profitto” e “del mercato” - perseguono le finalità sociali indicate, circostanza che invece è (per così dire) “data per scontata” per un ente pubblico che tali finalità deve “naturaliter” perseguire.

Ciò premesso, le ONLUS costituiscono una autonoma e distinta categoria di enti rilevanti solo ai fini fiscali, cui è riservato comunque il regime degli enti non commerciali (art. 26 d.lvo 1997, n. 460) (1) il cui contenuto ed estensione esula dal presente intervento.

2. Gli enti ecclesiastici quali ONLUS “parziali e condizionate” e solo se “convenzionati” cioè appartenenti a religioni che abbiano stretto Accordi o Intese con lo Stato. Nell’ambito dell’ampia categoria delle “ONLUS” si distinguono le ONLUS “ordinarie” (i.e., associazioni, comitati, fondazioni, società cooperative e altri enti privati, dotati o meno di personalità giuridica, i cui statuti prevedono lo svolgimento

delle attività di cui all’art. 10 comma 1 lett. a) (da sub. 1 a sub. 11 bis) e si conformino alle disposizioni di cui ai commi da 1 a 7 del medesimo art. 10, del d.lvo n. 460 del 1997), ONLUS “di diritto” (ad es., organizzazioni di volontariato e cooperative sociali come tali riconosciute dalla legge) previsti dal comma 8 dell’art. 10 e ONLUS “Parziali” cioè enti che, nell’ambito della propria ordinaria attività, presentano anche un “ramo ONLUS” (art. 10 comma 9).

Gli enti ecclesiastici se appartenenti a confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato accordi e intese (e di cui al comma 9 dell’art. 10 cit.) rientrano in tali “ONLUS Parziali”, potendo usufruire del relativo regime fiscale “limitatamente alle attività (diverse da quelle di culto e di religione) di cui all’art. 10 lett. a)” (da sub. 1 a 11 bis).

È da notare che gli enti ecclesiastici possono assumere la qualifica di ONLUS solo se “convenzionati” e cioè se appartenenti a confessioni religiose con cui lo Stato abbia stipulato Patti, Accordi o Intese, mentre tale qualifica è esclusa per tutti gli enti ecclesiastici privi di regolamentazione negoziata dei loro rapporti con lo Stato. Tale impostazione è fondata sul disposto dell’art. 10, 9° comma, del D.lgs. n. 460 del 1997 che prevede espressamente per gli enti ecclesiastici delle confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato Patti, Accordi o Intese il conseguimento della qualifica di ONLUS limitatamente all’esercizio delle attività elencate alla lettera a) del 1° comma, fatta eccezione per la prescrizione di cui alla lettera c) del 1° comma, a condizione che per tali attività siano tenute separatamente le scritture contabili previste all’art. 20-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, introdotto dall’art. 25, 1° comma.

Pertanto, lo svolgimento della attività di religione o di culto di per se sola non rileva al fine della qualificazione dell’ente ecclesiastico quale ONLUS.

In particolare si rimarca che tali “enti ecclesiastici sono qualificabili come ONLUS solo se “convenzionati” e comunque a condizione che per le attività (che necessariamente devono rientrare fra quelle di cui all’art. 10 comma 1 lett. a) da sub. 1 a sub. 11 bis cit.) cui si riferisce il regime ONLUS, siano tenute *scritture contabili “separate”* rispetto alla (residua) attività istituzionale.

3. La sentenza Cass. 1424/2015 annullando il diniego dell’Agenzia delle Entrate ascrive fra le ONLUS una Associazione diretta alla diffusione della religione islamica, considerandola svolgere una attività di “tutela dei diritti civili” e “solidaristica”.

In questo contesto, si inserisce la sentenza della Cass. 8/7 - 20/5/2015 n. 14224 che attiene al caso dell’Associazione Islamica “Cheikh Ahmadou Bamba Touba Parma”.

Come si evince (invero non troppo chiaramente) dall’esposizione in fatto contenuta in tale sentenza, tale Associazione aveva richiesto alla Direzione Regionale dell’Agenzia delle Entrate dell’Emilia Romagna l’iscrizione all’anagrafe delle ONLUS, assumendo di essere un organismo “multirazziale, multi-etnico, religioso e pacifico, avente per scopo lo svolgimento di finalità assistenziali e sociali, di tutela dei diritti civili, attraverso la promozione di una cultura di pace basata sulla non discrimi-

* Relazione svolta al 3° Convegno: *L’Ente Ecclesiastico nell’Ordinamento Tributario Italiano - Genova, Sala Quadrivium 15 dicembre 2016, organizzato dalla Associazione Magistrati Tributaristi Sezione Liguria.*

nazione razziale e la diffusione della Religione islamica”, nonché (come si desume dal V motivo di ricorso) di *perseguire fini solidaristici* già espletati con il rimpatrio in Senegal di due salme di cittadini senegalesi e con la previsione del proprio Statuto di finalità di solidarietà sociale, di diffusione della cultura e della Religione islamica in Italia con elaborazione di strategie a tal fine appropriate anche attraverso dibattiti e conferenze e la costruzione di una moschea.

La Direzione Regionale dell’Agenzia delle Entrate aveva respinto tale richiesta sulla base della seguente motivazione: *“l’organismo si era formato per acquistare un luogo dove professare il proprio culto (costruzione di una moschea), godendo delle agevolazioni fiscali, ma non certo per svolgere, come dovuto in osservanza della legislazione in materia, le attività solidaristiche oggetto della possibile agevolazione fiscale, tanto più che i beneficiari della attività si rivelavano essere i soci stessi, a prescindere dalla loro posizione svantaggiata”*.

A seguito della impugnazione da parte dell’Associazione, sia la Commissione Tributaria Provinciale che la Commissione Tributaria Regionale avevano annullato tale diniego, pronunzia poi confermata in Cassazione.

Ed infatti, la Suprema Corte, dopo aver dichiarato inammissibile il I e III motivo di ricorso dell’Amministrazione ne respinge il II motivo, affermando che: *“la (tutela della) libertà di culto – la cui promozione (mediante la diffusione della cultura islamica), l’agevolazione della pratica religiosa, la progettata costruzione di una moschea che la sentenza impugnata individua tra le finalità dell’Associazione di cui si discute – si colloca senza dubbio (e, peraltro, in posizione primaria, anche in una prospettiva storica) tra i diritti civili che costituiscono oggetto della attività considerata dal D.Lgs. n. 460 del 1997, art. 10, comma 1, lett. a) n. 10”*.

In tal modo quindi, secondo la Suprema Corte tale ente di religione islamica perseguirebbe l’attività di cui al punto 10 dell’art. 10 lett. a) cit. *“tutela dei diritti civili”* e come tale secondo la Suprema Corte può essere considerato una ONLUS.

Parimenti, sempre secondo la Suprema Corte, (respingendo il V motivo di ricorso dell’Avvocatura di Stato) considera che tale Associazione tutelasse comunque *“persone svantaggiate”*. Ed infatti, secondo la Suprema Corte il cennato rimpatrio in Senegal di due salme di senegalesi e l’attività di diffusione della cultura islamica da parte dell’Associazione di che trattasi sarebbe svolta a favore di una *“minoranza svantaggiata in quanto costituita da immigrati in gravi condizioni di debolezza economica, sociale e culturale, il cui diritto alla tutela dell’identità culturale e religiosa è incomprimibile in un contesto costituzionale di pluralismo culturale, religioso e ideale quale è quello disegnato dalla Costituzione repubblicana”*.

Si noti che la Corte aveva dichiarato inammissibile per difetto di autosufficienza il IV motivo di ricorso con il quale contestava che lo Statuto dell’Associazione violasse i principi di democraticità di cui all’art. 10 c. 1 lett. h) D.Lvo 1997 n. 460.

Conseguentemente – secondo la Suprema Corte – l’Associazione di che trattasi sarebbe qualificabile come ONLUS ai sensi dell’art. 10 c. 1 lett. a) sia in quanto esercente l’attività di *“assistenza sociale”* (n. 1) sia in quanto esercente l’attività di cui al n. 10 *“tutela dei diritti civili”*.

A prescindere dalla intrinseca condivisibilità (per così dire in *“valore assoluto”*) delle affermazioni contenute nella sentenza della Suprema Corte circa la riconducibilità dell’attività svolta da tale Associazione alla tutela di *“diritti civili”* o di *“persone svantaggiate”*, quello che tuttavia occorre rimar-

care in questa sede è il profilo strettamente giuridico (l’unico di cui intendo occuparmi in questo mio intervento) riconnesso al fatto che, in tal modo, l’Associazione islamica di che trattasi (che la stessa Suprema Corte qualifica come aventi la finalità di *“agevolare la pratica religiosa islamica”*), finisce con l’essere considerata nel novero delle c.d. *“ONLUS ordinarie”* in quanto annoverata fra le Organizzazioni di cui all’art. 10 c. 1 lett. a) l. 1997 n. 460.

Come abbiamo visto, da tale qualificazione discenderebbe che, qualunque attività svolta da tale *“ONLUS ordinaria”* sarebbe agevolabile ai sensi dell’art. 10 cit. e per di più lo sarebbe *“incondizionatamente”*.

Conclusione questa che mi sembra confliggere con il regime previsto per gli enti ecclesiastici di cui all’art. 10 c. 9 cit.

Come si è detto infatti, gli *“enti ecclesiastici”* (fra i quali – come si è detto – sembrerebbe essere annoverabile la Associazione di che trattasi avente finalità diretta di *“agevolare la pratica religiosa”*) sono considerati ONLUS solo se appartenenti a confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato Patti, Accordi o Intese (art. 10, c. 9 cit.) solo *“limitatamente”* alle attività elencate dall’art. 10 lett. a) cit. e *“condizionatamente”* alla tenuta di una contabilità separata della attività qualificabile come ONLUS rispetto alla attività costituzionale dell’ente.

In tal modo, la sentenza della Suprema Corte fa rientrare dalla *“finestra”* ciò che è uscito dalla *“porta”*, attribuendo la qualifica di ONLUS ad un ente appartenente ad una religione (quella islamica) con la quale non intercorrono Intese o Patti e richiedendo a tal fine la sussistenza dei soli requisiti oggettivi previsti dall’art. 10 l. 1997, n. 460, in violazione del comma 9 dell’art. 10 cit.

4. Sugli effetti di tale pronunzia (in sé sociologicamente giustificata ed apprezzabile) sulla qualificazione degli enti ecclesiastici quali ONLUS “parziali e condizionate” solo se “convenzionati” e sulla conseguente discriminazione a danno di tali enti ecclesiastici.

Come abbiamo visto, secondo la ricordata sentenza della Cassazione, l’Associazione islamica di che trattasi sarebbe *tout court* – a prescindere da qualsivoglia Accordo o Intesa con lo Stato – annoverabile fra le ONLUS ai sensi dell’art. 10 c. 1 lett. a) n. 10 e lett. b), risultando tale fine solidaristico (per così dire) *“immanente”* in relazione alle attività svolte. Pertanto, tale ente islamico esulerebbe dalla valutazione prevista dal comma 9 dell’art. 10 che prevede la qualificazione come ONLUS *“parziali”* e *“condizionate”* dei soli enti ecclesiastici *“convenzionati”* e a condizione che l’ente mantenga *“separate scritture contabili”* per la parte della sua attività qualificata come ONLUS.

Ed infatti, il comma 9 dell’art. 10 cit. è esplicito nel prevedere che *“gli enti ecclesiastici delle confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato accordi o intese e le Associazioni di promozione sociale... le cui finalità sono riconosciute dal Ministero dell’Interno... sono considerate ONLUS limitatamente all’esercizio dell’attività elencate alla lettera a) del comma 1.....a condizione che per tale attività siano tenute separatamente le scritture contabili”*.

Ciò premesso, è evidente che (sicuramente) senza rendersene conto, la Cassazione, riconoscendo *tout court* la qualifica di ONLUS all’Associazione islamica di che trattasi, ha effettuato una discriminazione a danno degli (altri) enti ecclesiastici la cui attività è qualificabile come ONLUS solo se:

a) l’ente appartiene una confessione religiosa con la quale lo Stato abbia stipulato Intese o Accordi;

b) le risultanze della loro attività, per essere riconosciute come “*non lucrative di utilità sociale*” devono emergere da scritture contabili “*separate*” da quelle afferenti la (restante) attività istituzionale.

Pertanto, a mio avviso (al di là della intrinseca fondatezza “*sociologica*” di quanto scritto dalla Suprema Corte) dal punto di vista strettamente giuridico, la Cassazione, approfondendo la questione avrebbe dovuto procedere alla interpretazione *sistematica* (e “*non solo letterale*”) dell’art. 10 cit., evidenziando che il suo comma 9, quanto gli enti ecclesiastici, richiede al fine della loro qualificazione ONLUS che essi appartengano a religioni con le quali esistono Accordi, Patti o Intese (che invece non risultano esistere relativamente all’ente islamico di che trattasi): tutt’al più la Suprema Corte, al fine di decidere, avrebbe dovuto porsi il problema della legittimità costituzionale dell’art. 10 c. 9 cit., o quanto meno avrebbe dovuto addurre elementi al fine di escludere tale Associazione religiosa islamica dal novero degli enti ecclesiastici come tali non ricompresi nella previsione dell’art. 10 comma 9 cit., pur in presenza delle ricordate sue finalità di “*agevolare la pratica religiosa*” islamica.

In tal ultimo caso, tuttavia, dal punto di vista nomofilattico, la Suprema Corte avrebbe aperto una “*crepa*” all’interno del concetto di ente ecclesiastico, distinguendo fra loro attività per la quale opera il regime di Accordo e Intesa di cui all’art. 10 comma 9 cit. e loro attività quali enti di tutela dei diritti civili o simili.

Invece, con la sentenza di che trattasi (come si è detto) la Suprema Corte fa rientrare dalla “*finestra*” della “*tutela dei diritti civili*” o “*della assistenza sociale*” ciò che la legge 1997 n. 460 ha tenuto fuori dalla “*porta*” della necessaria esistenza di Accordi o Intese con la religione di appartenenza dell’ente ecclesiastico e con l’esistenza di separate scritture contabili. È evidente che essendo indiscutibile che la *libertà religiosa* rientri nell’ambito dell’esercizio dei “*diritti civili*”, nel momento in cui il legislatore, per gli *enti ecclesiastici*, ha introdotto la distinzione fra “*enti riconosciuti*” (e non) ha inteso richiedere a tale fine un requisito ulteriore rispetto a quello pur previsto dall’art. 10 l. 1997, n. 460 afferente (fra l’altro) la “*tutela dei diritti civili*” o “*l’assistenza sociale*”.

Faccio, comunque, notare (almeno secondo quanto si deduce dalla sentenza della Cassazione) l’errore “di fondo” commesso dalla stessa Agenzia delle Entrate che, al fine di contestare la non riconducibilità dell’Associazione islamica nell’ambito della ONLUS, non ha evidenziato la mancanza di Accordi o Intese fra lo Stato e tale religione, come richiesto dal comma 9 dell’art. 10 cit.

Nota:

(1) L’art. 26 così recita: “*Alle ONLUS si applicano, ove compatibili, le disposizioni relative agli enti non commerciali e, in particolare, le norme di cui agli articoli 2 e 9 del presente decreto*” e cioè le agevolazioni riguardanti le “*occasionalmente raccolte pubbliche di fondi*” (art. 2) e il “*trasferimento di beni patrimoniali*” (art. 9).

Sezione di diritto penale

Sentenze e Ordinanze

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 14 marzo 2016, n. 1564 – Giudice Crucoli (minuta redatta dal M.o.t. Dott.ssa Milda Milli).

DELITTI CONTRO IL PATRIMONIO – reati informatici - frode informatica (art. 640-ter c.p.) – accesso abusivo ad un sistema informatico (art. 615-ter c.p.)– indebito utilizzo di carte di credito o pagamento (art. 55, comma 9, prima parte, Dlgs. 231/2007) – concorso formale – concorso apparente di norme – criteri di risoluzione, specialità, sussidiarietà, assorbimento.

Nel caso in cui un soggetto si appresti a prelevare denaro contante da uno sportello bancomat - per il tramite di una carta di credito o pagamento illecitamente ottenuta - si configura un concorso apparente di norme tra l'art. 640-ter c.p. (frode informatica) e art. 55, comma 9, Dlgs. 231/2007 (indebito utilizzo di carte di credito o pagamento), da risolversi con l'applicazione del principio di specialità mediante l'assorbimento dell'indebito utilizzo in favore della frode informatica. (1)

(... omissis...)

Motivi della decisione

I fatti oggetto del presente giudizio sono pacifici; in particolare, risulta che:

- il 22.12.2012, verso le ore 3.00, il prevenuto si trovava con un amico nei pressi di piazza De Ferrari (Genova), e lì insieme rinvenivano per terra un portafogli;
- all'interno del portafogli l'imputato trovava una tessera bancomat, una carta di credito ed un foglietto con sopra indicato un codice pin; il prevenuto, dunque, utilizzando la carta di credito ed il pin trovati, tentava di prelevare per tre volte, senza successo, somme di denaro (pari ad Euro 500,00, Euro 250,00 ed Euro 250,00) dallo sportello Bancomat della Banca Unicredit sita in Genova, via Dante 1;
- Hrustic introduceva, quindi, la tessera bancomat nello sportello e, inserendo il pin indicato all'interno del portafogli, riusciva a prelevare due somme di denaro, ciascuna pari ad un importo di Euro 250,00;
- il titolare della carta di credito e del bancomat, (... omissis...), dopo aver ricevuto diversi messaggi sul telefono cellulare da parte della sua Banca, che lo notiziava dei tentativi di prelievo nonché degli importi effettivamente prelevati presso il suddetto Sportello Bancomat, si recava con tre amici in via Dante dove trovava il prevenuto ed il suo amico intenti a rovistare nella spazzatura. L'imputato, avendo visto il gruppo di persone avvicinarsi, fuggiva via perdendo il documento di identità; tale circostanza permetteva alla polizia di identificarlo;
- alcune ore dopo, il prevenuto si presentava spontaneamente presso gli Uffici della Questura di Genova, dove rendeva dichiarazioni ai sensi dell'art. 350 c. 7 c.p.p.

Ora, a fronte di una ricostruzione fattuale chiara e non contestata, più nebuloso appare l'inquadramento della vicenda da un punto di vista giuridico.

Invero, la pubblica accusa ha formulato ciascuno dei due capi di imputazione (il primo a titolo di tentativo, il secondo a titolo di reato consumato) ascrivendo all'imputato la responsabilità penale per il concorso dei reati di cui agli artt. 615 ter c.p., 640 ter c.p. e 55 c. 9 D.lgs. n. 231/2007; a parere di chi scrive, occorre però interrogarsi circa la configurabilità di un concorso formale tra i reati sopra menzionati, con la finalità precipua di evitare un *bis in idem* sostanziale. Ebbene, a tal fine pare opportuno premettere quanto segue in relazione alle sopra indicate fattispecie criminose.

L'art. 615 ter c.p., introdotto con la legge n. 547/93, incrimina l'accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico, prevedendo la responsabilità penale di chi si introduca abusivamente in tali sistemi, nonostante questi siano protetti da misure di sicurezza, o vi si mantenga contro la volontà di chi ha il diritto di escluderlo.

Si tratta di un delitto che tutela il domicilio informatico da ogni possibile intrusione esterna non autorizzata, e che trova la sua *ratio* nell'assunto per cui i sistemi informatici o telematici costituiscono un'espansione ideale dell'area di rispetto pertinente al soggetto interessato, garantito *in primis* dall'art. 14 Cost.

Il reato di cui all'art. 640 ter c.p., invece, disciplina la frode informatica, anch'essa introdotta nel codice con la legge n. 547/93; la giurisprudenza è unanime nel ritenere si tratti di un delitto plurioffensivo, posto a salvaguardia non solo del patrimonio del danneggiato, ma anche della regolarità di funzionamento dei sistemi informatici, della tutela della riservatezza dei dati, spesso sensibili, ivi gestiti, e, infine, della stessa certezza e speditezza del traffico giuridico.

Il delitto si presenta a struttura duplice, incriminando sia chi altera, in qualsiasi modo, il funzionamento di un sistema informatico o telematico, sia chi interviene "senza diritto" con qualsiasi modalità, su dati, informazioni o programmi contenuti nel sistema.

Si tratta di un reato di evento, atteso che, ai fini della sua effettiva consumazione, è necessario che il reo procuri per sé o per altri un ingiusto profitto.

Infine, l'art. 55 c. 9 del D.lgs. n. 231/07, che ha integralmente ricalcato l'art. 12 del d.l. 3 maggio 1991, n. 143 (conv. in l. 12 luglio 1991, n. 203), ripropone le due fattispecie delittuose di indebito utilizzo, nonché di falsificazione, alterazione, possesso, cessione o acquisizione di carte di credito o di pagamento di illecita provenienza, nel comune quadro di prevenzione dall'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose.

Ai fini della integrazione della fattispecie, strutturata in termini di reato di pericolo presunto, la giurisprudenza di legittimità è ormai consolidata nel ritenere sufficiente il semplice uso della carta, indipendentemente dal concreto conseguimento di un profitto.

Ora, occorre in primo luogo valutare se sia possibile un concorso di reati tra l'art. 640 ter c.p. e l'art. 55 D.lgs. n. 231/07. Al riguardo, va rilevato come in merito ai rapporti tra il vec-

chio art. 12 D.l. 143/91 ed il reato di truffa semplice ex art. 640 c.p. siano in passato intervenute le Sezioni Unite della Cassazione con la pronuncia n. 22902/2001.

Le Sezioni Unite, ai fini di fornire una soluzione in merito alla possibilità di concorso formale tra i reati sopra detti, ritennero di dover fare appello al criterio valutativo della consunzione, affermando quindi che *“nel momento in cui il legislatore del 1991 ha inteso punire più gravemente di quello del 1930 la condotta truffaldina posta in essere con carta di credito o equivalente, non solo, ma anche anticipare la soglia di punibilità alla mera condotta fraudolenta finalizzata al conseguimento del profitto indipendentemente dalla verifica di esso e del danno, appare evidente il più elevato grado di antigiusuridicità e quindi di offensività della condotta prevista dalla norma speciale e il suo carattere assorbente rispetto a quella contemplata dall’art. 640 c.p., sì che l’eventuale realizzazione da parte dell’agente del profitto e della correlativa diminuzione patrimoniale del soggetto passivo vengono a configurarsi come un post factum non punibile”*.

Ebbene, le conseguenze cui sono giunte le Sezioni Unite non possono essere condivise per diverse ragioni.

In primo luogo, la frode informatica si differenzia dalla truffa semplice non solo per il particolare oggetto della condotta (ossia il sistema informatico), ma soprattutto per la mancanza, nella prima ipotesi delittuosa, dell’induzione in errore che caratterizza invece il reato di cui all’art. 640 c.p.; già tali elementi differenziali, dunque, permettono di discostarsi dal *decisum* della pronuncia sopra riportata.

A ciò si aggiunga che le Sezioni Unite, a partire dalla nota sentenza Marino (n. 47164/2005), affermano perentoriamente come, ai fini di risolvere ogni quesito relativo al concorso apparente di norme, debba essere applicato unicamente il criterio logico-strutturale della specialità, previsto espressamente dall’art. 15 c.p.

Invero, *“i criteri di assorbimento e di consunzione sono privi di fondamento normativo, perché l’inciso finale dell’art. 15 c.p. allude evidentemente alle clausole di riserva previste dalle singole norme incriminatrici, che, in deroga al principio di specialità, prevedono, sì, talora l’applicazione della norma generale, anziché di quella speciale, considerata sussidiaria; ma si riferiscono appunto solo a casi determinati, non generalizzabili. [...] Inoltre i giudizi di valore, che i criteri di assorbimento e di consunzione richiederebbero, sono tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività, perché fanno dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l’applicazione di una norma penale. Come è stato ben chiarito, in realtà, un’esigenza di determinatezza e tassatività si pone anche con riferimento <<all’ordinamento penale complessivamente considerato>>, perché un’incertezza incompatibile con il principio di legalità deriva anche dalla mancanza di criteri sicuri per stabilire quali e quante fra più fattispecie, pur ben determinate, siano applicabili”* (Cass. SS.UU. n. 47164/05, e, nello stesso senso, SS.UU. n. 3087/06, SS.UU. n. 1235/11, SS.UU. n. 1936/11, SS.UU. n. 22225/12).

Alla luce di ciò, la giurisprudenza più recente, in relazione ai rapporti tra l’art. 640 ter c.p. e l’art. 55 D.lgs. n. 231/07, ha affermato che *“l’elemento specializzante, rappresentato dall’utilizzazione “fraudolenta” del sistema informatico, costituisce presupposto “assorbente” rispetto alla “generica” indebita utilizzazione dei codici d’accesso disciplinato dal D. Lgs. n. 231 del 2007”*, e che tale interpretazione si pone in linea con *“una applicazione del principio di specialità secondo un approccio strutturale, che non trascuri l’utilizzo dei normali criteri di interpretazione concernenti la “ratio” delle norme, le loro finalità e il loro*

inserimento sistematico, al fine di ottenere che il risultato interpretativo sia conforme ad una ragionevole prevedibilità, come intesa dalla giurisprudenza della Corte EDU” (Cass. N. 50140/15, e, nello stesso senso, Cass. N. 17748/11, n. 11699/12, n. 6816/13, n. 41777/15).

In ragione di quanto sopra esposto, quindi, si ritiene che la condotta di Hrustic debba essere inquadrata nell’alveo di applicazione dell’art. 640 ter c.p.

Invero, come specificato dalla pronuncia sopra menzionata, *“anche l’abusivo utilizzo di codici informatici di terzi (“intervento senza diritto”) – comunque ottenuti e dei quali si è entrati in possesso all’insaputa o contro la volontà del legittimo possessore (“con qualsiasi modalità”) – è idoneo ad integrare la fattispecie di cui all’art. 640 ter c.p. ove quei codici siano utilizzati per intervenire senza diritto su dati, informazioni o programmi contenuti in un sistema informatico o telematico, al fine di procurare a sé od altri un ingiusto profitto”* (Cass. N. 50140/15).

Pertanto, rispetto al tentato prelievo tramite carta di credito descritto al capo 1), si ritiene integrato un tentativo di frode informatica, ben potendosi configurare in forma tentata un reato di evento, laddove quest’ultimo non si sia concretamente realizzato (cd tentativo compiuto di delitto); rispetto ai prelievi per mezzo di tessera bancomat, invece, il reato di cui all’art. 640 ter c.p. deve considerarsi pienamente consumato, atteso che è stato conseguito dal prevenuto l’ingiusto profitto; l’art. 55 D. Lgs. N. 231/07 deve, per contro, ritenersi assorbito rispetto ad entrambi i capi di imputazione. Resta ancora da valutare se sia possibile un concorso tra i delitti di cui agli artt. 615 ter e 640 ter c.p.

In merito, la giurisprudenza è pacifica nel ritenere che *“diversi sono i beni giuridici tutelati e diverse le condotte sanzionate, atteso che l’una tutela il domicilio informatico sotto il profilo dello jus excludendi alios, anche in relazione alle modalità regolanti l’accesso dei soggetti eventualmente abilitati, mentre l’altra contempla l’alterazione dei dati immagazzinati nel sistema al fine della percezione di ingiusto profitto, di modo che i due reati devono ritenersi in linea di massima suscettibili di concorso formale”* (Cass. N. 1727/09).

Rispetto al caso in esame, si ritiene che la condotta di Hrustic integri senz’altro il delitto di accesso abusivo ad un sistema informatico; in particolare, per l’ipotesi di cui al capo 1) va ritenuto sussistente un tentativo di accesso abusivo, mentre rispetto al capo 2) il reato risulta pienamente consumato.

Invero, è pacifico che l’imputato si sia introdotto abusivamente (ossia contro la volontà di chi aveva il diritto di estrometterlo) in un sistema informatico (vale a dire il circuito bancomat) protetto da misura di sicurezza (ossia il codice pin), così come risulta evidente che lo stesso abbia posto in essere atti idonei e diretti in modo non equivoco ad introdursi nel sistema informatico costituito dal circuito della carta di credito tramite l’inserimento di tale carta all’interno dello sportello bancomat e la digitazione del codice pin errato.

Ne consegue che Hrustic deve ritenersi penalmente responsabile per entrambi i capi di imputazione, vale a dire, rispetto al capo 1), dei reati di cui al combinato disposto degli artt. 56, 615 ter e 640 ter c.p., mentre, in relazione al capo 2), dei delitti ex artt. 615 ter e 640 ter c.p.

I reati contestati possono essere uniti nel vincolo della continuazione, essendo evidente che il prevenuto ha agito in esecuzione di un medesimo disegno criminoso.

Ai fini dell’individuazione del reato più grave occorre rilevare che, nel caso in esame, si configura la forma aggravata del reato di cui all’art. 640 ter c.p., che è prevista dal comma 3 della medesima norma e che dispone limiti edittali più ele-

vati laddove il fatto sia commesso con furto o indebito utilizzo dell'identità digitale altrui; nell'ipotesi di specie, Hrustic ha utilizzato il bancomat di un soggetto terzo inserendone il codice pin, così servendosi in maniera indebita dell'identità digitale del titolare della carta.

Rispetto all'art. 615 ter c.p., invece, deve ritenersi integrata l'aggravante di cui al comma 3 della stessa disposizione, atteso che l'accesso abusivo è stato realizzato rispetto ad un sistema informatico di interesse pubblico.

Alla luce delle aggravanti contestate, va ritenuto più grave il reato di cui al capo 2), e, nello specifico, quello p.e.p. dall'art. 640 ter c. 3 c.p.

Per quanto attiene al computo della pena concretamente applicabile, va altresì rilevato che è presente l'aggravante di cui all'art. 61 n. 2 c.p., dal momento che l'accesso abusivo è stato realizzato dal prevenuto al fine di porre in essere la frode informatica che gli ha permesso di ottenere un ingiusto profitto.

Si ritiene comunque sia possibile applicare le circostanze attenuanti generiche, considerato che il prevenuto (incensurato) ha posto in essere le condotte in esame ormai 4 anni fa, durante un periodo di difficoltà: egli in proposito ha affermato che *"in quel periodo ero seguito dai servizi sociali, sono entrato in comunità alloggio, non avevo lavoro e non avevo soldi [...] in quel periodo ero un ragazzo perso"* (vd verbale di udienza del 14.03.2016); oggi, al contrario, risulta che l'imputato stia lavorando come panettiere con un contratto di apprendistato, e si sia pentito delle sue precedenti condotte. Per le ragioni sopra esposte si ritengono, dunque, le attenuanti generiche prevalenti rispetto alle aggravanti contestate.

Valutati gli elementi di cui all'art. 133 c.p., ed in particolare la non gravità del danno patrimoniale cagionato, il contesto in cui la condotta è stata posta in essere, nonché l'assenza di precedenti penali, si stima equa per il reato ex art. 640 ter c.p. di cui al capo 2) la pena di mesi sei ed Euro 600 di multa, da ridurre a mesi quattro ed Euro 400 di multa per l'applicazione delle attenuanti generiche, con aumento per la continuazione di mesi due di reclusione per il reato ex art. 615 ter c.p. di cui al capo 2), e di un mese e giorni dieci di reclusione ed Euro 100 di multa per i reati di cui al capo 1) (un mese di reclusione ed Euro 100 di multa per il combinato disposto di cui agli artt. 56 e 640 ter c.p., e dieci giorni di reclusione per quello ex artt. 56 e 615 ter c.p.), per una pena finale di mesi sette e giorni dieci di reclusione ed Euro 500 di multa.

All'affermazione della penale responsabilità segue la condanna dell'imputato al pagamento delle spese processuali. Stante l'incensuratezza e l'episodicità del fatto, si ritiene di poter concedere la sospensione condizionale della pena e la non menzione della condanna.

P.Q.M.

Visti gli artt. 533 e 535 c.p.p., dichiara l'imputato responsabile dei reati di cui agli artt. 615 ter e 640 ter c.p., dichiarando assorbito il reato di cui all'art. 55 D.lvo. 231/07, concesse le attenuanti generiche ritenute prevalenti sulle aggravanti contestate, unificati i reati sotto il vincolo della continuazione, ritenuto più grave il reato di cui al capo 2), 640 ter c.p., lo condanna alla pena di mesi sette e giorni dieci di reclusione ed Euro 500 di multa oltre al pagamento delle spese processuali.

Concede la sospensione condizionale della pena e la non menzione. (...*Omissis*...)

(1) Il rapporto tra la frode informatica e l'indebito utilizzo di carte di credito o pagamento, sostanziale interpretatio abrogans?

Sommario: 1. La questione affrontata dal Tribunale di Genova. 2. Il rapporto tra l'accesso abusivo (615-ter c.p.) e la frode informatica (640-ter c.p.). 3. Il rapporto tra la frode informatica (640-ter c.p.) e l'indebito utilizzo di carte di credito e pagamento (art. 55, comma 9, Dlgs 231/2007). 4. Fattispecie analoghe. 5. Conclusioni.

1. La questione affrontata dal tribunale di Genova.

Con la sentenza n. 1564 del 14/3/2016 il Tribunale di Genova si è espresso in merito al rapporto tra gli artt. 615-ter, 640-ter e l'art. 55, Dlgs. n. 231/2007, nel caso in cui un soggetto, essendo venuto illecitamente in possesso di carte di credito o altri mezzi di pagamento analoghi (in particolare carte di debito)(1), le utilizzi per prelevare denaro contante tramite uno sportello Atm.

Analizzando analoghe fattispecie(2) negli anni 2015 e 2016 è emerso che queste venivano imputate dalla Procura di Genova in maniera differente. In particolare, alcuni capi d'imputazione prevedevano la contestazione del solo art. 55, comma 9, prima parte, del Dlgs. n. 231/2007(3), il quale prevede *"l'indebito utilizzo di carte di credito o di pagamento"*; altri capi d'imputazione contenevano altresì la contestazione aggiuntiva degli artt. 615-ter e 640-ter, relativi *"all'accesso abusivo ad un sistema informatico"* e alla *"frode informatica"*(4); in altri casi ancora veniva contestata la sola frode informatica(5), talvolta con la contestazione ulteriore dell'accesso abusivo(6).

La sentenza n. 1564 del 14/03/2016 del Tribunale di Genova ha dunque il pregio di prendere posizione sulla questione ed affrontare in diritto la tematica del rapporto fra le norme incriminatrici all'esame della presente nota.

Nel caso di specie il Tribunale era chiamato a pronunciarsi su un soggetto che, dopo aver rinvenuto per strada un portafogli, vi trovava al suo interno due carte di credito accompagnate da un solo codice pin. A seguito di questo ritrovamento il prevenuto effettuava alcuni tentativi di prelievo dal più vicino sportello bancomat, riuscendo effettivamente a riscuotere una certa somma soltanto da una delle due carte (avendo però tentato di prelevare denari anche dalla seconda carta). Si poneva dunque il problema di verificare se sussistesse un concorso (formale) di reati o un concorso apparente di norme tra le diverse fattispecie incriminatrici e, nel caso, stabilire quale norma applicare.

Con la sentenza in commento il giudice del dibattimento rilevava l'assorbimento dell'art. 55, comma 9, primo periodo, Dlgs. 231/2007, rispetto alle fattispecie di accesso abusivo (615-ter) e frode informatica (640-ter), per le quali stabiliva la possibilità di concorso.

Alla base dell'argomentazione del giudice di merito si poneva la scelta di superare una precedente impostazione delle Sezioni Unite (Cass. n. 22902/2001). La Suprema Corte aveva infatti avuto occasione di risolvere il conflitto fra l'art. 640 c.p. e l'art. 12 D.L. n. 143/91 (poi abrogato tramite l'introduzione dell'art. 55 Dlgs. 231/2007 che lo ricalca però pedissequamente), affermando la prevalenza dell'art. 12 cit. rispetto al delitto di truffa semplice. Tale decisione in tema di concorso apparente di norme, come correttamente osservato dal giudice del merito, deve essere tuttavia riletta in virtù dell'intervenuta sentenza *"Marino"*(7), la quale ha definitivamente sancito il riconoscimento del solo principio di

specialità *ex art. 15 c.p.* rispetto ad altri principi di matrice prettamente dottrinale (ci si riferisce ai principi di sussidiarietà e di assorbimento). In particolare, si legge nella sentenza “Marino”, “*i criteri di assorbimento e consumzione sono privi di fondamento normativo, perché l’inciso finale dell’art. 15 c.p. allude evidentemente alle clausole di riserva previste dalle singole norma incriminatrici, che, in deroga al principio di specialità, prevedono, sì, talora l’applicazione della norma generale, anziché di quella speciale, considerata sussidiaria; [...] Inoltre i giudizi di valore, che i criteri di assorbimento e consumzione richiederebbero, sono tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività, perché fanno dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l’applicazione di una norma penale*”.

Effettivamente la decisione delle Sezioni Unite Cass., n. 22902/2001, portava a sostegno del proprio *decisum* argomenti quali il *post-factum* non punibile e la valutazione di gravità dei diversi beni giuridici; argomenti, questi, che dopo il 2005 non sono sicuramente più sostenibili(8).

2. Il rapporto tra l’accesso abusivo (615-ter c.p.) e la frode informatica (640-ter c.p.).

Preliminarmente bisogna rilevare che nella sentenza in esame il giudice ha delineato la possibilità di concorso formale, di fronte ad un’unitarietà di azione, dei reati di cui all’art. 615-ter c.p. e all’art. 640-ter c.p..

In particolare, per quanto concerne il tentativo riuscito di prelievo, si sarebbero configurati un accesso abusivo ed una frode informatica, entrambi consumati; mentre per quanto riguarda la seconda carta di credito, ed il tentativo non riuscito di prelievo, si sarebbe configurati un tentativo sia di accesso abusivo che di frode informatica. E, beninteso, le due distinte condotte (consumata e tentata) sono state considerate come attinte dal vincolo della continuazione (art. 81 c.p.v. c.p.). Tale decisione è stata presa anche sulla scorta delle considerazioni svolte da Cass. Sez. V, Sentenza n. 1727 del 30/09/2008 Cc. (dep. 16/01/2009) Rv. 242938, secondo cui “*il delitto di accesso abusivo ad un sistema informatico può concorrere con quello di frode informatica, diversi essendo i beni giuridici tutelati e le condotte sanzionate, in quanto il primo tutela il domicilio informatico sotto il profilo dello “ius excludendi alios”, anche in relazione alle modalità che regolano l’accesso dei soggetti eventualmente abilitati, mentre il secondo contempla l’alterazione dei dati immagazzinati nel sistema al fine della percezione di ingiusto profitto*”.

Nonostante le pregevoli argomentazioni svolte dal giudice del merito, si può invero suggerire un diverso inquadramento della fattispecie.

Innanzitutto la massima riportata utilizza un evidente criterio valutativo. Si legge, infatti, che le due fattispecie potrebbero concorrere attesa la diversità di beni giuridici tutelati. Di conseguenza, proprio nel rispetto delle premesse, relative al riconoscimento del solo principio di specialità, non è possibile condividere quanto sopra affermato.

Inoltre, poiché il legislatore ha voluto punire l’accesso abusivo ad un sistema informatico come autonoma fattispecie di reato, ha tipizzato, con l’introduzione di ulteriori requisiti specifici, una condotta che sulla base dell’art. 640-ter rientra tra gli elementi costitutivi della frode informatica. Da un punto di vista sistematico la norma prevede una tutela in chiave anticipatoria, mediante l’introduzione di un reato di pura condotta del bene giuridico(9). La questione potrebbe dunque essere risolta non per il tramite dell’art. 15 c.p., bensì relativamente all’art. 84 c.p., in tema di reato com-

plesso. Questa disposizione, come noto, esclude l’applicabilità delle norme sul concorso di reati nei casi in cui la legge consideri quale elemento costitutivo fatti in grado di rappresentare di per sé fattispecie di reato. La previsione contenuta nel primo comma dell’art. 640-ter infatti stabilisce che tra le condotte punibili rientri quella di chiunque “*intervenendo senza diritto con qualsiasi modalità su [...] programmi contenuti in un sistema informatico*” procuri a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno. Non vi è dubbio che la descrizione della condotta testé richiamata preveda una generalità di ipotesi tra cui ben può rientrare quella descritta dall’accesso abusivo, il quale punisce “*chiunque abusivamente si introduce in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza*”. Ne consegue che l’accesso abusivo ad un sistema informatico è da intendersi quale elemento costitutivo della fattispecie dell’art. 640-ter c.p. e, come tale, ai sensi dell’art. 84 c.p., dovrebbe rimanere assorbito dalla norma complessa.

Sempre sulla scorta di una valutazione sistematica, il rapporto tra il 615-ter c.p. e il 640-ter c.p. può essere equiparato al rapporto sussistente tra la violazione di domicilio (art. 614 c.p.) e il furto in abitazione (art. 624-bis c.p.), anche se questo paragone è già stato definito “imperfetto” dalla Corte di Cassazione(10); questa “imperfezione” deriverebbe dalla considerazione per cui l’accesso abusivo ad un sistema informatico tutelerebbe una pluralità di beni giuridici diversi e che la fattispecie offrirebbe protezione da qualsiasi tipo di intrusione che possa avere anche ricadute patrimoniali. Questa affermazione, sicuramente condivisibile, non destituisce di fondamento le considerazioni appena svolte. Trattandosi di un reato di mera condotta, il conseguimento o meno di un profitto costituisce evento ulteriore del reato e non elemento costitutivo dello stesso. Del resto non tutti gli eventi di profitto presentano un arricchimento del soggetto attivo con un corrispondente danno al soggetto passivo(11). Laddove, dunque, un accesso abusivo ad un sistema informatico si connota per un evento di profitto, questo potrebbe ricadere, ricorrendone i presupposti, nell’ambito della frode informatica. Si pensi ad un soggetto che realizzi un accesso abusivo finalizzato a carpire informazioni contenute in un sistema informatico. L’eventuale utilizzo di queste dovrà essere valutato successivamente e contribuirà a delineare la qualificazione giuridica del fatto: ove queste informazioni vengano utilizzate a fini diffamatori sarà ad esempio ipotizzabile un concorso tra i due reati. Laddove invece le informazioni vengano sfruttate per trarre un profitto è ben possibile che, ricorrendo tutti i requisiti dell’art. 640-ter c.p. (e, in particolare, l’evento di profitto con altrui danno), tale norma assorba anche la condotta antecedente di accesso abusivo. Nel caso in cui invece non ricorrano gli elementi essenziali della frode informatica vi sarà semplicemente un accesso abusivo denotato da una ricaduta patrimoniale.

A sostegno di queste considerazioni si può anche rilevare che casuale non appare nemmeno la collocazione delle norme, posto che la “nuova” fattispecie dell’art. 615-ter è stata introdotta con la *ratio* di tutelare il domicilio virtuale e posta subito dopo la violazione domicilio “classica”.

Inoltre la frode informatica non presenta tra gli elementi costitutivi del fatto tipico i requisiti dell’induzione in errore e degli artifici e raggiri, poiché nasce con il fine precipuo di tutelare l’integrità del sistema informatico, e le aggressioni verso di esso rivolte oltre al patrimonio del soggetto passivo. Alla stregua di queste considerazioni, ritenendo ipoteticamente applicabile al caso affrontato dal Tribunale di Genova

l'art. 640-ter (a discapito dell'art. 55, comma 9), le due diverse condotte sopra descritte avrebbero potuto essere inquadrate in una fattispecie di frode informatica consumata, per la condotta di prelievo riuscita, e di un tentativo di frode informatica, per il tentativo di prelievo non riuscito. Entrambe le condotte attinte dal vincolo della continuazione. Diversa questione si sarebbe posta se il prevenuto si fosse introdotto nel sistema Atm del circuito bancario per finalità diverse da quelle di conseguimento di un ingiusto profitto con altrui danno. In tale caso si sarebbe potuto realizzare infatti un accesso abusivo, finalizzato ad esempio a carpire determinate informazioni dal conto corrente (saldo, movimenti *et similia*), anche realizzando, in via di fatto, un profitto indiretto e mediato delle informazioni così ottenute. Profitto, questo, costituente un evento ulteriore non rilevante ai fini della configurazione del fatto tipico.

3. Il rapporto tra la frode informatica (art. 640-ter c.p.) e l'indebito utilizzo di carte di credito e pagamento (art. 55, comma 9, Dlgs 231/2007).

Giungendo al merito della questione, il problema principale riguarda il rapporto che sussiste tra l'art. 640-ter c.p., ritenuto dal Giudice applicabile al caso di specie, rispetto alla norma di legge speciale prevista dall'art. 55, comma 9, Dlgs. 231/2007, ritenuta dal Giudice assorbita dalla fattispecie di cui sopra. Nonostante, come accennato, la Suprema Corte si sia già pronunciata a Sezioni Unite (Cass. Sez. Un. n. 22902/2001), permangono alcuni dubbi interpretativi sul punto e la giurisprudenza di merito non è univoca nel delineare i rapporti intercorrenti tra le norme in esame.

Il punto di partenza, come ampiamente evidenziato, deve essere il riconoscimento del principio di specialità *ex art. 15 c.p.* quale unico criterio risolutore del conflitto apparente di norme. Ciò, anche sulla base di quanto ribadito dalla giurisprudenza successiva alla sentenza "Marino, tra cui Cass., Sez. Un. 28 ottobre 2010, "Giordano e altri", secondo cui si deve procedere ad "una applicazione del principio di specialità secondo un approccio strutturale, che non trascuri l'utilizzo dei normali criteri di interpretazione concernenti la ratio delle norme, le loro finalità e il loro inserimento sistematico, al fine di ottenere che il risultato interpretativo sia conforme ad una ragionevole prevedibilità, come intesa dalla giurisprudenza della Corte EDU".

Applicando dunque il richiamato principio alla fattispecie in esame, si possono svolgere alcune considerazioni. Utilizzare una carta di credito ottenuta illecitamente al fine di prelevare denaro pone effettivamente il problema di verificare se sussista un concorso di reati (formale) o un concorso apparente di norme. Dinnanzi infatti all'unitarietà dell'azione di introduzione di una carta di credito nel circuito bancomat e al successivo prelievo sarebbero astrattamente applicabili le due diverse norme di cui in premessa. Per le ragioni che seguono non vi è dubbio che in questo caso sussista un concorso apparente di norme.

Sussiste un rapporto di specialità tra l'art. 55, comma 9, Dlgs. 231/2007 e l'art. 640-ter c.p. sulla scorta di alcune valutazioni strutturali di raffronto tra le due norme. L'utilizzo indebito di carte di credito postula infatti necessariamente un accesso ad un sistema informatico. Non è possibile, in *rerum natura*, prelevare denaro contante per il tramite di una carta di credito senza che tale condotta non sia mediata dall'accesso ad un qualunque sistema elettronico. L'aggettivo 'indebito' colora poi di disvalore la condotta specifica di utilizzo della carta di credito, ricomprendendo a pieno titolo le condotte descritte nella frode informatica e nell'accesso abusivo. Ci si riferisce, in par-

ticolare, all'intervento senza diritto con qualsiasi modalità su dati, informazioni o programmi e all'introduzione abusiva in un sistema informatico. L'utilizzo indebito di una carta di credito al fine di prelevare denaro contante pone quindi quale requisito implicito della condotta l'intervento senza diritto su un sistema informatico, caratterizzando questa proprio per la peculiare introduzione nel sistema di una carta di pagamento. Ci troviamo dunque di fronte ad un contegno che, nel genere, viene descritto nell'art. 640-ter, e che trova elementi specializzanti nell'ambito dell'art. 55 cit., laddove la norma richiede che l'intervento sul sistema informatico avvenga tramite un supporto specifico, e cioè la carta di credito o pagamento. Tale soluzione è stata accolta e ribadita dalla Suprema Corte con la sentenza Cass., Sez. VI, 14 gennaio 2016, n. 1333, "Bortos", Rv. 266233, secondo cui "integra il reato di indebita utilizzazione di carte di credito di cui all'art. 55, comma 9, Dlgs. 231/2007 e non quello di frode informatica di cui all'art. 640-ter c.p., il reiterato prelievo di denaro contante presso lo sportello bancomat di un istituto bancario mediante utilizzazione di un supporto magnetico clonato, in quanto il ripetuto ritiro di somme per mezzo di una carta bancomat illecitamente duplicata configura l'utilizzo indebito di uno strumento di prelievo sanzionato dal predetto art. 55".

Diversa questione riguarderebbe, ad esempio, l'indebito utilizzo di codici di accesso ai servizi di *internet banking* di un istituto di credito. In tal caso, infatti, l'intervento sul sistema informatico non comporta l'utilizzo di una carta di credito o di pagamento (requisito specializzante dell'art. 55 cit.) con la conseguente ri-espansione della fattispecie di frode informatica (fenomeno, del resto, tipico del rapporto di specialità) (12). Tale soluzione è stata infatti accolta da Cass., Sez. II, 13 ottobre 2015, n. 50140, "Rizzo", Riv. 265565, secondo cui "integra il delitto di frode informatica, e non quello di cui all'art. 55, comma 9, Dlgs. 231/2007, la condotta di colui che, servendosi di un codice di accesso fraudolentemente captato, penetra abusivamente nel sistema informatico bancario ed effettua illecite operazioni di trasferimento fondi, al fine di trarne profitto per sé o per altri". Questa seconda pronuncia è stata portata dal giudice del merito a sostegno dell'assorbimento dell'indebito utilizzo in favore della frode informatica ma, a ben vedere, la sentenza si occupa di un illecito utilizzo di codici di accesso, non di un prelievo di denaro tramite carta di credito. Infatti, anche se *prima facie* gli orientamenti sopra riportati potrebbero sembrare contrastanti, le due pronunce trattano due casi ben distinti: da un lato, l'utilizzo di una carta di credito clonata e, dall'altro, l'utilizzo di codici di accesso a sistemi informatici. L'elemento caratterizzante è dunque costituito dalla diversa natura dello strumento utilizzato per accedere al sistema informatico, una carta di credito o pagamento ovvero generici codici di accesso.

Nessun dubbio dunque che si possa aderire a quanto stabilito nella sentenza prima citata, Cass., Sez. VI, 14 gennaio 2016, n. 1333, "Bortos", Rv. 266233, la quale ricalca un caso del tutto analogo a quello affrontato dalla sentenza del Tribunale di Genova oggi in commento.

Inoltre, volendo svolgere una considerazione ulteriore, si potrebbe anche argomentare che le due distinte condotte di prelievo (riuscito e non) avrebbero addirittura potuto essere considerate un'unica azione secondo la definizione di 'azione unitaria' fornita dalla dottrina maggioritaria. Il riferimento è all'approccio di tipo normativo-sociale utilizzato come criterio guida per stabilire se via sia azione unitaria o una pluralità di azioni. Secondo autorevole dottrina infatti "più azioni in senso naturalistico si ricompongono in un'azione giuridicamente unitaria se unico è lo scopo che le sorregge e se si susseguono nel tempo senza apprezzabile interruzione" (13); si tratta dunque di

un duplice requisito che sul piano temporale si traduce nella contestualità degli atti e, su quello teleologico, all'unicità del fine. Nel caso di specie è evidente e pacifico che il prevenuto abbia agito per l'unico fine di prelevare denari da entrambe le carte e in un lasso di tempo senza soluzione di continuità.

4. Fattispecie analoghe.

Dalle considerazioni svolte nel paragrafo precedente emerge come le diverse manifestazioni dei reati informatici possano portare a qualificazioni giuridiche del tutto diverse.

Un esempio tipico di reato informatico è il cd. 'phishing', circostanza in cui un soggetto invia una e-mail del tutto simile a quella di un istituto di credito chiedendo al destinatario di inserire i dati di accesso al proprio conto on-line o riferibili alla propria carta di credito per poterli successivamente utilizzare per compiere operazioni illecite. Se il phishing è finalizzato a carpire dati di accesso ai servizi di internet banking non viene in alcun modo in gioco la fattispecie descritta dall'art. 55 Dlgs. n. 231/2007. Vi sarà in questo caso una piena corrispondenza del fatto, in primo luogo, all'art. 615-*quater*, il quale punisce colui che si procuri abusivamente i codici di accesso ad un sistema informatico, e, in secondo luogo, all'art. 640-*ter* per quanto riguarda le condotte che si rivolgono alle illecite disposizioni patrimoniali effettuate tramite il sistema informatico predetto (eventualmente aggravato dall'aver agito con furto d'identità digitale), quali ad esempio bonifici, ricariche telefoniche, ricariche di altre carte di credito e informazioni sensibili.

Per quanto invece concerne le clonazioni di carte di credito e il loro successivo utilizzo per compiere operazioni tramite internet non si può che ribadire quanto già affermato in relazione al ruolo di norma speciale svolto dall'art. 55 cit.. A poco infatti rileva la circostanza che la carta di credito o di pagamento venga clonata ed utilizzata solo per prelevare denaro contante da uno sportello Atm: tutte le operazioni effettuate mediante carta di pagamento rientrano nella previsione di questa norma. Le attuali carte di credito infatti, siano esse a chip o a banda magnetica, utilizzano il supporto fisico per salvare e rendere leggibili i dati riferibili al titolare di un corrispondente rapporto bancario o di credito. Il concetto di carta di credito o di pagamento non deve arrestarsi dunque alla sola concezione fisica dello strumento, ma deve aversi riguardo al ruolo funzionale della stessa. In altre parole, l'indebito utilizzo di carta di credito afferisce tanto all'introduzione del supporto fisico in uno sportello quanto all'utilizzo dei codici numerici che distinguono la carta per operazioni di pagamento mediante internet. Di conseguenza avranno rilievo in quest'ambito anche i pagamenti effettuati tramite negozi virtuali con l'introduzione del numero della carta e del codice di sicurezza (CVV) e i pagamenti tramite Pos effettuati in negozi fisici.

In sintesi, anche un'operazione di phishing effettuata mediante l'ottenimento dei numeri della carta di credito oggetto della condotta penalmente rilevante configura la fattispecie dell'art. 615-*quater*, dell'art. 55, comma 9, seconda parte, per quanto concerne la clonazione, e art. 55, comma 9, prima parte, Dlgs. 231/2007, per quanto invece attiene all'indebito utilizzo. Del resto i servizi di internet banking, dai quali effettuare bonifici o altre disposizioni patrimoniali, non sono accessibili conoscendo i dati della carta di pagamento, ma soltanto tramite le credenziali create ad hoc per gestire i rapporti con l'istituto di credito (nome utente, password e spesso generatore di codici temporanei, cd. "token").

5. Conclusioni.

Le considerazioni svolte in merito al rapporto tra l'indebito utilizzo di carte di credito e la frode informatica trovano ri-

scontro in alcune decisioni del Tribunale di Genova in precedenza citate. In particolare nella sentenza del Tribunale di Genova n. 2106 del 6 aprile 2016, in cui il Giudice di merito rilevava l'applicazione dell'art. 55 cit. rispetto alle ipotesi di accesso abusivo e frode informatica. Come detto, le ragioni risiedono principalmente nella rilevata presenza di elementi specializzanti della norma di parte speciale rispetto alla norma codicistica. Ed in effetti, una diversa soluzione porterebbe ad una sostanziale interpretatio abrogans della norma speciale, atteso che qualunque utilizzo indebito di una carta di credito si potrebbe verificare alternativamente mediante un mero accesso abusivo ovvero attraverso una più articolata frode informatica. Non residuerebbe così nessuno spazio applicativo per l'art. 55, quantomeno nel fatto tipico descritto nella prima parte del comma 9.

Si può dunque concludere che qualora un soggetto venga in possesso illecitamente, a qualunque titolo, di una carta di credito o pagamento e la utilizzi per prelevare denaro contante o per effettuare pagamenti (sia online che in negozio fisico), risponderà del delitto di cui all'art. 55, comma 9, prima parte, relativo all'indebito utilizzo di carte di credito o pagamento, e non risponderà di frode informatica, verificandosi nella fattispecie un concorso apparente di norme risolvibile per il tramite dell'art. 15 c.p. in favore della norma di parte speciale. Beninteso, il soggetto risponderà anche del reato presupposto all'ottenimento delle carte di credito o pagamento, sia esso furto, ricettazione o appropriazione indebita.

Da segnalare inoltre che nella decisione del Tribunale di Genova n. 1676 del 17 marzo 2016, il giudice di merito rilevava l'applicabilità della illecita detenzione di carte di credito contraffatte (art. 55, comma 9, seconda parte) rispetto al delitto di ricettazione. È bene sottolineare che l'art. 55, comma 9, seconda parte, risulta applicabile soltanto quando l'illecita detenzione delle carte derivi da illecito amministrativo, civile e penale contravvenzionale. Se le carte di credito in possesso del soggetto derivano da un delitto – ed in questo la contraffazione di carte di credito è punita a titolo di delitto dallo stesso art. 55, comma 9, seconda parte – la norma applicabile è quella dell'art. 648 c.p.. In altre parole, tutte le volte in cui un soggetto venga trovato in possesso di carte di credito clonate vi sarà un'ipotesi di ricettazione, e non di illecita detenzione di carte(14). In questo caso si verifica un fenomeno inverso rispetto a quello enunciato in merito ai rapporti tra l'art. 55 cit. e l'art. 640-*ter*, in cui la frode informatica costituisce norma generale e la prima, invece, norma speciale. La formulazione dell'art. 55, comma 9, seconda parte, contiene cioè una generale previsione di illecita detenzione, mentre la ricettazione si pone quale norma speciale rispetto alla specifica detenzione derivante da illecito penale delittuoso.

Dott. Paolo Michieli
Studente SSPL Università di Genova
Tirocinante nel Tribunale di Genova

Note:

(1) Potendosi trattare indifferentemente di ricettazione (648 c.p.), furto (624 c.p.), appropriazione di cose smarrite (ex 647 c.p.), illecita detenzione di carte di credito (art. 55, comma 9, seconda parte, Dlgs. 231/2007) et alia.

(2) In particolare sia casi in cui l'imputato utilizzava carte di credito o pagamento per prelevare denari da uno sportello Atm sia casi in cui l'utilizzo delle carte veniva effettuato per il tramite di servizi internet (internet banking per disporre operazioni o pagamento di beni e servizi).

(3) Sentenze del Tribunale di Genova (tot. 12):

n. 6033/2016
n. 0782/2016
n. 3997/2016
n. 5194/2016
n. 5536/2016
n. 0136/2015
n. 1980/2015
n. 2849/2015
n. 3345/2015
n. 4455/2015
n. 5109/2015
n. 6456/2015

(4) Sentenze del Tribunale di Genova (tot. 10):

n. 4094/2016
n. 1564/2016
n. 5165/2016
n. 0300/2015
n. 1037/2015
n. 1121/2015
n. 1911/2015
n. 4955/2015
n. 5604/2015
n. 2106/2015

(5) Sentenze del Tribunale di Genova (tot. 3):

n. 0347/2015
n. 3912/2015
n. 4832/2015

(6) Sentenze del Tribunale di Genova (tot. 5):

n. 6063/2016
n. 6585/2016
n. 6569/2016
n. 1812/2015
n. 1676/2015

(7) Cass. SU n. 47164 del 2005.

(8) Pur dando atto del fatto che anche la stessa giurisprudenza di legittimità dopo il 2005 non si è univocamente uniformata alla Sentenza 'Marino' (Cass. S.U. n. 47614/2005). Non è infatti inusuale

rinvenire la riemersione di criteri valutativi al fine di risolvere casi di concorso apparente, per i quali il principio di specialità appare insufficiente o insoddisfacente.

Un esempio di quanto appena affermato si ritrova nel riconoscimento, da parte della Cassazione, del concorso formale tra l'art. 615-ter e l'art. 640-ter sulla base della diversità di beni giuridici tutelati dalle due norme.

(9) Esempi di tutela in chiave anticipatoria mediante reati di pura condotta si rinvencono nell'art. 322 c.p., relativo all'istigazione alla corruzione e nell'art. 377 c.p., relativo all'intralcio alla giustizia.

(10) Cass. S.U., 24 aprile 2015, n. 17326.

(11) Ad esempio perché la ricaduta patrimoniale riguarda un danno che si verifica nella sola sfera della persona offesa e non corrisponde ad un conseguente vantaggio del soggetto attivo (rif. "ingiusto profitto con altrui danno"), tenendo in ogni caso ben presente la nozione ampia di "profitto" accolta dalla giurisprudenza.

(12) Ragione per cui nei casi di "phishing" è del tutto corretto qualificare la fattispecie come frode informatica e non come indebito utilizzo di carte di credito o pagamento. In questo caso infatti non viene in alcun modo utilizzata una carta di credito, ma vengono carpiri illecitamente i dati personali dell'utente per utilizzarli successivamente al fine di disporre transazioni non autorizzate. Nel caso di specie infatti è possibile configurare l'art. 615-quater e l'art. 640-ter, aggravato dal comma 3 relativo al furto di identità digitale.

(13) G. Fiandaca "Unità e pluralità di azione", *op. cit.* p. 697, in G. Fiandaca, E. Musco, Diritto penale. Parte generale, Bologna, 2014. Nella manualistica, in tema di teoria normativo-sociale dell'azione, seppur con una diversa accezione del requisito teleologico in termini di aggressione ad un medesimo bene giuridico, si veda anche M. Pellissero, "Unità o pluralità di reati", in C.F. Grosso, M. Pellissero, D. Petrini, P. Pisa, Manuale di diritto penale. Parte generale, Milano, 2013.

(14) Considerazioni che possono essere svolte sulla scorta delle sentenze "Tiezzi", Cass. SU 28 marzo 2001, n. 22902, e "Marino", Cass. SU n. 47164/2005, in relazione ai rapporti intercorrenti tra ricettazione ed illecita detenzione rispetto ad illeciti amministrativi, civili e penali contravvenzionali.

Misure di prevenzione personali

Rassegna di giurisprudenza del Tribunale di Imperia

biennio 2015-2016 (sino all'8 settembre 2016)

Naomi Moriano

Tirocinante nel Tribunale di Imperia

Sommario: 1. *Premessa.* - 2. *Pericolosità generica e il presupposto della sua attualità.* - 3. *Non attualità della pericolosità.* - 4. *Assenza di pericolosità.* - 5. *Misure di prevenzione e tossicodipendenza.* - 6. *Misure di prevenzione e affidamento in prova.* - 7. *Sorveglianza speciale e obbligo di soggiorno.* - 8. *Misure di prevenzione e misure cautelari elo pene detentive.* - 9. *Pericolosità generica e il presupposto della sua attualità.* - 10. *Non attualità della pericolosità.* - 11. *Assenza di pericolosità e soggetti psichiatrici.* - 12. *Misure di prevenzione e tossicodipendenza.* - 13. *Sorveglianza speciale e obbligo di soggiorno.* - 14. *Brevissimi cenni alla sentenza della Corte EDU, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia.*

1. Premessa.

Questa breve ricerca sulla giurisprudenza imperiese in materia di Misure di Prevenzione Personali nasce nell'ambito del tirocinio ex art. 73 d.l. 69/2013 che ho svolto presso il Tribunale di Imperia, presso la sezione del Collegio penale, fino all'8 ottobre 2016.

L'idea è stata quella di assumere come modello di riferimento la "Lettera di prevenzione" a cura dell'Ufficio della Procura del Tribunale di Torino, che da qualche anno appare sulla rivista *Diritto Penale Contemporaneo*.

In particolare si son voluti porre in luce i risultati ottenuti nell'ambito della prevenzione nella nostra provincia durante il periodo successivo all'accorpamento, ossia gli anni 2014, 2015 e 2016, dando conto dell'andamento dei procedimenti di prevenzione trattati dinanzi al Tribunale di Imperia, attraverso l'analisi dei dati tratti dal Registro SIPPI e dai provvedimenti emessi dall'A.G. e al contempo esaminare la giurisprudenza, la sua evoluzione in sede locale e in relazione ai filoni giurisprudenziali formati a livello nazionale. Si è deciso fin dall'inizio di concentrarsi sulle misure di prevenzione personali e tralasciare quelle patrimoniali: per i nostri scopi, infatti, queste avrebbero rappresentato uno studio troppo vasto e complesso, poiché in continua evoluzione grazie al costante impegno della giurisprudenza (e di parte della dottrina) nell'assicurare il pieno rispetto dei principi costituzionali e convenzionali⁽¹⁾; in secondo luogo perché, per il periodo di riferimento, non si hanno provvedimenti decisori di accoglimento di misure patrimoniali.

2. Pericolosità generica e il presupposto della sua attualità.

Nella proposta del Questore di Imperia nella quale veniva chiesta la sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno per tre anni, si evidenziava che il proposto risultava coinvolto da anni nel traffico della droga, fin dal 2008 quando ancora era minorenni.

Lo stesso non risulta mai avere svolto attività di lavoro; soltanto in fase di esecuzione della misura degli arresti domiciliari del

marzo 2013, lo stesso otteneva l'autorizzazione ad assentarsi da casa per coadiuvare la madre nella gestione di una lavanderia e seguire un programma al Ser.T.

Il Giudice della prevenzione afferma allora che: "Evidente a questo punto che il soggetto sia abitualmente dedito a traffici delittuosi ai sensi dell'art. 1 lett. a) d.lgs. 159/2011, e pertanto debba accogliersi l'istanza di applicazione della misura di prevenzione della Sorveglianza Speciale per anni tre, al fine di effettuare un controllo sul soggetto ed attenuare la pericolosità sociale." (decr. n. 1/15).

In altro caso viene accolta la richiesta più gravosa della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno per tre anni, basata sui precedenti penali, emergenti fin dall'87, anche a base violenta (rapina), ma soprattutto stupefacenti.

Nel 2007 l'istanza di applicazione della sorveglianza speciale era stata rigettata dal Tribunale di Imperia sul presupposto che questi avesse cambiato vita. In realtà la carriera criminale del prevenuto continuava e nel 2010 veniva nuovamente sottoposto a procedimento penale per traffico di stupefacenti in concorso con soggetti della criminalità organizzata calabrese.

Numerose, ripetute e accertate le frequentazioni del destinatario con soggetti pregiudicati del Ponente, tutti di elevato spessore criminale, protrattesi nel corso degli anni.

"Da tali elementi si doveva ritenere la pericolosità attuale del V, che nonostante la fiducia accordatagli dal Tribunale nel 2007, aveva continuato a frequentare pregiudicati e a commettere reati gravi, come la misura cautelare del 17 giugno 2011 attesta in modo particolare.

Neppure risulta che il prevenuto abbia mai svolto alcuna attività di lavoro, per cui è naturale ritenere che lo stesso abbia sempre tratto i mezzi per vivere dalla sua attività criminosa.

La difesa in realtà produceva all'udienza buste paga da cui risultava che il V, dopo la sua ultima rimessa in libertà, dall'agosto 2013 lavorava regolarmente per una ditta di Milano. Tali buste paga per altro sono troppo recenti per dimostrare l'abbandono del suo sistema di vita e quindi non sono di ostacolo all'applicazione della misura.

Questa dovrà avere la durata di anni tre, come da richiesta, con l'obbligo di soggiorno al fine di consentire un migliore controllo del soggetto. Ovviamente potrà tenersi conto della sua attività lavorativa, se ancora in corso, affinché la presente misura non ne impedisca lo svolgimento." (decr. n. 3/15).

In altro caso, viene accolta la richiesta del P.M. della sorveglianza speciale per tre anni, poiché, nonostante l'avviso orale di P.S., il proposto commetteva ulteriori reati per i quali veniva denunciato e in alcuni casi condannato, reati anche a base violenta (spaccio di stupefacenti, resistenza a P.U., lesioni, oltraggio a P.U. e rifiuto di indicazioni della propria identità; danneggiamento, di nuovo resistenza a P.U.).

Plurime violazioni della misura dell'obbligo di dimora cui veniva sottoposto nel 2011, per cui veniva sottoposto agli arresti domiciliari da cui evadeva; veniva, quindi, sottoposto (in data 31/3/11) agli obblighi di cui all'art 75 bis D.P.R. 309/90, che violava più volte.

Gravi precedenti penali, tra cui in particolare: violenza sessuale (2003), guida in stato di ebbrezza insieme a lesioni in un inci-

dente stradale (2005); nel 2008 viene segnalato per detenzione di stupefacenti ai fini di spaccio; numerosi anche i carichi pendenti, tra cui una violenza sessuale in danno di un'anziana signora nel 2013 e ancora armi e stupefacenti tra il 2014 e il 2015. Il Giudice così relaziona sul caso: *“che pertanto sussistono tutti in presupposti per sottoporlo alla misura della sorveglianza speciale di P.S. richiesti ex art 4 e 6 d.lgs. 159/2011; che infatti C. è soggetto con numerosi precedenti e pendenze, tossicodipendente e privo di ogni autocontrollo e nonostante l'avviso orale sopra citato e i reiterati arresti non risulta aver cambiato condotta come attestano i reati commessi posteriormente, con ciò comprovando che trattasi di persona che vive abitualmente di attività delittuosa e pertanto risulta soggetto rientrando nella categoria di cui all'art 4 lett. c) in relazione all'art. 1 lett. a) e c) d.lgs. 159 cit. e è attualmente pericoloso socialmente;*

che non inficiano tale quadro le produzioni della difesa tese a dimostrare che prima dell'ultima detenzione aveva una attività lavorativa regolare e che attestano al contrario trattarsi di soggetto con elevata e assolutamente ingiustificata proclività a delinquere non legata neppure a situazioni di difficoltà patrimoniali o degrado sociale;

che va inoltre precisato che è incontrovertibile che la misura è applicabile agli assuntori di sostanze stupefacenti pur essendo previste dall'art 75 bis d.p.r. 309/90 ulteriori e autonome misure di prevenzione cui il C. è già stato sottoposto e che possono convivere;

che è altresì influente la attuale detenzione che non impedisce la applicazione della misura di prevenzione costituendo tale situazione causa di differimento dell'esecuzione, e l'eventuale influenza della espiazione della pena sulla pericolosità attuale potrà essere verificata attraverso il procedimento di modifica o revoca ex art 11 d.lgs. 159/11. (v. sent. Corte Cost. 291/13)”. (decr. n. 4/15). L'accoglimento della richiesta della sorveglianza speciale per la durata minima di un anno, era fondata sul fatto che il destinatario aveva manifestato da sempre una spiccata pericolosità, avendo posto in essere, senza sostanziale soluzione di continuità, numerosi reati, in particolare inerenti alla vendita di merce con marchio contraffatto, ricettazione e riciclaggio connessi al traffico illecito di veicoli provenienti da truffe e furti, avendo, poi, abitualmente frequentato pregiudicati, anche di notevole spessore criminale con i quali è risultato aver perpetuato plurimi reati.

Veniva rilevato che a fronte di sentenze, anche da ultimo poste in essere (10/4/2014), seppur inerenti a fatti reato commessi sino al 2009, risultava denunciato, indagato, segnalato sino allo scorso 2013, per fatti sempre di riciclaggio, ricettazione e contraffazione. Ed inoltre che sino agli ultimi tempi era stato segnalato in compagnia di noti pregiudicati e che il suo tenore di vita fosse di gran lunga sproporzionato rispetto all'attività lavorativa, mai continuativa, posta in essere.

Così motivava il Giudice della prevenzione: *“Risponde, infatti, al vero quanto evidenziato dal richiedente sia in punto a precedenti, segnalazioni, condotte abituali del M., sia in punto a pericolosità manifestatasi e nella frequentazione di soggetti pregiudicati e nella ripetuta ed ulteriore commissione di reati, sempre della stessa indole e rilevanti, nonostante già condannato ripetutamente. Non vi è prova, poi, della seria volontà di revisione critica e intento di reinserimento nel sociale come rappresentata dalla difesa. (...) Circa la durata, tuttavia, i sopraggiunti problemi famigliari e la stabilità del nucleo e, quantomeno nella prospettiva difensiva, dell'attività lavorativa attualmente in corso, consentono di ritenere adeguata la misura minima (anni 1) allo scopo di verificare e saggiare la credibilità del soggetto che occupa. In ragione di ciò ed al fine rappresentato, appare congruo imporre la misura in modo da renderla il più possibile compatibile con l'attività itinerante e suoi orari rappresentati.” (decr. n. 6/15).*

Nel caso del proposto con numerosissimi precedenti penali dal

1977 ad oggi, per reati anche gravi contro il patrimonio e contro la persona (più condanne per sequestro di persona, plurime condanne per rapina, furto, truffa, evasione, per un totale di circa anni 14 e mesi 10 di reclusione) e nelle more della procedura di prevenzione scontava una condanna per spaccio di stupefacenti. *“Che a nulla rileva la sua asserita attività di cura nei confronti del fratello sordomuto, né la sua attività di pescatore, tra l'altro in nero (con accertamenti Agenzia delle Entrate)”*: su tali basi viene accolta la richiesta di sorveglianza speciale per anni tre. (decr. n. 7/15). Nel caso di accoglimento della misura per la durata massima (cinque anni), data la presenza di numerosi precedenti penali e di polizia per violazione della normativa degli stupefacenti, esercizio del gioco d'azzardo, furto, lesioni personali: in particolare tra il '94 e il '96 il proposto viene denunciato più volte per spaccio di stupefacenti, nel '98 è coinvolto in un giro di furti in appartamenti e in una vasta inchiesta sull'importazione di stupefacenti (sentenza del 2002); dopo la violazione della misura del foglio di via obbligatorio, resta coinvolto in un giro di gioco d'azzardo nel bar da lui gestito a Ventimiglia; nuovamente coinvolto in un traffico di stupefacenti, viene condannato nel 2006.

Già in due occasioni era stato sottoposto a sorveglianza speciale, ma non ha mai mostrato alcuna volontà di ravvedimento ed, anzi, ha continuato a evidenziarsi nella commissione di gravi reati. In particolare viene sottoposto alla sorveglianza speciale per tre anni nel 2006, che violava ripetutamente; terminata nel 2009, viene nuovamente arrestato nel 2010 per lesioni personali in concorso con altri pregiudicati, per cui veniva poi condannato con sentenza del 17/11/2010 della Corte d'Appello di Genova, passata in giudicato. (Emerge, in particolare, che in quella occasione i correi aggredivano con bastoni di legno, mazze di ferro, mazze da baseball e spranghe alcuni immigrati curdi, tutti regolari sul territorio nazionale e residenti a Ventimiglia.)

Sottoposto a nuovo avviso orale nel 2012, viene denunciato insieme al fratello per riciclaggio.

Nel 2014 resta coinvolto in un episodio di incendio doloso di un locale pubblico, notoriamente frequentato da pregiudicati, del quale, nel corso della perquisizione presso la sua abitazione, veniva rinvenuta documentazione a dimostrazione che aveva un ruolo di fatto nella gestione dello stesso.

Tuttavia i redditi dichiarati risultano irrilevanti.

“In questa situazione non può che affermarsi un chiaro giudizio di pericolosità del soggetto, atteso il corposo casellario giudiziale, che evidenzia una lunga serie di reati sia contro il patrimonio, sia contro la persona (alcuni dei quali particolarmente indicativi della sua indole violenta, quale emerge dalla spedizione punitiva contro i cittadini curdi), commessi negli ultimi venti anni senza soluzione di continuità nonostante le plurime carcerazioni, ed i precedenti di polizia e le ultime indagini del 2014 che, sebbene non ancora concluse, evidenziano comunque la persistente frequentazione di pregiudicati.”

“In conclusione emerge che il proposto ha sempre e costantemente vissuto nell'illecito dal quale, in mancanza di una stabile documentata attività lavorativa, e considerati i suoi esigui redditi leciti, trae evidentemente i mezzi del proprio sostentamento. Il fatto che lo stesso non abbia inoltre mai reciso i contatti con gli ambienti criminali porta a ritenere la sua inclinazione e dedizione al delitto, ovvero quella pericolosità perdurante, concreta ed attuale che giustifica appieno l'applicazione della misura della sorveglianza speciale.”

Tuttavia la misura viene revocata dalla Corte d'Appello di Genova, in data 10/07/2015, con le motivazioni che si diranno subito sotto(2). (decr. n. 8/15).

Altro caso in cui viene disposta la sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno per tre anni nei confronti del soggetto coinvolto, a partire dalla metà degli anni duemila, in scontri ed atti

di violenza a margine di eventi sportivi (DASPO); poi subisce un arresto insieme al fratello in data 11/2/2008 per detenzione e spaccio di sostanze stupefacenti.

Nel 2010 viene processato per omicidio e condannato dalla C.d.A. di Genova ad anni 10 di reclusione per omicidio volontario; scarcerato nel 2013, viene nuovamente arrestato per i reati di violazione di domicilio, resistenza, violenza e minaccia a P.U. Risulta poi un suo coinvolgimento in intimidazioni con finalità estorsive a calciatori della Sanremese Calcio (condannato con rito abbreviato).

Oltre a una sua accertata frequentazione abituale di soggetti pregiudicati, non consta da parte sua lo svolgimento di un'attività lavorativa e, posto che i redditi dichiarati sono talmente esigui da non permettergli la condotta di vita serbata; *“non è senza significato il dato per cui l'unica attività lavorativa apparentemente svolta dal proposto negli ultimi anni (la cogestione del circolo ricreativo in Praia a Mare) si è rivelata strumentale all'attività di spaccio di stupefacenti. (...)”*.

“È stato posto in luce che i fatti addebitati al proposto sarebbero ormai risalenti nel tempo e che la pericolosità non sarebbe attuale. Tuttavia è evidente che il proposto ha scontato un lungo periodo di custodia cautelare (dato che pacificamente non preclude una valutazione di pericolosità imminente) e, non appena rilasciato, ha subito commesso i fatti di resistenza di cui si è detto. Il rispetto delle prescrizioni apposte alla (blanda) misura cautelare alla quale il T. è attualmente sottoposto non appare elemento sufficiente a dimostrare la non pericolosità del T., a fronte della personalità criminale delineata.

“Questo Tribunale ritiene che gli elementi adottati nella proposta formulata dal PM siano assolutamente pregnanti e fondati, tali, quindi, da far ritenere che il T. sia soggetto dedito a traffici delittuosi e che, per condotta e tenore di vita serbati, lo stesso tragga abitualmente i mezzi di sostentamento da attività illecite. Il proposto rientra quindi pienamente nella categoria dei soggetti previsti dall'art. 4 comma 1, lett. “C” del d.lgs. nr. 159 del 2011. Il T., in base al quadro che emerge dagli elementi descritti, risulta soggetto pericoloso per la sicurezza pubblica.”

La misura richiesta si presenta, dunque, come assolutamente necessaria a svolgere un penetrante controllo preventivo sul destinatario, volto ad impedire che lo stesso possa reiterare condotte minacciose per la collettività.

“La misura della sorveglianza speciale si giustifica con la personalità del proposto che, pervicacemente, ha continuato a porre in essere condotte penalmente illecite, a intrattenere rapporti con pregiudicati, manifestando in tal modo una pericolosità spiccata.

La durata di tre anni (rispetto ai cinque anni richiesti dal PM) della citata misura appare a questo Tribunale idonea a soddisfare le esigenze di prevenzione speciale nei riguardi del T., tenuto conto della giovane età e dell'attuale sua sottoposizione a misura cautelare (obbligo di dimora).” (decr. n. 11/15).

In un caso in cui l'Autorità procedente aveva richiesto la sola sorveglianza speciale, ne viene disposta l'applicazione con annesso obbligo di soggiorno per tre anni.

Gravato da due precedenti penali per violazione della normativa sugli stupefacenti (2009 e 2013), il destinatario viene sottoposto ad avviso orale del Questore; poco più di un mese dopo viene denunciato per ingiurie e lesioni. Un'impressionante ed ininterrotta frequentazione di pregiudicati: soggetti legati alla criminalità organizzata anche di stampo mafioso o inseriti nel circuito del traffico di stupefacenti.

Inoltre, l'unica attività lavorativa svolta dallo stesso è stata quella inerente la gestione di un locale a Ventimiglia, utilizzato per lo svolgimento dell'attività di spaccio di cocaina (sequestrato).

Il Giudice della prevenzione afferma, dunque, che: *“Sussiste l'attualità della pericolosità del proposto, atteso che la cessazione della frequentazione di pregiudicati e l'assenza di ulteriori denunce a suo*

carico sono conseguenza della carcerazione per custodia cautelare prima per espiazione della pena applicata in un secondo tempo.

È stato scarcerato nell'ottobre 2014 ed è stato affidato ai servizi sociali. Il (sino ad ora) positivo svolgimento della misura alternativa non incrina la valutazione di pericolosità attuale sopra evidenziata, atteso che la citata misura alternativa è in corso da pochissimi mesi.

Tale circostanza non consente di superare il dato della non avvenuta rescissione di un legame con ambienti criminali di spessore e l'inclinazione al delitto del proposto. (v. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 2844 del 15/12/1984, Loreto)”. (decr. n. 12/15)(3)

Nel caso di destinatario gravato da precedenti penali e di polizia per violazioni in materia di stupefacenti ed altri reati e in specie: due condanne definitive, per spaccio di hashish, guida in stato di ebbrezza e resistenza a P.U., mentre dinnanzi al Tribunale pende giudizio per oltraggio a P.U. e danneggiamento. Già sottoposto ad avviso orale del Questore, viene recentemente interessato da specifica indagine per reati inerenti lo spaccio di stupefacenti.

Lo scorso 15/03/15 (in pendenza del procedimento di prevenzione) veniva arrestato in flagranza per tentato furto in abitazione mediante effrazione, processato in giudizio direttissimo con patteggiamento alla pena di un anno di reclusione.

Costanti risultano le frequentazioni con soggetti pregiudicati e tossicodipendenti della zona; formalmente disoccupato e non iscritto nelle liste del Centro per l'Impiego, benché in passato abbia occasionalmente lavorato presso l'officina da elettrauto gestita dal padre a Ventimiglia.

Soggetto tossicodipendente, in particolare assuntore di eroina, all'esito dell'indagine il suo inserimento nel contesto criminale del territorio è apparso limitato alle quotidiane esigenze di consumo personale di sostanze stupefacenti.

“In conclusione, va detto che C. è risultato recentemente coinvolto in traffici di stupefacenti oggetto di specifiche indagini che (sebbene non sfociate in condanne definitive) evidenziano comunque la persistente frequentazione di pregiudicati, e da ultimo è stato arrestato in flagranza per reato contro il patrimonio commesso addirittura in pendenza del procedimento di prevenzione. Tali dati, unitamente ad altri elementi qualificanti, le condanne ormai passate in giudicato, le plurime denunce, l'inosservanza dell'avviso orale, le frequentazioni di soggetti pregiudicati e dediti a spaccio di stupefacenti, lo stato di tossicodipendenza, la mancanza di documentata attività lavorativa, complessivamente denotano la perdurante, concreta ed attuale pericolosità sociale del proposto, che sulla base degli elementi di fatto evidenziati, deve ritenersi abitualmente dedito a traffici delittuosi, e comunque abitualmente traente dall'attività delittuosa almeno in parte i proventi per il proprio sostentamento, in particolare dall'attività di spaccio i mezzi di approvvigionamento dello stupefacente per il proprio consumo personale. Tale situazione giustifica appieno l'applicazione della misura di prevenzione della Sorveglianza Speciale di P.S., sussistendo i presupposti dell'art. 1 lett. a) b) d.lgs. 159/11.”

Il Giudice precisa che: *“Peraltro, atteso che l'attività del proposto non si caratterizza per particolare propensione a commettere reati muovendosi sul territorio, l'obbligo di soggiorno nel Comune di dimora non presenterebbe specifica idoneità a contenerne la pericolosità sociale, laddove porrebbe limitazioni poco funzionali al proseguimento del programma terapeutico in atto presso il Ser. T. di Bordighera e alla ricerca di un'attività lavorativa.*

Infine, tenuto conto che la commissione di reati appare prevalentemente commessa allo stato di tossicodipendenza, per il quale egli ha in corso programma di recupero presso il Ser. T., appare sufficiente l'applicazione della Sorveglianza Speciale per la durata di un anno.” (decr. n. 13/15).

In altro caso il Questore avanza la proposta della sorveglianza

speciale per tre anni, il Giudice della prevenzione la dispone per anni uno.

Pericolosità manifestata fin da giovanissima età (plurimi precedenti per furti consumati o tentati fin dal 1995, reati in relazione al porto d'armi e connessi agli stupefacenti), spregiudicatezza da ultimo manifestata nell'indirizzare al reato il nipote (si noti il segnalamento del ragazzo, adolescente, per spaccio di marijuana nell'antibagno della scuola frequentata).

Nel 2006 viene sottoposto ad avviso orale, nel 2007 a FVO, misure violate per la commissione di nuovi reati; subisce poi una segnalazione per violenza privata e atti persecutori nei confronti della sorella, convivente con l'anziana madre, al fine di impossessarsi dell'alloggio e della pensione di quest'ultima.

Disoccupato, non risulta aver mai svolto attività lavorativa regolare, viene più volte segnalato in compagnia di noti pregiudicati tra il 2013 e il 2015.

Nonostante i benefici concessi e le M.P. disposte il soggetto incurante degli stessi poneva in essere sempre nuovi reati; pertanto "non vi è prova di una volontà di revisione critica e intento di reinserimento nel sociale, né di un'attività lavorativa stabile e lecita. L'applicazione di MP specie per il fine cui la stessa tende, per sua natura si impone. Congrua ed adeguata appare la misura richiesta. Circa la durata, appare possa ritenersi adeguata la misura minima di anni 1 allo scopo di verificare e saggiare la credibilità del soggetto." (decr. n. 16/15).

L'accoglimento dell'istanza di sorveglianza con annesso obbligo di soggiorno per tre anni si impone per il prevenuto, già sottoposto alla misura nel 2009, al momento della procedura di prevenzione detenuto per traffico internazionale di cocaina.

Nel decreto si sottolineava: personalità violenta, attività criminosa sviluppata in reati contro il patrimonio.

Nel 2012 veniva rigettata l'istanza di revoca: sia perché, già dopo un mese dalla notifica, era stato trovato fuori casa, in orario notturno, in compagnia di pregiudicati, sia soprattutto perché si era reso irreperibile per un anno.

Finita la misura nel febbraio 2013, nell'estate risultava coinvolto in un vasto traffico internazionale di cocaina (Ordinanza cautelare del G.i.p di Genova confermata dal Riesame).

Veniva prodotta dalla difesa documentazione dell'attività commerciale svolta dal proposto in Montenegro, negli anni dal 2010 al 2013, con ciò - loro malgrado - comprovando la violazione degli obblighi della sorveglianza speciale.

Inoltre risultano denunciati nel corso degli anni redditi assolutamente trascurabili, e nulla riguardo alla società in Montenegro. Conclude il Giudice: "Il complesso dei comportamenti sopra detti, compresa l'evasione fiscale, dimostra come L. non abbia mai avuto alcuna volontà di rispettare le leggi: si impone l'applicazione della misura. Visto i contatti con il Sudamerica - e con l'Estero in generale - si impone l'annessione dell'obbligo di soggiorno." (decr. n. 17/15).

Notevole il caso del soggetto con a carico significativi precedenti penali, sia per reati contro il patrimonio sia contro la persona, legato alla criminalità locale di origine calabrese, che manifestava fin da minorennità personalità violenta ed incline al delitto. In particolare viene rilevato come, dopo svariate condanne per furto, ricettazione, violenza privata, danneggiamento, resistenza a P.U. e lesioni riportate presso l'Autorità Giudiziaria minorile, nel '98 appena ventenne riportava la condanna a otto anni per tentato omicidio e detenzione illegale di armi. Seguiva serie pressoché ininterrotta di altre condanne, fino a riportare un cumulo di pena pari a circa 15 anni di reclusione, che finiva di estinguersi nel 2007.

Più recentemente viene condannato a tre anni e otto mesi per lesioni gravi, dando conto di una personalità nettamente violenta e vendicativa.

Detenuto in custodia cautelare nuovamente per lesioni gravi, accertate frequentazioni criminali anche di pregiudicati di notevole spessore criminale gravitanti in contesti di criminalità organizzata, il giudizio di prevenzione si chiude così:

"In conclusione lo spessore criminale e la personalità estremamente violenta ed incline al delitto manifestata dal V., maturata attraverso i gravi delitti contro la persona commessi in giovane età, ma recentemente attualizzata dai gravi fatti di sangue che ne confermano l'indole vendicativa e denotano a tutt'oggi elevatissima aggressività, assoluta incapacità di autocontrollo, totale disprezzo per le istituzioni, unitamente alla caratura criminale che gli viene autorevolmente riconosciuta nel panorama locale, attestata dalla frequentazione e vicinanza con soggetti gravitanti in contesti di criminalità organizzata, complessivamente denotato una perdurante e concreta ed attuale pericolosità sociale". (decr. n. 18/15).

Similmente è accolta la richiesta di applicazione della misura con annesso obbligo di soggiorno, nel caso del destinatario gravato da precedenti penali e di polizia, soprattutto per furti, detenzione abusiva di armi, reati inerenti gli stupefacenti, commessi fin dal suo ingresso in Italia nel 2007.

Nel 2013 risulta dedito in maniera continuativa allo spaccio di cocaina, non prestava alcuna attività lavorativa, eccetto quella di body guard, al solo scopo di risultare formalmente in regola per l'affidamento in prova ai servizi sociali, mentre intratteneva rapporti con pregiudicati di notevole spessore criminale gravitanti in ambienti della criminalità organizzata di matrice 'ndranghetista (appare anche nell'ambito del processo La Svolta);

"In conclusione - afferma il Giudice della prevenzione - i numerosi e gravi precedenti penali, particolarmente allarmante quello inerente la detenzione abusiva di arma alterata, gli esiti di recenti indagini evidenziando una perdurante attività illecita nel settore dello spaccio di stupefacenti, frequentazione di pregiudicati e la particolare vicinanza con soggetti gravitanti in ambienti di criminalità organizzata, l'assenza di un'attività lavorativa lecita, complessivamente denotato una perdurante, concreta ed attuale pericolosità sociale". (decr. n. 19/15).

In altro caso viene disposta la sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno per tre anni in quanto trattasi di soggetto pluripregiudicato con condanne fin dal 1990, perlopiù per reati contro il patrimonio e connessi al mondo degli stupefacenti (innumerevoli furti e violazioni della normativa sul porto d'armi); ultima condanna passata in giudicato riguarda un'estorsione tentata, commessa nel 2010.

Già sottoposto a misura di prevenzione (sorv. spec. per tre anni nel 2005, poi aggravata con l'obbligo di soggiorno per un anno nel 2008), riportando ulteriori condanne per plurime violazioni alle prescrizioni; una volta cessata, nel 2011 non risulta aver cambiato condotta (nota CC Ventimiglia del 20/11/2014 da cui risultano plurime denunce tra 2013 e 2014 per furti, spaccio di stupefacenti, ed evasione); il 18/10/14 veniva arrestato perché trovato alla guida di un'auto rubata sotto effetto di stupefacenti, con al suo interno altra refurtiva.

È sempre stato trovato in tutti i controlli in compagnia di pregiudicati anche per reati inerenti sostanze stupefacenti e armi, socialmente pericolosi. Attualmente risulta privo di lavoro e cancellato dalle liste di collocamento.

Per il Giudice della prevenzione la conclusione è che "sussistono tutti i presupposti per sottoporlo alla misura di prevenzione richiesta; che infatti il R. ha numerosissimi precedenti per reati contro il patrimonio, è tossicodipendente e nonostante la pregressa misura non risulta aver cambiato condotta come attestano le denunce per reati commessi posteriormente con ciò comprovando che trattasi di persona che vive abitualmente di attività delittuosa e attualmente pericoloso socialmente." (decr. n. 23/15).

A fronte della richiesta della sorveglianza semplice, viene disposta la sorveglianza con annesso obbligo di soggiorno per un anno, nei confronti del proposto gravato da due precedenti penali per fatti commessi quando era minorenni (un furto e una rapina continuata).

Secondo il Giudice della prevenzione *“Il K. non ha mai mostrato alcuna volontà di ravvedimento ed anzi ha continuato a non rispettare la legge e a commettere reati”*, poiché infatti dopo pochi mesi dall'aver ricevuto l'avviso del Questore (13/03/14), viene trovato in due occasioni in possesso di (seppur modesti) quantitativi di hashish.

Sempre in quel periodo (maggio 2014) viene denunciato per vendita di prodotti dal marchio contraffatto; sottoposto a misura cautelare dell'obbligo di presentazione alla P.G., poi aggravata negli arresti domiciliari, poi ancora aggravata nella custodia in carcere.

Viene indicato come assiduo consumatore di cocaina ed emerge dagli atti *“un'impressionante e ininterrotta frequentazione di pregiudicati (legata al mondo degli stupefacenti)”*; non risulta d'altra parte svolgere alcuna attività lavorativa.

Pertanto *“dagli elementi sopra evidenziati emerge la pervicace insensibilità del K. ai moniti dell'Autorità di P.S. Il suo recente coinvolgimento in attività illecite, la frequentazione di pregiudicati, il consumo di stupefacenti. Palese è la non avvenuta rescissione del legame con ambienti criminali e l'inclinazione al delitto del proposto.”*

Dunque gli elementi riportati rivelano un'immanente e concreta pericolosità del K. che giustifica appieno l'applicazione della misura richiesta.

L'esigenza di un controllo pregnante sul proposto rende necessario annesso alla SS anche l'obbligo di soggiorno nel comune di residenza. La giovane età dell'imputato e una valutazione ponderata della pericolosità dello stesso (che pur sussistente non si appalesa come spiccata) fanno propendere per una durata non elevata della misura.” (decr. n. 25/15).

Infine, per il prevenuto già sottoposto alla misura sorveglianza speciale per tre anni nel 1993, eseguita a distanza di molti anni, terminata nel 2012, a carico del quale risultano numerosi precedenti penali per gravi reati (commessi a partire dal 1990, tra cui stupefacenti, rapina, ricettazione, resistenza a P.U., detenzione di armi); che anche negli ultimi anni, e anche negli anni di esecuzione della misura, ha continuato a serbare condotte che dimostrano l'assenza di una sua volontà di ravvedimento, continuando a non rispettare la legge e a commettere reati, oltre a riportare segnalazioni per plurime violazioni della misura.

Più recentemente (2014) viene denunciato per tentato furto in abitazione, e arrestato per possesso di droga (200 gr. di hashish); pendente anche un procedimento per violazione della misura, oltre alla frequentazione di pregiudicati di non modesta natura criminale e l'assenza di un'attività lavorativa stabile, che dimostra una *“pervicace volontà di non mutare stile di vita e continuare a serbare condotte delittuose”*. (decr. n. 26/15).

3. Non attualità della pericolosità.

Nel caso del rigetto della richiesta del Questore della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno nei confronti del destinatario con a carico reati gravi e numerosi fin dal 1979: stupefacenti, armi, falsificazione di monete, tentato omicidio, rapina, falso e ricettazione di prodotti contraffatti, maltrattamenti in famiglia, un vasto traffico di stupefacenti nella zona di Albenga e un sequestro di persona; dal 2006 al 2009 una vasta indagine della Squadra Mobile di Imperia, poi condotta dalla D.D.A. di Genova, fa emergere come il proposto risultava pesantemente coinvolto in una organizzazione criminale operante nella zona di Sanremo, formata da soggetti napoletani, dedita al

traffico di stupefacenti, a reati contro il patrimonio, allo sfruttamento della prostituzione, al commercio di prodotti con il marchio contraffatto.

In particolare *“circa quest'indagine, di pericolosità veramente allarmante, l'A. risultava come elemento di supporto per l'organizzazione criminale. Tuttavia questa risulta conclusa con il provvedimento di archiviazione.”*

Accertate altresì frequentazioni di pregiudicati, anche di notevole spessore criminale nel panorama locale.

Il Giudice della prevenzione motiva così il rigetto della richiesta:

“In questa sede deve rilevarsi che in effetti sussisterebbero tutti i presupposti per l'applicazione al prevenuto della sorveglianza speciale come richiesta dal Questore, sia per le denunce di cui è stato oggetto, tutte per reati gravi, sia per le frequentazioni accertate, con soggetti pregiudicati, sia per le condanne subite. In realtà però non può farsi a meno di osservare che tutti i fatti rilevanti si riferiscono al periodo fino al 2009, data dell'indagine della DDA di Genova, che si è conclusa con l'archiviazione.”

“Nel periodo successivo il soggetto risulta aver intrapreso un'attività economica in Diano Marina e da allora non sono stati più segnalati fatti rilevanti ai fini di questa procedura. Visto il tempo trascorso senza rilievi di nota, almeno tre anni, è venuto meno il requisito specifico per l'applicazione della misura della sorveglianza speciale dell'attualità della pericolosità sociale, della abitualità nei traffici illeciti e del sostentamento derivante da tali traffici.” (decr. n. 2/15).

In altro caso viene rigettata la richiesta della sola sorveglianza speciale con le seguenti motivazioni:

“Con riferimento a tali elementi il Collegio rileva che:

- le precedenti condanne passate in giudicato riguardano episodi prevalentemente di violenza nei confronti di pubblici ufficiali commessi nell'ambito di arresti e nel periodo dal 2001 al 2010;

- la frequentazione con pregiudicati è stata accertata rispettivamente nel 2005 e nel 2008;

- la segnalazione per tossicodipendenza è del 2004.

Unici indizi più attuali riguardano il recente arresto del 2014 in materia di spaccio (reato di indole differente dai precedenti) e l'assenza di una attività lavorativa regolare.

La personalità che emerge è di un soggetto che negli anni 2001/2010 è risultato poco incline al rispetto delle Forze dell'Ordine e con un passato delinquenziale che nasce in età minore - come si evince dai precedenti penali nati il Tribunale dei Minorenni - ma che al contempo negli ultimi anni appare essersi allontanato dall'ambiente criminale.

Gli unici episodi più recenti, infatti, non possono essere ritenuti sufficienti a delineare una pericolosità concreta e attuale del prevenuto, così come richiesto dalla giurisprudenza ormai costante sul punto della Suprema Corte (ex multis Cass. n. 23641 del 11/02/2014 C.e.d. 260104). L'attività di spaccio non è stata tutt'ora giudicata e l'assenza di lavoro regolare è una situazione che, in mancanza di altri riscontri certi che confermino che il medesimo viva abitualmente dei proventi dei reati, risulta comune a molti giovani e pertanto non può caratterizzare il prevenuto per inclinazione delinquenziale.” (decr. n. 9/15).

Appare utile una breve riflessione sulla sentenza appena citata (Cass. Pen., sez. I, n. 23641 del 11/02/2014), nella quale viene affermato l'innovativo principio secondo cui *«La pericolosità attuale del soggetto è presupposto applicativo generale, da riferirsi ad ogni categoria criminologica specifica, derivante dalla detta previsione di legge, oltre che dal necessario rispetto dei principi costituzionali sul tema»*.

Ciò sta a significare che per ciascuna delle categorie di pericolosità delineate dall'art. 4 d.lgs. n. 159/11, è onere dell'organo dell'accusa indicare, ai fini dell'applicabilità della misura di prevenzione personale, elementi di fatto idonei a individuare l'attualità della pericolosità sociale, senza possibilità di ricorrere a

presunzioni. (4) La Corte compie un ulteriore “passaggio” verso il riconoscimento di principi che consentono alle misure di prevenzione, personali e patrimoniali (trovando queste ultime il presupposto nell’applicabilità di quelle personali), di corrispondere agli “standard” non solo costituzionali, ma anche della C.e.d.u. La sentenza pone in rilievo la natura “essenziale” del giudizio di pericolosità unitamente alle modalità (e al dovuto rigore) nel suo accertamento: «Il giudizio di pericolosità espresso in sede di prevenzione va scisso – nelle sue componenti logiche – in una prima fase di tipo «constatativo» rapportata alla importazione di dati cognitivi idonei a rappresentare l’avenuta condotta contraria alle ordinarie regole di convivenza tenuta – in passato – dal soggetto proposto (tra cui, ovviamente, ben possono rientrare i pregiudizi penali derivanti dall’accertamento di fatti costituenti reato), cui si unisce una seconda fase di tipo essenzialmente prognostico, per sua natura alimentata dai risultati della prima, tesa a qualificare come «probabile» il ripetersi di condotte antisociali, inquadrare nelle categorie criminologiche di riferimento previste dalla legge. L’esistenza di tale duplice profilo consente – anche in chiave di rispetto dei valori costituzionali di tutela dell’individuo – di adottare le limitazioni alla sfera di libertà del soggetto raggiunto da tale prognosi».

La Corte sottolinea l’importanza delle modalità del giudizio di prevenzione che «si alimenta in primis dall’apprezzamento di «fatti» storicamente apprezzabili e costituenti a loro volta «indicatori» della possibilità di iscrivere il soggetto proposto in una delle categorie criminologiche previste dalla legge (la parte constatativa e dunque ricostruttiva del giudizio). Il soggetto coinvolto in un procedimento di prevenzione, in altre parole, non viene ritenuto «colpevole» o «non colpevole» in ordine alla realizzazione di un fatto specifico, ma viene ritenuto «pericoloso» o «non pericoloso» in rapporto al suo precedente agire (per come ricostruito attraverso le diverse fonti di conoscenza) elevato ad «indice rivelatore» della possibilità di compiere future condotte perturbatrici dell’ordine sociale costituzionale o dell’ordine economico e ciò in rapporto all’esistenza di precise disposizioni di legge che «qualificano» le diverse categorie di pericolosità». (5)

La richiesta di misura con annesso obbligo di soggiorno per tre anni viene rigettata, in altro caso, poiché dalla lettura degli atti emerge che il precedente in materia di armi citato dal P.M. consiste in una contravvenzione per omessa custodia (ex art. 20 c. 2 l. 110/75), sanzionata con soli 100 euro di ammenda a seguito di decreto penale e, pertanto, non indice di una particolare pericolosità. Il destinatario ha poi quale unico altro precedente una tentata estorsione, ma per fatto assai risalente (1997). Ha poi una pendenza per insolvenza fraudolenta (2011) e un’altra per alcuni fatti di truffa e di ricettazione (2012).

Egli risulta poi imparentato, per il tramite della moglie, con due esponenti della criminalità organizzata locale, oltre ad essere rimasto coinvolto in una vicenda estorsiva ai danni di un collaboratore di giustizia, senza tuttavia essere mai stato indagato o imputato.

Secondo il Giudice della prevenzione “Il proposto non risulta rientrare nella categoria dei soggetti di cui all’art. 1 lett. a) d.lgs. 159/2011, non emergendo da quanto agli atti elementi sufficienti di fatto per dimostrare che sia dedito a traffici delittuosi in modo abituale; neppure risulta rientrare per la condotta e il tenore di vita nella categoria di coloro che vivono abitualmente anche in parte con i proventi di attività delittuose. Non risultano tali elementi né dalla gravità dei precedenti, né dalle pendenze, scarsamente significative in tal senso, né indicative di una pericolosità generica quale quella richiesta dall’art 1 lett. a) e b). Quanto ai rapporti con i pregiudicati, in realtà dagli atti emergono due sole circostanze (...). I rapporti con questi soggetti, ben si spiegano per la lontana parentela che li lega, parentela

che peraltro non può essere di per sé sola sintomatica di un inserimento nell’ambiente malavitoso degli stessi.

Quanto poi all’attività lavorativa allo stato non vi sono motivi per dubitare che il proposto lavori presso l’azienda agricola del padre come asserito, seppur senza alcuna regolarizzazione della sua posizione”. (decr. n. 10/15).

In altro caso in cui il Giudice della prevenzione rigetta la proposta del P.M. della sorveglianza speciale con annesso obbligo di soggiorno, nei confronti di cittadino straniero che aveva riportato una condanna (ex art. 73, c. 5, L. 309/1990 nel 2006) e un’applicazione di pena ex art. 444 c.p.p. (sempre per stupefacenti, nel 2009), la cui condizione di tossicodipendente si ritiene “incontestabile”.

Quanto alle “pendenze” risultano una contravvenzione ex art. 116 C.d.S., conseguente ad una mancata conversione della patente marocchina in quella italiana e un rientro nell’abitazione in cui scontava la detenzione domiciliare con un ritardo di dieci minuti (senza che il citato ritardato rientro abbia comportato revoca della misura alternativa alla detenzione in carcere.)

Con riferimento alle attività lavorative svolte dal proposto la difesa ha evidenziato che questi lavora da quasi due anni nella macelleria del padre ad Imperia, attività per la quale ha svolto il corso da alimentarista. Il Giudice della prevenzione deve rilevare, pertanto, “un positivo mutamento di rotta nella condotta del proposto, rispetto ad un passato in cui lo stesso non si dedicava ad attività di lavoro continuative. Anche il dato delle frequentazioni di pregiudicati non pare significativo: invero nell’elenco allegato all’istanza sono contemplati i nominativi di vari soggetti, taluni dei quali indicati come pregiudicati, senza che sia però evidenziata la natura e gravità dei reati e delle condanne riguardanti gli stessi; in secondo luogo molte delle frequentazioni riguardano tossicodipendenti, evidentemente uniti al B. dall’abitudine al consumo di droga a cui il proposto era dedito; taluni dei soggetti indicati sono poi persone con le quali il proposto ha legami di parentela o che comunque non risultano coinvolte in attività delinquenziali; tra tali persone (identificate in ben quattro episodi) figura l’attuale moglie e convivente del proposto, dato, ovviamente, scontato e privo di una specifica rilevanza.

Risulta invece rilevante il fatto che l’imputato non ha procedimenti penali pendenti per fatti che possano suscitare un serio allarme sociale; ha esercitato attività lavorativa in modo sempre più stabile; ha una relazione familiare stabile.

Questo Tribunale ritiene, pertanto, che gli elementi adottati nella richiesta formulata dal PM non siano idonei a dimostrare che il B.:

- sia soggetto dedito attualmente a traffici delittuosi;
- che, per condotta e tenore di vita serbati, lo stesso tragga abitualmente i mezzi di sostentamento da attività illecite;
- che sia soggetto attualmente pericoloso per la sicurezza pubblica.

Si sottolinea, sotto quest’ultimo, determinante profilo, che nel caso in esame non sono stati prodotti elementi utili a dimostrare l’immanenza e, quindi, l’attualità della pericolosità sociale del proposto, smentita da un mutamento (auspicabilmente in via di consolidazione) del modus vivendi dello stesso. V. Cass. Sez. 1, n. 23641 del 11/02/2014 Mondini”. (decr. n. 14/15).

Secondo la sentenza citata in particolare “In tema di misure di prevenzione personali, la valutazione del requisito di attualità della pericolosità sociale deve essere effettuata per tutte le categorie dei soggetti indicati nell’art. 4 d.lgs. n. 159 del 2011, che possono essere assoggettati a misure di prevenzione personali con la conseguenza che, non essendo ammissibile una presunzione di pericolosità derivante esclusivamente dall’esito di un procedimento penale, è onere del giudice verificare in concreto la persistenza della pericolosità del proposto, specie nel caso in cui sia decorso un apprezzabile periodo di tempo tra l’epoca dell’accertamento in sede penale e il momento della formulazione del giudizio sulla prevenzione (...)”.

Caso simile, quello in cui viene rigettata la richiesta di misura con annesso obbligo di soggiorno per la durata di tre anni, nei confronti del destinatario che aveva riportato due condanne in materia di stupefacenti (un patteggiamento ex art. 73, c. 1, L. 309/1990, e un decreto penale di condanna per violazione dell'art. 4 L. 110/75, 1200 euro di ammenda); parimenti viene ritenuta "incontestabile" la sua condizione di tossicodipendente.

Ha ricevuto l'avviso orale del Questore nel luglio 2010 e ha a carico una sola "pendenza", che concerne il rinvio a giudizio per il medesimo fatto appena sopra indicato, oggetto di sentenza definitiva (che, dunque, nella relazione dell'Autorità procedente viene richiamato altresì quale "precedente penale").

Quanto alle attività lavorative vengono documentate dalla difesa plurime attività, ignorate dall'informativa dei CC.

Il dato delle frequentazioni di pregiudicati poi "non pare significativo" poiché "invero nell'elenco allegato all'istanza vengono indicati i nomi di vari soggetti, taluni dei quali indicati come pregiudicati, senza che sia però evidenziata la natura e gravità dei reati e delle condanne riguardanti gli stessi; in secondo luogo molte delle frequentazioni riguardano tossicodipendenti, evidentemente uniti allo I. dall'abitudine al consumo di droga a cui il proposto era dedito; taluni dei soggetti indicati sono persone con le quali lo I. ha legami di parentela o comunque non risultano coinvolti in attività delinquenti; tra tali persone figurano l'attuale compagna del proposto e il padrino di battesimo della figlia. In ogni caso, a partire dal 2011, non consta più la frequentazione di pregiudicati da parte dello I. (...)"

"Risulta rilevante invece il fatto che l'imputato non ha precedenti penali pendenti; ha esercitato attività lavorativa in modo sempre più stabile; ha instaurato una relazione familiare stabile". (decr. n. 15/15).

La richiesta basata su una lunga serie di condanne per reati contro il patrimonio, da ultimo una condanna per truffa e falso, oltre due pendenze (truffa e furto), la frequentazione di pregiudicati e l'assenza di una stabile attività lavorativa, tuttavia non viene accolta per le seguenti motivazioni.

Tutti i precedenti irrevocabili o pendenti si riferiscono, comunque, a fatti anteriori al 2006, mentre in epoca successiva non figurano denunce; la vicenda giudiziaria più eclatante è rappresentata da un arresto nel 2005 per tentato sequestro di persona e si è risolta con un'assoluzione piena; anche le frequentazioni si riferiscono a epoca anteriore al 2006. Secondo il Giudice della prevenzione "la segnalazione dei CC non risulta aggiornata nemmeno sotto il profilo patrimoniale" poiché infatti "gli accertamenti sarebbero incompleti e non esauritivi, non tenendo conto delle svariate attività imprenditoriali e commerciali in passato gestite da M. attraverso la creazione di varie società (egli risultava tra i principali contribuenti della città di Sanremo), inoltre essendo limitati al 2011 e quindi superati dall'attuale titolarità di assegno sociale in capo a M. e di pensione di reversibilità in capo alla convivente, recentemente beneficiari entrambi di ulteriori introiti per un'indennizzo assicurativo ottenuto dal M. nel 2013 e un'eredità ricevuta dalla convivente nel 2014."

"Si reputa che al di là dei trascorsi giudiziari anche eclatanti, la situazione complessiva di M. non evidenzia una pericolosità sociale per la sicurezza pubblica persistente allo stato attuale.

In effetti i precedenti penali si riferiscono a reati contro il patrimonio non particolarmente allarmanti (truffe, appropriazioni indebite) e comunque risalenti oltre 10 anni addietro (fatti commessi fino al 2004-2006).

I contatti con pregiudicati, spiegati dettagliatamente dalla difesa in riferimento alle singole circostanze e occasioni d'incontro, risultano co-

munque risalenti allo stesso periodo, mentre non si registrano frequentazioni in epoche successive.

La situazione patrimoniale è contrassegnata in oggi da una seppur minima sicurezza economica determinata dalla percezione di assegni pensionistici.

Le condizioni di salute del M. risultano attualmente compromesse da una grave forma di aneurisma aortico richiedente delicato intervento chirurgico.

In assenza di elementi significativi supportanti una prognosi di probabile recidiva, in oggi il Tribunale non riscontra in capo al M. quella pericolosità sociale perdurante, concreta ed attuale, presupposto per l'applicazione delle M.P." (decr. n. 20/15).

Si coglie lo spunto per ricordare i principi della giurisprudenza della Suprema Corte in materia di condizioni di salute e misure di prevenzione e in specie:

Le condizioni di salute, anche gravi, sono irrilevanti ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione, una volta accertato che esse non eliminano le manifestazioni comportamentali illecite e quindi la pericolosità sociale. (Cass. pen., sez. VI, n. 35653/2003).

Ai fini dell'accertamento della pericolosità sociale nel procedimento di prevenzione ben possono essere considerate le condizioni di salute del soggetto, non essendo da escludere in qualche caso che esse, per la loro natura e gravità, siano tali da eliminare l'eventualità di manifestazione illecite e quindi, la possibilità di pericolosità per la società. Tuttavia, una volta accertata la pericolosità di una persona anche se malata, lo stato di salute non ha più rilievo al fine di escludere l'applicazione della misura che la pericolosità comporta, potendo spiegare effetti soltanto nei limiti della pratica esecuzione della misura medesima. (Cass. pen., sez. I n. 350/1984).

Nella richiesta del Questore di applicazione della sorveglianza speciale con annesso obbligo di soggiorno per quattro anni, si rappresenta il soggetto come socialmente pericoloso, che ha posto in essere sin da giovane età reati contro il patrimonio; noncurante e insofferente alle prescrizioni, avendo già violato più volte le prescrizioni delle M.P., degli arresti domiciliari presso una comunità, ha subito anche la revoca del beneficio del lavoro all'esterno in regime detentivo.

Viene evidenziata, altresì, la mancanza di una stabile attività lavorativa o fonte di reddito certa, oltre la frequentazione abituale di soggetti pregiudicati.

Tuttavia, la richiesta viene rigettata poiché "Ritiene il Collegio che le valutazioni espresse dalla Procura non vadano condivise e che le risultanze in atti impongano un diniego allo stato della richiesta non risultando in atti prova dell'attualità della pericolosità del soggetto che occupa.

Vero che trattasi di soggetto gravato da plurimi precedenti, ma è anche vero che trattasi di soggetto che ha posto in essere violazioni perlopiù da minorenni e comunque risalenti all'ormai lontano 2009, e che da ultimo (2011) ha fruito della concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale che si è concluso con esito positivo. (...)"

"Poiché nulla è dato sapere successivamente a tale data, in oggi non può essere formulata una prognosi di attuale di pericolosità ed anzi deve ritenersi intervenuto un graduale reinserimento sociale.

Non induce a contrario convincimento la circostanza rappresentata dalla frequentazione di pregiudicati. Intanto non vi è prova della abitudine e, comunque, non vi è prova in atti dell'attualità della circostanza. Il soggetto, da quanto consta, ha svolto attività lavorative, seppur saltuarie, in questi anni (l'esito positivo dell'affidamento in prova ai servizi sociali ne è prova) e non consta conduca un tenore di vita superiore alle sue contenute possibilità." (decr. n. 22/15).

Da ultimo, interessante il rigetto della richiesta di misura con annesso obbligo di soggiorno della durata massima di cinque anni, insieme alla richiesta della confisca dei beni, nei confronti di un collaboratore di giustizia in stato di protezione sotto falsa identità unitamente alla famiglia.

La giurisprudenza ha esaminato più volte l'applicabilità della misura di prevenzione ai collaboratori di giustizia, in particolare se sottoposti allo speciale programma di protezione, affermando che:

Ai fini della verifica sulla permanenza del requisito della pericolosità sociale in capo a colui che è sottoposto a una misura di prevenzione, e che, successivamente, sia stato ammesso al programma di protezione per i collaboratori di giustizia, il giudice deve accertare l'esistenza di elementi di fatto in grado di superare la presunzione, derivante dalla suddetta ammissione, che il proposto abbia reciso i legami con ambienti criminali. (Cass. pen., sez. VI, n. 17930/2013).

Ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione personali e patrimoniali nei confronti di persona ammessa al programma di protezione per i collaboratori di giustizia, il giudice della prevenzione resta comunque libero di operare apprezzamenti anche divergenti sul piano della pericolosità del "collaboratore", purché fondati su specifiche e significative emergenze; ma non può certo trascurare la circostanza che l'assunzione di quella condizione presuppone già un accertamento di qualità personali e di elementi di fatto che – come l'importanza del contributo collaborativo, l'attendibilità intrinseca – non richiedono alcuno specifico onere dimostrativo da parte dell'interessato ai fini dello scrutinio circa l'esistenza o il permanere della pericolosità sociale. (Cass. pen., sez. II, n. 20612/2004).

Ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione personali e patrimoniali la normativa vigente non contempla, a differenza di quanto accade in altri settori dell'ordinamento, alcun beneficio a favore dei "collaboratori di giustizia", nei cui confronti il giudizio prognostico concernente l'esistenza ed il livello di pericolosità resta collegato alla personalità del prevenuto, intesa in tutte le sue estrinsecazioni, e quindi ad elementi attendibili di natura necessariamente soggettiva; di talché è irrilevante, ai fini della formulazione di una favorevole previsione di non pericolosità, la semplice allegazione della suddetta qualità, non accompagnata dall'indicazione di elementi di riscontro in grado di convincere della sussistenza di un concreto e fattivo ripensamento del prevenuto in ordine alle sue pregresse esperienze ed ai suoi progetti di vita. (Cass. pen., sez. II, n. 1044/1995).

In linea generale si afferma che il giudizio di pericolosità sociale nella materia della prevenzione è diverso dalla mera valutazione della collaborazione nel processo penale, essendo ancorato a parametri che richiedono una proiezione valutativa sulla condotta di vita futura del soggetto e al grado di probabilità che questi permanga nella propria condizione di soggetto dedito alla commissione di taluni reati o di attività tipiche delle associazioni di tipo mafioso.

Il proposto-collaboratore, nel caso di specie, risulta pluripregiudicato, con precedenti fin dal lontano 1986 per reati contro il patrimonio ed in materia di stupefacenti. Viene sottoposto dal Tribunale di Trapani alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale per un anno nel 1995, dopodiché seguono altre condanne per reati contro il patrimonio negli anni '98 e '99. Nel 2001 viene condannato per associazione per delinquere e nel 2006 per rapina e detenzione di armi (ma relativamente a fatti commessi nel 1995).

Da allora non risultano altre condanne definitive.

Nella richiesta del P.M., reiterata in fase di discussione, si evidenziano numerosissime frequentazioni con noti esponenti della

criminalità organizzata locale, pendenze per reati anche gravi, nonché l'anomalia di un patrimonio immobiliare conseguito con sospetta facilità.

Quanto a più recenti precedenti viene indicato un episodio del febbraio 2010, in relazione al quale viene accusato di tentata estorsione riguardo la fornitura della zona imperiese di macchine distributrici di alimenti e bevande, attribuita a una ditta a lui concorrente, reato per il quale è stato condannato in primo grado con sentenza del 30/9/2013. Inoltre va segnalata la recente condanna per falso per fatti del 12/4/2010 (sent. Tribunale di Imperia 20/5/2015) quando il proposto, che aveva appena avviato la sua attività, ne comunicava al Comune l'inizio, dichiarando di essere in possesso dei requisiti ed, in sostanza, omettendo di attestare i suoi precedenti per rapina ed estorsione. Nel 2012 veniva chiesto nei suoi confronti il rinvio a giudizio per il reato di cui all'art. 12 *quinquies* d.lgs. 306/1992 per intestazioni fittizie di quote societarie al fine di eludere una possibile misura di prevenzione patrimoniale e, comunque, al fine di far comparire come formale gestore della società un "soggetto pulito", pur rimanendo egli stesso amministratore di fatto.

Poi per anni risulta continuare ad avere rapporti con soggetti legati al luogo di origine (a titolo esemplificativo, parlando con un "compare" ancora nel marzo 2011 si informa su "chi comanda a Castelvetro").

Vanno infine segnalati una serie di atti interdittivi della Prefettura Imperia per il pericolo di infiltrazione mafiosa in grado di condizionare la sua attività imprenditoriale.

Dopo questi fatti non risultano altre segnalazioni a carico, ad eccezione di una nota della Prefettura di Imperia dell'8/10/14 in cui si segnala che I. "suole sottrarsi frequentemente al dispositivo di tutela".

Il Giudice della prevenzione, alla luce delle risultanze, conclude così in merito alla richiesta di applicazione di misura personale: "In sostanza sicuramente al momento della prima proposta dei CC del Comando Provinciale di Imperia del 7/4/2011 e anche della prima richiesta della Procura di Sanremo nel giugno 2012, vi erano molti elementi che potevano portare a disporre una misura di prevenzione personale.

Peraltro al momento attuale non risultano segnalazioni a carico di I. da almeno quattro anni, né come illeciti, né come frequentazioni. Attualmente il soggetto risulta lavorare con contratto a tempo indeterminato a Milano.

Gli accertamenti disposti presso gli Istituti di Credito non hanno dato risultati.

In questa situazione, totalmente differente rispetto al momento in cui la misura fu richiesta, non vi è prova di pericolosità attuale i sensi dell'art 1 e 4 lett. c) d.lgs. 159/11 e pertanto la misura personale non può essere disposta." (decr. n. 24/15).

4. Assenza di pericolosità.

Viene rigettata la richiesta di sorveglianza speciale, sulla base della documentazione acquisita proveniente dal Dipartimento di Salute Mentale di Imperia e dai servizi sociali competenti, inerente alle condizioni psicofisiche del proposto.

Il Giudice della prevenzione afferma in tale caso il principio per cui "Ritenuto che a fronte dei disagi manifestati dal ragazzo sin dalla minore età, anche e soprattutto per via dei gravi contrasti familiari (genitori separati da molti anni e contrasto con gli stessi) e dal 2013 ancor più manifestatisi per la perdita per intervenuto decesso del modello genitoriale di riferimento (nonna), il sostegno dei SS ancora in corso, quello del Dipartimento di Salute Mentale e del Ser.T., preservano dal rischio di agiti auto ed etero-aggressivi e consentono di ritenere non sussistente la pericolosità sociale rappresentata, trattandosi

di disagi psichici fronteggiabili ed allo stato contenibili nei detti modi.” (decr. n. 5/15).

Viene rigettata la richiesta del Questore di sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno ove si indicava il soggetto come pericoloso socialmente, poiché gravato da molti precedenti ‘di polizia’, che frequenta soggetti pregiudicati e da ultimo attinto da misura cautelare detentiva per fatti di stupefacenti.

Tuttavia il Giudice della prevenzione motiva così il rigetto della proposta: “Ritiene il Tribunale che le risultanze in atti non consentano di formulare un giudizio di pericolosità.

Innanzi tutto il G., cittadino italiano dal 2007, residente stabilmente a Sanremo, è gravato da plurimi precedenti di polizia per fatti di modesta entità, quali in principalità guida senza patente e in stato di ebbrezza. Inoltre il controllo in compagnia di pregiudicati è occasionale e non abituale. La misura cautelare detentiva è in oggi venuta meno, poiché annullata in sede di giudizio di Cassazione.

Il G. è soggetto incensurato e da sempre datosi a stabile attività lavorativa; non risulta avere un tenore di vita sproporzionato rispetto ai redditi che produce; sotto il profilo personale non risulta avere condotta censurabile, poiché vive stabilmente nella città di Sanremo con la madre.

Queste le risultanze in atti, appare al Tribunale che non ricorrano gli estremi per ritenere la pericolosità men che mai attuale. Sotto il profilo dell’attualità va peraltro evidenziato che nell’annotazione in atti si segnala come nessuna condotta da censurare sia stata posta in essere dal proposto nel 2014.” (decr. n. 21/15).

5. Misure di prevenzione e tossicodipendenza.

In tale caso, in cui viene accolta la richiesta di applicazione della sorveglianza speciale per tre anni, in quanto il destinatario si rivela insofferente alle prescrizioni e alla legge, il Giudice della prevenzione ha modo di rilevare “che pertanto sussistono tutti in presupposti per sottoporlo alla misura della sorveglianza speciale di P.S. richiesta ex art 4 e 6 d.lgs. 159/2011; che infatti C. è soggetto con numerosi precedenti e pendenze, tossicodipendente e privo di ogni autocontrollo e nonostante l’avviso orale sopra citato e i reiterati arresti non risulta aver cambiato condotta, come attestano i reati commessi posteriormente (...).”

“che va inoltre precisato che è incontrovertibile che la misura è applicabile agli assuntori di sostanze stupefacenti, pur essendo previste dall’art 75 bis d.p.r. 309/90 ulteriori e autonome misure di prevenzione cui il C. è già stato sottoposto e che possono convivere (...).” (decr. n. 4/15).(6)

Nel caso del soggetto tossicodipendente, risultato coinvolto anche recentemente in traffici di stupefacenti, indagini che evidenziano la persistente frequentazione di pregiudicati, e da ultimo arrestato in flagranza per reato contro il patrimonio (commesso addirittura in pendenza del procedimento di prevenzione), secondo il Giudice della prevenzione il suo inserimento nel contesto criminale del territorio “appare limitato alle quotidiane esigenze di consumo personale di sostanze stupefacenti” e “tenuto conto che la commissione di reati appare prevalentemente connessa allo stato di tossicodipendenza, per il quale egli ha in corso programma di recupero presso il Ser. T., appare sufficiente l’applicazione della Sorveglianza Speciale per la durata di un anno.” (decr. n. 13/15).(7)

In due casi la richiesta viene rigettata perché non è ravvisabile il presupposto dell’attualità della pericolosità e il Giudice della prevenzione ha ritenuto rilevante il fatto che si trattasse di soggetti tossicodipendenti, i cui precedenti inerivano tutti la materia degli stupefacenti, stato dal quale conseguivano, altresì, le frequentazioni di pregiudicati, uniti dall’abitudine al consumo di droga a cui i proposti erano dediti. (decr. nn. 14/15 e 15/15).(8)

Nell’esame per la modifica dei termini di applicazione della mi-

sura della sorveglianza speciale con annesso obbligo di soggiorno risalente al 2012, viene in rilievo che il prevenuto ha intrapreso un programma terapeutico di riabilitazione presso una comunità: risulta inserito in questa struttura dal 16 aprile 2012; più volte sono pervenute richieste della comunità terapeutica al fine di permettere uscite al sottoposto, frequentazioni di corsi di teatro, permessi per il fine settimana; risulta agli atti una relazione della comunità stessa del 27/01/2015 in cui si dà atto dei seri progressi raggiunti dallo stesso. Viene inoltre rilevato che durante tutto il 2013 e il 2014, contemporaneamente al lavoro educativo in comunità, L. ha iniziato a partecipare “con grande profitto ed energia” al laboratorio di teatro-terapia. E inoltre da qualche mese risulta aver stabilito una relazione affettiva che “appare stabile ed equilibrata”, aggiungendosi “che in sostanza sta affrontando ogni sfera della sua vita con impegno non trascurando di confrontarsi con gli operatori, che è più consapevole dei suoi limiti e mantiene un atteggiamento di umiltà che lo sostiene alla cautela e a proteggersi dalle situazioni di rischio. Detta valutazione viene ripetuta in data 23/03/2015 in cui si dà atto di un suo stile di vita sano, positivo e senza uso di sostanze stupefacenti.

Sulla base di tali risultanze il Giudice della prevenzione ritiene di modificare la misura di prevenzione in atto con la misura della sorveglianza speciale senza obbligo di soggiorno. (decr. n. 25/12 bis).

6. Misure di prevenzione e affidamento in prova.

Occorre rilevare che la giurisprudenza sull’argomento non è stata sempre chiara, a volte contraddicendosi sulla compatibilità dei due istituti e in particolare:

La misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza è compatibile con la sottoposizione del soggetto ad una misura alternativa alla detenzione, quale l’affidamento in prova al servizio sociale; le due misure possono, quindi, essere eseguite contemporaneamente, qualora il giudice della prevenzione rilevi la sussistenza dell’attualità della pericolosità sociale del proposto, fornendo adeguata motivazione anche alla luce degli elementi sopravvenuti all’esecuzione della misura. (Cass. pen., sez. I, n. 45277/2013).

Sussiste incompatibilità logico-giuridica tra le misure alternative alla detenzione e in particolare tra l’affidamento in prova al servizio sociale e le misure di prevenzione, sussistendo contraddizione in termini fra dichiarazione di pericolosità sociale e fiducia sull’idoneità del soggetto condannato a mantenere un comportamento socialmente adattato. Pertanto, nel caso di contemporaneità tra la misura alternativa dell’affidamento in prova al servizio sociale e la misura di prevenzione della sorveglianza speciale di P.S., quest’ultima deve essere revocata e riesaminata, con l’eventuale suo ripristino dopo la fine del trattamento, qualora sia accertata la persistente attualità delle condizioni legittimanti della misura di prevenzione. (Cass. pen., sez. I, n. 6213/1999).

Nell’ambito della giurisprudenza locale che stiamo esaminando, in un caso in cui l’Autorità procedente aveva fatto richiesta della sola sorveglianza speciale, ne viene disposta l’applicazione con annesso obbligo di soggiorno per tre anni.

Gravato da due precedenti penali per violazione della normativa sugli stupefacenti (2009 e 2013) viene sottoposto ad avviso orale del Questore, e poi di nuovo denunciato per ingiurie e lesioni. Accertata ed assidua la frequentazione di pregiudicati, soggetti legati alla criminalità organizzata anche di stampo mafioso o inseriti nel circuito del traffico di stupefacenti.

Il Giudice della prevenzione afferma dunque che: “Sussiste l’attualità della pericolosità del proposto (...). È stato scarcerato nell’ottobre 2014 ed è stato affidato ai servizi sociali. Il (sino ad ora) positivo

svolgimento della misura alternativa non incrina la valutazione di pericolosità attuale sopra evidenziata, atteso che la citata misura alternativa è in corso da pochissimi mesi.

Tale circostanza non consente di superare il dato della non avvenuta rescissione di un legame con ambienti criminali di spessore e l'inclinazione al delitto del proposto. (v. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 2844 del 15/12/1984, Loreto)." (decr. n. 12/15).(9)

Secondo la sentenza citata in particolare "(...) Non sussiste incompatibilità tra il regime di Affidamento in prova al Servizio Sociale e l'applicabilità delle misure di prevenzione. L'affidamento in prova, invero, si fonda soltanto su di un apprezzamento dei risultati dell'osservazione, che legittima la presunzione che le prescrizioni da imporre all'atto dell'affidamento siano sufficienti per la rieducazione del reo e per prevenire il pericolo che egli compia ulteriori reati. Ciò non confligge con un giudizio di pericolosità che si fonda, invece, su una valutazione globale dell'intera personalità del soggetto, quale risulta da plurime manifestazioni di vita del proposto. Pertanto, sul piano della pratica attenzione, posta la piena compatibilità logico-giuridica dei due istituti, l'esecuzione delle misure di prevenzione, in caso di contemporanea applicazione con l'affidamento in prova, resterà differita al momento in cui il condannato riacquista la libertà, fatta salva la possibilità di revoca o modificazione del provvedimento ove la pericolosità sia cessata".

Nell'ambito del rigetto della proposta del Questore della sorveglianza speciale con annesso obbligo di soggiorno per quattro anni, il Giudice della prevenzione rileva che: "trattasi di soggetto che ha posto in essere violazioni perlopiù da minorenni e comunque risalenti all'ormai lontano 2009 e che, da ultimo (2011), ha fruito della concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale che si è concluso con esito positivo, prova di un graduale reinserimento sociale." (decr. n. 22/15).(10)

7. Sorveglianza speciale e obbligo di soggiorno.

Più frequentemente si dà il caso in cui, a fronte della richiesta della misura della sorveglianza speciale con annesso obbligo di soggiorno, il Giudice della prevenzione respinga il secondo.

In diversi casi, tuttavia, si è potuto riscontrare anche il caso opposto, per il quale il Giudice ha ritenuto di applicare l'obbligo annesso, senza che l'Autorità procedente lo avesse inserito nella proposta.

È avvenuto nel caso di soggetto gravato da due precedenti penali in materia di stupefacenti, che, sottoposto ad avviso orale del Questore, viene denunciato appena un mese dopo. Assidua e abituale la frequentazione di pregiudicati, aggiungendosi che l'unica attività lavorativa svolta dallo stesso è stata quella inerente la gestione di un locale, utilizzato per lo svolgimento dell'attività di spaccio.

Secondo il Giudice della prevenzione, dunque, "gli elementi riportati rivelano un'immanente e concreta pericolosità dell'A., che giustifica appieno l'applicazione della misura della sorveglianza speciale. Sussistono pertanto tutti in presupposti per sottoporlo alla misura della sorveglianza speciale di PS. richiesta ex art. 1 lett. a) b) c) e 4 lett. c) L. 159/2011.

L'esigenza di un controllo pregnante sull'A. da parte delle forze di Polizia rende necessario ammettere alla Sorveglianza Speciale l'obbligo di soggiorno nel comune di residenza." (decr. n. 12/15).(11)

Similmente, nel caso di destinatario gravato da due precedenti penali per fatti commessi quando era minore di età, il Giudice della prevenzione, ritenendo che "il K. non ha mai mostrato alcuna volontà di ravvedimento ed anzi ha continuato a non rispettare la legge e a commettere reati", data la sua insensibilità ai moniti delle Autorità di P. S., oltre ad un suo recente coinvolgimento in attività illecite, la frequentazione di pregiudicati e il consumo di stu-

pefacenti, annette alla misura anche l'obbligo di soggiorno, al fine di garantire "l'esigenza di un controllo pregnante". (decr. n. 25/15).(12)

Parimenti, viene annesso l'obbligo di soggiorno alla misura applicata al prevenuto già sottoposto alla misura sorveglianza speciale per tre anni, a carico del quale emergono numerosi precedenti penali per gravi reati, commessi fin dal 1990, oltre segnalazioni per plurime violazioni della misura, continuando anche negli ultimi anni a non rispettare la legge e a commettere reati. Si aggiunge la frequentazione di pregiudicati (noti esponenti della criminalità locale) e l'assenza di un'attività lavorativa. Per tali motivi il Giudice della prevenzione ha ritenuto, "viste le reiterate violazioni alle prescrizioni correlate alla sorveglianza speciale già applicatagli in passato", la necessità di annettere alla misura l'obbligo di soggiorno nel comune di residenza. (decr. n. 26/15).(13)

Di contro, a fronte della richiesta dell'applicazione della misura con annesso obbligo di soggiorno per tre anni, viene disposta la sorveglianza speciale semplice, poiché "l'attività del proposto non si caratterizza per particolare propensione a commettere reati muovendosi sul territorio, l'obbligo di soggiorno nel Comune di dimora di Camporosso non presenterebbe specifica idoneità a contenere la pericolosità sociale, laddove porrebbe limitazioni poco funzionali al proseguimento del programma terapeutico in atto presso il Ser.T. di Bordighera e alla ricerca di un'attività lavorativa." (decr. n. 13/15).(14)

Rileva in tale sede anche la modifica di una misura applicata a partire dal 2012, in cui viene revocato l'obbligo di soggiorno alla luce dei positivi risultati raggiunti grazie al programma terapeutico intrapreso, in cui si dà atto di un suo stile di vita sano, senza uso di sostanze stupefacenti. In particolare si legge che "Alla luce di questa nuova situazione ritiene il tribunale di poter modificare la misura di prevenzione in atto con la misura della sorveglianza speciale senza obbligo di soggiorno. L'obbligo di soggiorno originariamente imposto al fine di meglio monitorare il soggetto anche in relazione ai suoi continui spostamenti per fatti illeciti, appare oggi non più necessario. Detto obbligo lo limiterebbe nella attività lavorativa presso la cooperativa associata alla comunità e quindi ad un suo proficuo reinserimento sociale, che per la prima volta pare possibile. Resta invece la necessità, visti i precedenti e il percorso riabilitativo ancora in pieno svolgimento, di mantenere per il resto la misura della sorveglianza speciale come in origine imposta. [...]". (decr. n. 25/12).(15)

8. Misure di prevenzione e misure cautelari e/o pene detentive.

Nel caso di sospensione dell'esecuzione per lo stato di detenzione dell'interessato, la pericolosità va riverificata a sospensione esaurita: questo è l'orientamento del Tribunale di Imperia, come si evince dai due Ordini di servizio del 17/04/2015 e del 8/06/2015, ove si segnala che "il principio generale dell'ordinamento è quello che prevede la prevalenza dell'esecuzione della pena, anche in misura alternativa, sull'esecuzione della misura di prevenzione, che dovrebbe rimanere sospesa sino al termine della pena."

E pertanto "si ritiene che, qualora un soggetto sia sottoposto a qualunque misura cautelare anche minore, la misura di prevenzione resti sospesa. In caso contrario potrebbero esserci autorizzazioni contrastanti in quanto provenienti da autorità giudiziarie diverse o duplicazioni di divieti."

Per comprendere i termini della questione, risolta in via definitiva dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 291 del 2 dicembre 2013(16), occorre richiamare la soluzione offerta da una giurisprudenza ormai consolidata al problema - che non trova disciplina espressa ed esauritiva nel testo legislativo - della com-

patibilità delle misure di prevenzione personali con lo stato di detenzione per espiazione di pena.

Secondo l'orientamento affermato dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione con la sentenza n. 6 del 25 marzo 1993(17) e che è stato seguito in modo costante dalla successiva giurisprudenza di legittimità, così da assurgere a «diritto vivente», le misure di prevenzione personali sono applicabili anche a soggetti ristretti in carcere. Non si può escludere, infatti, che anche il detenuto sia socialmente pericoloso e, d'altra parte, nulla autorizza a considerare certa la prognosi di esito positivo del trattamento penitenziario. In questo caso, però, l'esecuzione della misura resta sospesa ed è differita sino al momento in cui viene a cessare lo stato di detenzione, salva la possibilità per l'interessato di chiedere la revoca del provvedimento che ha disposto la misura qualora, medio tempore, la pericolosità precedentemente accertata sia venuta meno.

Secondo questa impostazione, perciò, occorre distinguere la fase nella quale la misura di prevenzione viene disposta, dalla fase della sua esecuzione. Mentre l'applicazione della misura non può essere considerata incompatibile con lo stato di detenzione per condanna definitiva, giacché l'unico presupposto richiesto dalla legge è la pericolosità sociale del proposto da accertare in relazione al momento in cui il provvedimento è adottato, diverso è a dirsi per la fase dell'esecuzione. Quest'ultima, infatti, è incompatibile con lo stato di detenzione e deve essere necessariamente differita al momento in cui detto stato sia venuto a cessare. Tale soluzione trova conferma nel disposto dell'art. 12 della legge n. 1423 del 1956 - oggi trasfuso nell'art. 15 del d.lgs. n. 159 del 2011 - dove si stabilisce che il tempo trascorso in custodia cautelare seguita da condanna o in espiazione di pena detentiva non è computabile nella durata dell'obbligo di soggiorno. Volgendo lo sguardo alla giurisprudenza locale sull'argomento, si può rilevare che tali principi vengono applicati con costanza e uniformità, salvo rari casi in cui ci si discosta da questa impostazione.

In particolare in un caso di rigetto della richiesta avanzata dal Questore della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno per cinque anni, il Giudice della prevenzione conclude così: "*Atteso che il fine pena è in attualità fissato per dicembre 2016 e che fino ad allora il soggetto deve proseguire la detenzione nel regime alternativo protetto in ambito comunitario, rigetta allo stato la richiesta con riserva di valutazione del caso all'esito dell'attuale espiazione potendosi solo in allora nel caso di eventuale positività dell'esperienza comunitaria valutare l'attualità o meno della pericolosità del soggetto che occupa*". (decr. n. 5/14).(18)

In altro caso di rigetto della richiesta della misura della sorveglianza speciale il Giudice della prevenzione motiva così la sua decisione: "*Rilevato che in effetti il soggetto ha alcuni precedenti penali che peraltro sono risalenti nel tempo, tuttavia si oppone a tali conclusioni la considerazione che il proposto non risulta imputato nei procedimenti aperti contro gli elementi della 'Ndrangheta ligure, per cui è da ritenere che lo stesso vi svolga un ruolo del tutto marginale. D'altra parte il predetto risulta in stato di detenzione perché condannato per anni 5 di reclusione per estorsione, per cui è pensabile che lo stesso per un certo periodo di tempo resti privato della libertà e la misura appaia non attuale*". (decr. n. 4/14).(19)

Dello stesso tenore i due rigetti di richieste della misura di sorveglianza speciale con annesso obbligo di soggiorno, nei quali si afferma che "*non può non rilevarsi che proprio sull'accusa di appartenenza alla 'Ndrangheta è in corso un procedimento penale solo in esito al quale potrà valutarsi la sussistenza della pericolosità sociale*". (decr. n. 6/14) e che "*Deve concludersi quindi che occorre dare priorità al processo penale, e solo all'esito finale di quei processi*

potrà valutarsi la sussistenza della pericolosità sociale". (decr. n. 7/14).(20)

Diversamente, tra i casi di accoglimento troviamo quello in cui il Giudice della prevenzione ha ritenuto congrua la misura della sorveglianza speciale con durata minima di anni uno, nei confronti del detenuto R., misura "*che comunque sarà aggiornata al fine pena sede nella quale, all'esito del percorso intramoenia, potrà valutarsi il permanere o meno della pericolosità sociale in oggi ritenuta*". (decr. n. 11/14).(21)

In un caso in cui viene applicata la sorveglianza speciale per tre anni, il Giudice della prevenzione specifica: "*che è altresì influente la attuale detenzione che non impedisce la applicazione della misura di prevenzione costituendo tale situazione causa di differimento dell'esecuzione, e l'eventuale influenza della espiazione della pena sulla pericolosità attuale potrà essere verificata attraverso il procedimento di modifica o revoca ex art 11 d.lgs. 159/11. (v. sent. Corte Cost. 291/13)*". (decr. n. 4/15).(22)

Infine, viene applicata la misura in quanto "*si giustifica con la personalità del proposto che, pervicacemente, ha continuato a porre in essere condotte penalmente illecite, a intrattenere rapporti con pregiudicati, manifestando in tal modo una pericolosità spiccata. La durata di tre anni (rispetto ai cinque anni richiesti dal PM) della citata misura appare a questo Tribunale idonea a soddisfare le esigenze di prevenzione speciale nei riguardi del T., tenuto conto della giovane età e dell'attuale sua sottoposizione a misura cautelare (obbligo di dimora)*". (decr. n. 11/15).(23)

9. Pericolosità generica e il presupposto della sua attualità.

Il Giudice della prevenzione, salvo il rigetto della contestuale richiesta di obbligo di soggiorno, definisce "*pericoloso socialmente*" il soggetto pluripregiudicato per innumerevoli delitti a partire dal 1994: questi risulta aver ininterrottamente commesso delitti prevalentemente contro il patrimonio e contro la persona (tra cui tentato omicidio e lesioni), ma anche in materia di stupefacenti, fino al 2007.

Successivamente risultano condanne per contravvenzioni per fatti del 2009. Nuovamente denunciato per furto nel 2013 e tra il 2014 e il 2015 per porto ingiustificato di chiavi e grimaldelli. Nel 2009 ottiene l'affidamento in prova ai servizi sociali; tuttavia tale misura non ha avuto l'effetto rieducativo sperato, dati i reati commessi successivamente; ora è soggetto tossicodipendente senza alcun trattamento terapeutico in corso. Privo di attività lavorativa, non manca la frequentazione costante di pregiudicati.

Il giudizio non può che concludersi con: "*pertanto sussistono tutti i presupposti per la sottoposizione alla misura: le suddette risultanze comprovano infatti che trattasi di persona che vive abitualmente di attività delittuosa ed è attualmente pericoloso socialmente*". (decr. n. 1/16).

In altro caso in cui viene accolto l'obbligo di soggiorno, il Giudice della prevenzione ha ritenuto persistente il requisito dell'attualità della pericolosità nel proposto che "*in sostanza da oltre trent'anni senza soluzione di continuità è dedito ad attività delittuose*".

Pluripregiudicato per numerosissimi reati (oltre venti condanne), prevalentemente per reati contro il patrimonio anche a base violenta (rapine), commessi sin da quando era appena maggiorenne (fine anni '80). Numerose pendenze, da ultimo condannato per furto nel 2013 e nel corso del 2015 (febbraio e giugno, a seguito di rito direttissimo e patteggiamento, e a marzo a seguito di citazione diretta) ancora per furto e furto aggravato. Disoccupato e tossicodipendente, assiduo frequentatore di pregiudicati (in particolare per reati specifici contro il patrimonio),

risultano a suo carico altresì plurime violazioni delle misure della sorveglianza speciale e del foglio di via obbligatorio, cui fu già sottoposto nel 2015.

“In conclusione emerge che il proposto ha sempre e costantemente vissuto nell’illecito, dal quale in mancanza di una stabile e documentata attività lavorativa trae evidentemente i mezzi del proprio sostentamento e il fatto che non abbia mai reciso i contatti con gli ambienti criminali frequentati porta a ritenere la sua inclinazione e dedizione al delitto, ovvero quella pericolosità perdurante, concreta ed attuale che giustifica appieno l’applicazione della misura”. (decr. n. 2/16).

Altro caso in cui viene accolta la richiesta di misura con annesso obbligo di soggiorno, quello del soggetto già destinatario di avviso orale, abituale assuntore di stupefacenti, gravato da plurimi precedenti per lo più contro il patrimonio; *“soggetto la cui pericolosità deve ritenersi attuale, giacché nel 2015, nel solo mese di aprile, ha posto in essere più fatti reati di evidente rilevanza sociale quali: plurimi episodi di minacce nei confronti della propria madre, rapina aggravata, violenze e minacce a P.U., ricettazione e da ultimo rapina aggravata, per il quale è stato sottoposto a misura cautelare”.* Questi, inoltre, non ha mai svolto attività lavorativa, almeno a far tempo dal 2000 e in plurime occasioni veniva notato in compagnia di pregiudicati.

“Ritiene il Collegio che le valutazioni espresse dalla Procura vadano condivise e che le risultanze in atti impongano una valutazione di pericolosità del soggetto che occupa ed una necessaria applicazione della misura richiesta. Risponde infatti al vero quanto evidenziato dal richiedente sia in punto di precedenti e pendenze, sia in punto di pericolosità manifestatasi e nella frequentazione di soggetti pregiudicati e nella ripetuta ed ulteriore commissione di reati anche di evidente rilevanza, nonostante già raggiunto da avviso orale sin dal 2007 ed infine in punto di mancata e seria volontà di revisione critica e intento di reinserimento nel sociale come manifestatisi nella mancanza di attività lavorativa stabile e lecita. L’applicazione di M.P. si impone per l’effetto dovendosi ritenere che il D. sia abitualmente dedito alla commissione di reati e tragga i mezzi del proprio sostentamento dai proventi delle attività illecite poste in essere. Dal che debba essere ritenuto rientrante nella categoria dei soggetti previsti ex artt. 1 lett. a) e b) e 4 d.lgs. 159/2011.” (decr. n. 5/16).

Sulla stessa falsariga il caso del soggetto già destinatario nel 2011 di avviso orale, abituale assuntore di stupefacenti, gravato da plurimi precedenti; *“soggetto la cui pericolosità deve ritenersi attuale”*, giacché nel 2014 è stato più volte segnalato per possesso di stupefacenti, guida senza patente e ancora nel 2015 per reati che segnalano un’indole violenta (resistenza, oltraggio, minacce, danneggiamenti). Lo stesso non risulta aver mai svolto attività lavorativa e in plurime occasioni veniva notato in compagnia di pregiudicati.

Tuttavia il Giudice della prevenzione ritiene che *“considerata la sua giovane età e la non particolare gravità dei precedenti pare congrua imporre la misura in una più contenuta durata ed anche privarla del più rilevante vincolo dell’obbligo di soggiorno”* e applicare, così, la sorveglianza speciale semplice per due anni. (decr. n. 7/16).

Viene ritenuta congrua la misura della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno per tre anni, per il soggetto gravato da diversi precedenti, che ha tenuto condotte delittuose a far tempo dal 1996, commettendo fatti di reati in più parti d’Italia; a carico del quale risultano abituali ed accertate frequentazioni di pregiudicati e che fu già destinatario nel 2013 di avviso orale, nonostante il quale ha sempre continuato a delinquere. (decr. n. 8/16)

Infine, caso emblematico quello del soggetto con a carico numerosissimi precedenti in materia di spaccio di stupefacenti, anche in ambito internazionale, oltre che per rapine e armi; già

sottoposto alla misura della sorveglianza speciale, terminata nel luglio 2013, violata più volte, viene arrestato altre due volte (nel 2014 per tentato furto aggravato per il quale viene sottoposto agli arresti domiciliari e nel 2015 per furto aggravato presso i locali ex Sanremo, in concorso con altro pregiudicato).

Soggetto che ha lavorato solo occasionalmente, ad oggi disoccupato che vive di rendita INAIL e che continua a frequentare pregiudicati (con i quali commette i reati).

Il Giudice della prevenzione afferma che *“non può che ritenersi soggetto abitualmente dedito a traffici delittuosi non avendo mai cessato la sua attività criminosa da oltre venticinque anni; che pertanto sussistono tutti i presupposti per sottoporlo alla misura personale richiesta, compreso l’obbligo di soggiorno trattandosi di soggetto che ad evidenza per delinquere risulta muoversi sul territorio.”* (decr. n. 12/16).

10. Non attualità della pericolosità.

Viene rigettata la richiesta della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno avanzata dal Questore basata su un precedente in materia di armi (risalente al 1979), una denuncia per concorso in rapina a seguito di un sequestro di una pistola laser (agli atti non risultano gli esiti di tale denuncia); viene arrestato nel 2014 per detenzione di armi, munizionamento di vario calibro ed esplosivi e per un’arma che deteneva con il colpo in canna risultata rubata, fatti per i quali veniva ammesso il patteggiamento (marzo 2015) ad anni 1 e 8 mesi di reclusione. Segnalate le frequentazioni di pregiudicati (due) con cui veniva trovato in un’occasione prima del suo ultimo arresto.

Risulta titolare di una ditta edile di fatto inattiva, ma con disponibilità economiche non spiegabili (rinvenuti quadri e sculture di valore presso la sua abitazione).

Infine venivano acquisite informazioni presso Serravezza, dove il proposto dimora, a seguito dell’ultimo rinvio a giudizio per favoreggiamento della prostituzione della figlia (fatto ritenuto commesso fino al novembre 2014, evidenziato da intercettazioni telefoniche).

Tuttavia il Giudice della prevenzione non ritiene sussistenti i presupposti per l’applicazione della misura di prevenzione personale, poiché i precedenti risultano risalenti nel tempo, fatta eccezione della condanna a seguito di patteggiamento, risulta la frequentazione di un solo pregiudicato, in una sola occasione. Attualmente risulta risiedere in Toscana, dove non è mai stato visto con pregiudicati e dove ha sempre rispettato le prescrizioni imposte fino a che era sottoposto all’obbligo di firma.

Si legge nel decreto: *“La genericità della frequentazione di pregiudicati, così come quelle delle disponibilità economiche e l’unico precedente recente, la risposta negativa dei CC del luogo dove vive anche circa scorrette frequentazioni e l’assenza di ulteriori elementi anche di origine fiscale che permettano di ritenere il proposto persona che vive abitualmente di attività delittuosa e che attualmente pericoloso socialmente, portano a ritenere non sussistenti i presupposti per l’applicazione della misura”* (decr. n. 3/16).

Viene rigettata la richiesta di misura con annesso obbligo di soggiorno per due anni, basata sulla nota dei CC, sugli atti allegati e sul certificato penale e dei carichi pendenti, dai quali emergono quattro precedenti penali (2005 in materia di armi, conclusosi con la sola pena dell’ammenda, 2007 ricettazione, 2013 guida in stato di ebbrezza e 2014 una tentata rapina), due pendenze (lesioni e di nuovo armi) e in cui gli viene contestata la frequentazione di pregiudicati e che negli ultimi tre anni ha dichiarato redditi quasi nulli.

“I precedenti appaiono assai poco significativi per stabilire che il soggetto è abitualmente dedito a traffici illeciti o vive del provento di de-

litti, come sarebbe richiesto per disporre la misura. Del pari non indicati a tal fine, oltre ad essere ancora *sub iudice*, le pendenze. Neppure le frequentazioni corroborano il quadro in termini di pericolosità: soffermandosi su quelle degli ultimi tre, quattro anni, vengono riportati incontri del tutto occasionali che appaiono ad evidenza irrilevanti, che non attestano un'assidua frequentazione di pregiudicati. Quanto alla assenza di attività lavorativa, dalla documentazione prodotta dalla difesa emerge che A. dal maggio 2015 lavora come autista e pertanto la situazione di disoccupazione non appare più attuale" (decr. n. 4/16).

Viene rigettata la richiesta di proroga della sorveglianza speciale semplice nei confronti della proposta, già sottoposta alla misura nel 2011 (con scadenza nel 2016), di cui vengono segnalate alcune violazioni: nel 2014 perché si era incontrata con un tossicodipendente sotto casa, nel 2015 perché non avrebbe comunicato l'allontanamento dal comune di dimora (ma la donna ha sostenuto di essersi recata al lavoro e non risultano ricerche in tal senso) e analogamente poco tempo dopo perché non rincasava entro le 20 ma alle 21 senza fornire spiegazioni; infine veniva denunciata unitamente al convivente per truffa.

Tuttavia il Giudice della prevenzione ha ritenuto di rigettare la richiesta in quanto la sottoposta "segue con regolarità un programma terapeutico presso il Ser. T.; il convivente in relazione alla truffa si è addossato ogni responsabilità; la sottoposta attualmente lavora, e le viene riconosciuta assiduità e precisione dal datore di lavoro; quanto alle violazioni la prima non è una vera violazione (non attesta che tale G. fosse un pregiudicato, ma solo un tossicodipendente), la seconda è giustificabile (non ha comunicato l'allontanamento dal comune di dimora sostenendo di essersi recata al lavoro) tramite produzione della busta paga (effettivamente all'epoca già lavorava), la terza non appare significativa trattandosi di uno scarto orario non elevato (non rincasava alle 20 ma alle 21), riguardo la quarta (veniva denunciata per truffa unitamente al suo convivente) il convivente M. in verbale di interrogatorio si è addossato tutta la responsabilità. In sostanza le violazioni andranno accertate nei relativi processi, ma non appaiono significative di una perdurante pericolosità e soprattutto non appaiono integrare i presupposti di cui all'art. 1 lett. a), né lett. b) d.lgs. 159/11." (decr. n. 6/16).

Nel caso di richiesta di misura con annesso obbligo di soggiorno per tre anni, nei confronti del prevenuto la cui pericolosità dagli atti del P.M. emergerebbe dai precedenti penali e dalla tipologia di condanne riportate, dai procedimenti penali pendenti (un arresto recente per danneggiamento aggravato e interruzione di pubblico servizio), oltreché dalla personalità dello stesso, condannato per reati di violenza contro la persona (minacce, resistenza a P.U., lesioni), dalla frequentazione con pregiudicati e dall'attuale stato di disoccupazione del soggetto.

Il Giudice della prevenzione così motiva il rigetto della richiesta: "Tuttavia il Collegio con riferimento a tali elementi rileva che risultano nei confronti di Z. due sole condanne (la prima per resistenza e oltraggio a P.U. e lesioni, la seconda per lesioni) di fatti risalenti (2010 e 2012); risulta una sola pendenza per la quale il prevenuto, in attesa alla Motorizzazione Civile di Imperia, mandava in frantumi una vetrata creando scompiglio, procedimento definito in primo grado con condanna a pena pecuniaria a seguito di integrale risarcimento danno; la frequentazione è stata accertata con una certa continuità fino al 2013, successivamente risulta un solo controllo; la difesa ha documentato l'attività lavorativa.

È del tutto evidente che lo Z., peraltro gravato da modesti precedenti, risulta aver abbandonato l'ambiente criminale, avendo trovato una stabile attività lavorativa e non frequentando da tempo soggetti pregiudicati.

L'ultimo recente episodio si è assolutamente ridimensionato e non può essere ritenuto sufficiente a delineare una pericolosità concreta e at-

tuale del prevenuto così come richiesto dalla giurisprudenza ormai costante della S.C." (decr. n. 10/16).

Caso simile, quello del prevenuto la cui pericolosità sarebbe fondata sui medesimi elementi: precedenti penali e tipologia di condanne riportate, procedimenti penali pendenti (una recente denuncia per tentato furto aggravato e porto di chiave alterata per aprire serrature, colto nell'atto di armeggiare sulla serratura di una Nissan Micra), personalità del proposto che riporta plurime condanne per reati contro il patrimonio, dalla frequentazione con pregiudicati e dall'attuale stato di disoccupazione. Anche in questo caso il Giudice afferma: "Con riferimento a tali elementi il Collegio rileva che:

risultano nei confronti del C. indubbiamente numerose condanne per reati contro il patrimonio; va tuttavia rilevato che si tratta di fatti del 2012-2013, pertanto piuttosto risalenti e altresì poco significativi; altrettanto poco significative a tale fine appaiono le pendenze, tra cui si evidenziano una sentenza di estinzione del reato per remissione di querela per fatti del 2013, oltre al tentato furto di cui sopra del 2015; la frequentazione di pregiudicati, invero, risulta accertata fino al 2004 e appare pertanto molto risalente; successivamente non si hanno notizie di incontri tali da corroborare il quadro della pericolosità del C.; non si può non tenere conto, peraltro, che alcuni dei soggetti pregiudicati sono parenti stretti del prevenuto;

la difesa ha documentato che il C. vive insieme alla moglie, dipendente dal 2005 a tempo pieno e indeterminato presso la "LANFRANCO A. & C. SAS", grossista di alimentari, in Giustenice (SV); è stato sottolineato altresì il fatto che i genitori sarebbero in grado di sostenerlo dal punto di vista economico in caso di difficoltà; è stata infine prodotta relazione del Ser. T. di Bordighera sullo svolgimento da parte del prevenuto di un programma di recupero iniziato nell'ottobre del 2012 e tutt'oggi in essere, relazione nettamente positiva.

Pare allo stato, dunque, che il C. abbia ormai abbandonato l'ambiente criminale, non frequentando da lungo tempo soggetti pregiudicati e seguendo con continuità e costanza da diversi anni un programma terapeutico al fine di curare il suo stato di tossicodipendenza.

L'unico recente episodio di tentato furto, risalente al gennaio 2015, ancora *sub iudice*, non può essere ritenuto sufficiente a delineare una pericolosità concreta ed attuale del prevenuto, così come richiesto dalla costante giurisprudenza sul punto (S. C. sent. nn. 682/86, 499/92, 3866/91, 34150/06, 499/09 19061/10)." (decr. n. 11/16).

In altro caso similare il Collegio rigetta la richiesta rilevando che: "risultano nei confronti del C. due sole condanne per fatti risalenti (la prima per detenzione illecita di stupefacenti, pena di anni tre nel 2009; la seconda per appropriazione indebita, simulazione di reato e truffa nel 2008) e una sola pendenza per cui vi è stato l'arresto in flagranza; il reddito dichiarato è di poco più di 7000,00 euro dal 2007 al 2011; la frequentazione di pregiudicati risulta del tutto sporadica. Il prevenuto, inoltre, è sposato con due figli, ha documentato i suoi redditi, frequenta un programma terapeutico al Ser. T. e svolge inoltre attività di volontariato.

È del tutto evidente che il C., peraltro gravato da modesti precedenti, risulta aver abbandonato l'ambiente criminale: ha una sicura vita familiare, ha trovato una stabile attività lavorativa e non frequenta da tempo soggetti pregiudicati.

L'ultima pendenza per un fatto commesso nel 2013 non può essere ritenuta sufficiente a delineare una pericolosità concreta e attuale del prevenuto così come richiesto dalla giurisprudenza ormai costante della S.C." (decr. n. 13/16).

Infine per il rigetto della richiesta di sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno viene rilevato che: "dall'esame dei precedenti penali e di polizia risulta evidente che questi sono molto risalenti nel tempo e pertanto non sono idonei a sostenere l'accusa della attuale pericolosità sociale.

Quanto alla imputazione per la quale il soggetto è in stato di deten-

zione, associazione a delinquere per traffico internazionale di stupefacenti, la sola indicazione della imputazione non può costituire di per sé motivo sufficiente per la applicazione della misura, mancando elementi concreti sul fatto contestato ed essendo opportuno attendere l'esito del processo per una più approfondita valutazione della posizione." (decr. n. 14/16).

11. Assenza di pericolosità e soggetti psichiatrici.

Viene disposto il rigetto della richiesta della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno per due anni: "rilevato che a fronte dei disagi manifestati dal M. per disturbo di personalità e abuso di sostanze, lo stesso da oltre 5 anni è seguito da comunità terapeutiche e/o centri di sostegno ed ha sempre tenuto, pur negli alti e bassi, un comportamento ritenuto dalle strutture tale da consentire la prosecuzione del trattamento terapeutico, programma che a far data dal luglio 2011 è seguito con impegno e continuità dal M. e nel tempo modificato e adeguato al suo stato di salute e recupero. Ritenuto che l'avviso orale di cui il M. è stato destinatario nel 2011 deve essere valutato tenendo conto che il 2011 è il suo 'dies a quo' del percorso intrapreso. Che del pari vanno valutate tenuto conto di quanto detto le circostanze rappresentate in atti: un'attività lavorativa solo da ultima esplicita, da intendersi come 'avanzamento' del programma; frequentazioni di soggetti attenzionati, una sola peraltro negli ultimi anni; commesso furto con scippo, tutte da valutarsi tenendo conto che il soggetto che occupa si sta facendo oggetto negli ultimi anni con continuità e impegno di cura e sostegno per i propri disagi fisici e psichici.

Ritenuto che non sussiste la pericolosità sociale rappresentata trattandosi di disagi fisici e psichici del M. fronteggiabili e allo stato contenibili nei modi di cui ai programmi intrapresi". (decr. n. 9/16).

Il caso offre lo spunto per ricordare alcune massime della Suprema Corte in materia di misure di prevenzione e condizioni di salute mentale e in particolare:

Le misure di prevenzione possono riguardare anche soggetti di minorata capacità psichica soltanto se essi siano, comunque, in grado di percepire l'azione intimidatrice dei controlli di polizia, poiché diversamente non potrebbero realizzarsi né funzioni di riadattamento sociale proprie dell'istituto, né quelle di prevenzione specifica delle azioni antisociali. Pertanto, nell'ipotesi di internamento in manicomio comune per infermità mentale, in analogia a quanto stabilito dall'art. 212 u.c. c.p. per le misure di sicurezza, la misura di prevenzione non può avere corso, salvo riesame della pericolosità dopo la dimissione dal manicomio. (Cass. pen., sez. I, n. 2042/1970).

La pericolosità sociale generica del soggetto che legittima l'applicazione delle misure di prevenzione, ai sensi dell'art. 3 L. 1423/1956, alla stessa stregua della pericolosità sociale specifica connessa all'affine materia delle misure di sicurezza, è una qualificazione che in sé prescinde dalla capacità di intendere e di volere del soggetto e dall'integrità della sua sfera psichica. Ciò non significa, peraltro, che lo stato mentale del diffidato sia irrilevante al momento dell'applicazione o dell'esecuzione della misura di prevenzione. Al contrario, analogicamente a quanto dispone l'art. 88 c.p.p. per i procedimenti ordinari, il giudice dovrà controllare le condizioni psichiche del diffidato e nell'ipotesi di accertata infermità totale disporre la sospensione del procedimento per tutta la durata della malattia. E, analogicamente a quanto dispone l'art. 212 u.c. c.p., per le misure di sicurezza non detentive, qualora detta infermità sopravvenga in momento successivo all'applicazione della misura di prevenzione, deve cessarne

l'esecuzione con gli ulteriori effetti previsti dalla legge. (Cass. pen., sez. I n. 1348/1967).

12. Misure di prevenzione e tossicodipendenza.

Nel caso della prevenuta(24) già sottoposta alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale nel 2011 (con scadenza nel 2016), il Giudice per la prevenzione nel valutare la non attualità della pericolosità rileva, tra le altre cose, anche che: "Tuttavia dalle produzioni difensive emerge che C. sta seguendo un programma terapeutico al Ser.T. con regolarità". (decr. n. 6/16).

In altro caso(25) il Giudice afferma che "rilevato che a fronte dei disagi manifestati dal M. per disturbo di personalità e abuso di sostanze, lo stesso da oltre 5 anni è seguito da comunità terapeutiche e/o centri di sostegno ed ha sempre tenuto, pur negli alti e bassi, un comportamento ritenuto dalle strutture tale da consentire la prosecuzione del trattamento terapeutico, programma che a far data dal luglio 2011 è seguito con impegno e continuità dal M. e nel tempo modificato e adeguato al suo stato di salute e recupero." (decr. n. 9/16).

Infine, sulla stessa falsariga il caso(26) in cui viene rigettata la richiesta della misura, tra gli altri motivi, in quanto il soggetto, tossicodipendente da anni, condizione che emergerebbe anche dal tipo di reati commessi negli anni (prevalentemente reati contro il patrimonio), ha intrapreso lo svolgimento di un programma di recupero iniziato nell'ottobre del 2012 e tutt'oggi in essere, del quale risulta in atti relazione del Ser.T. nettamente positiva. (decr. n. 11/16).

13. Sorveglianza speciale e obbligo di soggiorno.

In un caso(27) a fronte della richiesta del P.M. della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, il Giudice della prevenzione ha ritenuto di disporre la sorveglianza semplice per tre anni e il rigetto dell'obbligo di soggiorno.

Il proposto risulta pluripregiudicato per innumerevoli delitti in materia di stupefacenti, contro il patrimonio e contro la persona fino al 2007.

Il Giudice motiva così la sua decisione: "viceversa non si ritengono sussistenti i presupposti per l'obbligo di dimora: dalla nota dei CC e dal certificato penale non emerge in modo chiaro una particolare propensione a commettere reati muovendosi sul territorio, risultando viceversa che lo stesso rimanga sempre in zona sicché l'obbligo di soggiorno, in aggiunta alla sorveglianza speciale, non presenterebbe in questo caso alcuna specifica idoneità a contenere la sua pericolosità sociale, adeguatamente contrastata dalla misura della sorveglianza speciale". (decr. n. 1/16).

In un altro caso(28) il Giudice ritiene di nuovo di non anettere alla misura l'obbligo di soggiorno "considerata la sua giovane età e la non particolare gravità dei precedenti", trattandosi infatti di possesso di stupefacenti, guida senza patente e reati di resistenza. (decr. n. 7/16).

14. Brevissimi cenni alla sentenza della Corte EDU, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia (29).

Potendo – e d'altra parte dovendo – in questa sede solo compiere un breve riferimento ai tanti problemi sollevati dai giudici della Convenzione con la citata sentenza, nella quale la disciplina delle misure di prevenzione personali fondate sulle fattispecie di pericolosità 'generica' di cui alla legge n. 1423/1956, oggi trasfusa nell'art. 1 della legge n. 159/2011 (il c.d. codice antimafia), viene dichiarata incompatibile – in particolare – con la libertà di circolazione, riconosciuta dall'art. 2 Prot. 4 CEDU.

In estrema sintesi la Corte ha ritenuto che la misura della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno nel comune di residenza non abbia carattere privativo della libertà di movimento (e dunque non violi l'art. 5 CEDU) e comporti invece una mera limitazione della libertà di circolazione, riconosciuta dall'art. 2 Prot. 4 CEDU, sottolineando che il ricorrente nel caso concreto era rimasto libero di lasciare la propria abitazione durante le ore diurne e di mantenere relazioni con il mondo esterno.

In base a tale disposto, secondo la Corte la misura è "prevista dalla legge" (la legge n. 1423/1956 in oggi d.lgs. n. 159/2011), la quale a sua volta presenta il carattere dell'accessibilità, ma non quello della prevedibilità della restrizione per il cittadino che ne sarebbe destinatario.

Né la legge, né la giurisprudenza della Corte Costituzionale – osservano i giudici di Strasburgo nel passaggio decisivo della motivazione – *"hanno chiaramente identificato gli 'elementi fattuali' né le specifiche tipologie di condotta che devono essere prese in considerazione per valutare la pericolosità sociale dall'individuo"*, che costituisce il presupposto per l'applicazione della misura di prevenzione in parola; *"la Corte, pertanto, ritiene che la legge in questione non contenga previsioni sufficientemente dettagliate su che tipo di condotta sia da considerare espressiva di pericolosità sociale"* (§ 117).

Le fattispecie di pericolosità oggi in vigore *"non indicano con sufficiente chiarezza lo scopo e le modalità di esercizio dell'ampissima discrezionalità conferita alle corti nazionali"*, e che *"non sono formulate con precisione sufficiente a garantire al singolo tutela contro interferenze arbitrarie e a consentirgli di prevedere in maniera sufficientemente certa l'imposizione di misure di prevenzione"* (§ 118).

Inoltre la Corte rileva il difetto di vaghezza e imprecisione con riguardo a talune prescrizioni (come ad esempio quelle del "vivere onestamente" e del "rispettare le leggi") troppo generiche e indeterminate tanto da risultare *"un illimitato richiamo all'intero ordinamento giuridico italiano, che non forniscono alcuna chiarificazione sulle norme specifiche la cui inosservanza dovrebbe essere considerata quale ulteriore indicazione del pericolo per la società rappresentato dall'interessato"* (§§ 119-122); quella di "non partecipare a pubbliche riunioni" poi si rivelerebbe un indefinito e ugualmente illimitato restringimento di una libertà fondamentale.

Tutto ciò fa concludere per la non conformità di tale sistema all'art. 2 Prot. 4 CEDU.

Infine i giudici della Convenzione affermano che il procedimento applicativo della misura di prevenzione della sorveglianza speciale di P.S. rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 6 CEDU sotto il profilo civile e non, invece, sotto quello penale: ciò a significare che deve essere assicurata la pubblicità dell'udienza, attualmente prevista dal d.lgs. 159/2011 e già prevista a seguito della sentenza n. 93/2010 della Corte Costituzionale.

Importanti anche le opinioni concorrenti e dissenzienti, in particolare quella del giudice Pinto de Albuquerque, il quale muove una durissima critica al nostro sistema delle misure di prevenzione personali, ad avviso del quale altro non sono che "pene di seconda classe", basate sul sospetto, un surrogato delle misure cautelari durante le indagini, che comportano vari effetti potenzialmente criminogeni.

Tre sono i principali punti di contrasto tra il giudice Pinto e la maggioranza, concernenti rispettivamente: a) il carattere privativo della libertà personale dell'interessato (e pertanto le misure risulterebbero in contrasto con l'art. 5 CEDU), in quanto gli obblighi cui il destinatario è sottoposto non sono dissimili da

quelli inerenti gli arresti domiciliari o la detenzione domiciliare accompagnati dall'autorizzazione ad assentarsi dall'abitazione per ragioni lavorative o di studio durante le ore diurne, che pure la costante giurisprudenza della Corte considera misure private della libertà personale e non meramente limitative della libertà di circolazione; b) la natura sostanzialmente penale delle misure in questione, in quanto la loro applicazione dipende anch'essa dalla formulazione di un'accusa penale; incidono pesantemente sui diritti fondamentali dell'interessato; la stessa Corte costituzionale (sent. n. 177/1980) ha formulato l'identità di funzione delle misure di prevenzione rispetto alle misure di sicurezza, con conseguente loro sottoposizione al medesimo quadro di garanzie costituzionali; lo scopo general e special-preventivo perseguito da queste misure, parallelo a quello delle pene; la previsione di sanzioni penali per l'ipotesi della violazione delle relative prescrizioni. Dal riconoscimento della natura sostanzialmente penale delle misure dovrebbe allora discendere l'applicabilità ad esse dell'intero quadro delle garanzie previste dall'art. 6 CEDU, ivi comprese quelle del processo equo in materia penale; c) l'ineffettività dei rimedi assicurati al ricorrente dall'ordinamento italiano, poiché, con riguardo al caso concreto, la Corte d'appello è intervenuta con grande ritardo a correggere l'errore compiuto dai giudici di prima istanza; e, d'altro canto, l'ordinamento non prevede alcuna forma di indennizzo pecuniario nei confronti di chi sia stato ingiustamente sottoposto a una misura di prevenzione.

L'esito del giudizio risulta pesantemente negativo per il nostro paese e prevedibilmente avrà notevoli ripercussioni interne, oltre a richiedere un'attenta riflessione da parte di dottrina e giurisprudenza.

Note:

(1) Per approfondimenti si veda F. Menditto - *Schema della disciplina applicabile all'amministrazione dei beni sequestrati e confiscati ai sensi del d.lgs. n. 159/2011 (mis. prevenzione) e dell'art. 12 sexies d.l. n. 306/92 conv. l. n. 356/1992*. (Versione 30 marzo 2016); F. Menditto, *Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a prevenzione della criminalità da profitto*, in *Dir. pen. cont.*, 23 maggio 2016; S.M. Ronco, *Il contribuente fiscalmente pericoloso*, in *Dir. pen. cont.*, 13 aprile 2016.

(2) V. la sezione "Non attualità della pericolosità" (anno 2015).

(3) Il decreto 12/15 e la sentenza citata, n. 2844/84, verranno ripresi più avanti, nella sezione "Misure di prevenzione e Affidamento in prova".

(4) V. F. Menditto, *L'attualità della pericolosità sociale va accertata, senza presunzioni, anche per gli indiziati di mafia - Osservazioni a margine di Cass. Pen., Sez. I, 11 febbraio 2014 (dep. 5 giugno 2014), n. 23641, Pres. Giordano, Rel. Magi, Ric. Mondini*, in *Dir. pen. cont.*, 5 giugno 2014.

(5) V. F. Menditto, *Novità in materia di misure di prevenzione - Voce per "Il libro dell'anno Treccani 2017"* - *"Per le categorie della cd. pericolosità qualificata la prevalente giurisprudenza della Suprema Corte richiamava un onere affievolito di motivazione ravvisando «una presunzione di perdurante pericolosità», sempre che non risultassero diversi elementi, quali il decorso del tempo - di per sé non decisivo -, il recesso dal sodalizio o la disarticolazione di questo. Recentemente la Corte di cassazione propone l'abbandono di qualsivoglia presunzione attraverso uno stringente ragionamento in cui si valorizza il testo della legge delega 13 agosto 2010, n. 136 che imponeva al legislatore delegato (che, poi, emanava il d.lgs. n. 159/2011) la definizione in modo organico dei destinatari delle misure di prevenzione «ancorandone la previsione a presupposti chiaramente definiti ... e, per le sole misure personali, anche alla sussistenza del requisito della pericolosità del soggetto». La Corte trova conferma del principio secondo cui la pericolosità attuale del soggetto è presupposto applicativo per ogni categoria di pericolosità nella sentenza della Corte costituzionale 2 dicembre 2013, n. 291 ove è ribadita la necessità della persistenza della pericolosità sociale al momento della decisione e dell'esecuzione della misura di*

prevenzione personale, senza operatività di meccanismi presuntivi” in *Dir. pen. cont.*, 23 gennaio 2017, oltre a S.C. nn. 32426/16, 33238/16.

(6) Decreto n. 4/15 già analizzato nella sezione “Pericolosità generica e sua attualità”.

(7) Decreto n. 13/15 già analizzato nella sezione “Pericolosità generica e sua attualità”.

(8) Decreto 14/15 e 15/15 già incontrati nella sezione “Non attualità della pericolosità”.

(9) Il decreto n. 12/15 è stato già analizzato nella sezione “Pericolosità generica e sua attualità”.

(10) Decreto n. 22/15 già analizzato nella sezione “Non attualità della pericolosità”.

(11) Decreto n. 12/15 già analizzato nella sezione “Pericolosità generica e sua attualità” e “Misure di prevenzione e affidamento in prova”.

(12) Decreto n. 25/15 già analizzato nella sezione “Pericolosità generica e sua attualità”.

(13) Decreto n. 26/15 già analizzato nella sezione “Pericolosità generica e sua attualità”.

(14) Decreto n. 13/15 già analizzato nella sezione “Pericolosità generica e sua attualità” e “Misure di prevenzione e Tossicodipendenza”.

(15) Decreto n. 25/12 già analizzato nella sezione “Misure di prevenzione e Tossicodipendenza”.

(16) Con la quale la Corte ha dichiarato parzialmente illegittimi l’art. 12 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (recante disposizioni in materia di misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità) e, in via consequenziale, l’art. 15 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione), che la prima norma ha sostituito, nella parte in cui non prevedono che, nel caso in cui l’esecuzione di una misura di prevenzione personale resti sospesa a causa dello stato di detenzione per espiazione di pena della persona ad essa sottoposta, l’organo che ha adottato il provvedimento di applicazione debba valutare, anche d’ufficio, la persistenza della pericolosità sociale dell’interessato nel momento dell’esecuzione della misura.

(17) Per la quale “*La misura di prevenzione della sorveglianza speciale della pubblica sicurezza prevista dall’art. 3 legge 27 dicembre 1956 n. 1423, è ap-*

plicabile anche nei confronti di persona detenuta in espiazione di pena”: nell’affermare il principio la Cassazione, premesso che occorre distinguere tra momento deliberativo e momento esecutivo della misura di prevenzione in questione, ha altresì evidenziato che l’incompatibilità di questa con lo stato di detenzione del proposto attiene unicamente alla esecuzione della misura, che potrà avere inizio solo quando tale stato venga a cessare, restando sempre salva la possibilità per il soggetto di chiedere la revoca della misura per l’eventuale venir meno della sua pericolosità in virtù dell’espiazione e dell’incidenza positiva sulla sua personalità della funzione risocializzante della pena. Conf. SS. UU. n. 25 ottobre 2007 n. 10281.

(18) Decreto n. 5/14 già analizzato nella sezione “Misure di prevenzione e tossicodipendenza”, anno 2014.

(19) Decreto n. 4/14 già analizzato nella sezione “Non attualità della pericolosità”, anno 2014.

(20) Decreti nn. 6 e 7/14 già analizzati nella sezione “Non attualità della pericolosità”, anno 2014.

(21) Decreto n. 11/14 già analizzato nella sezione “Pericolosità generica e il presupposto della sua attualità”, anno 2014.

(22) Decreto n. 4/15 già analizzato nella sezione “Pericolosità generica e il presupposto della sua attualità”, anno 2015.

(23) Decreto n. 11/15 già analizzato nella sezione “Pericolosità generica e il presupposto della sua attualità”, anno 2015

(24) Decreto n. 6/16 già analizzato nella sezione “Non attualità della pericolosità”.

(25) Decreto n. 9/16 già analizzato nella sezione “Assenza di pericolosità e soggetti psichiatrici”.

(26) Decreto n. 11/16 già analizzato nella sezione “Non attualità della pericolosità”.

(27) Decreto n. 1/16 già analizzato nella sezione “Pericolosità generica e sua attualità”.

(28) Decreto n. 7/16 già analizzato nella sezione “Pericolosità generica e sua attualità”.

(29) Si segnala il contributo di F. Viganò, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, 3 marzo 2017.