

Comitato Scientifico:

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

Comitato di Direzione:

Ugo Carassale, Pierluigi Chiassoni, Luigi Cocchi, Guido Colella, Giuseppe Donato, † Sergio Faiella, Gilda Ferrando, Mauro Ferrando, Andrea Fusaro, Emanuele Lamberti, Antonio Lovisolo, Roberto Negro, Carlo Rossello, Alvaro Vigotti

Redazione:

Coordinamento  
Alessandro Barca

Sezione di diritto civile:

Elena Bassoli (E.B.), Lavinia Botto, Cesare Bruzzone (C.BRU.), Anna Maria Calcagno (AN.CCG.), Francesca Calvari (F.CA.), Antonio Cimino (A.C.), Simonetta Cocconi (SI.CO.), Francesca Cuomo Ulloa, Rosario D'Arrigo (R.D'AR.), Francesco Dimundo (F.DM.), Antonio Fontana (A.FONT.), Leopoldo Ghigliotti (L.GH.), Francesco Ghisiglieri (F.GHI.), Carlo Iavicoli, Alberto Princiotta, Gian Maria Tavella (G.M.T.), Marco Tiby (M.TY.), Stefano Torchio (ST.TOR.), Ivano Vigliotti, Stefano Andrea Vignolo (ST.VGN.)

Sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale:  
Pasquale Costanzo, Lara Trucco

Sezione di diritto tributario:  
Antonio Lovisolo

Sezione di diritto penale:

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

Collaborano

Sezione di diritto civile:

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 Dassio, Daniela Degiovanni (DA.DE.), Gaia De Giovanni (G.D.G.), Annamaria De Luca (A.DL.), Alessandro Demarchi (A.DM.), Raffaella Demaria (R.D.), Stefano Dominelli (S.D.), Gianvittorio Domini (GV.D.), Paolo Donadoni, Marcella Donati, Carlo Fava, Attilio Fagiani, 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, Sonia Nadali (S.NA.), Alessandro Nicolini (A.Nic.), Raffaele Nicolini (RAF.NIC.), Diego Nocera (DI.NO.), Diego Nucifora (D.NCF.), Anna Maria Occasione (A.M.OC.), Silvia Olcese (SI.OL.), Annalisa Olivieri (A.O.), Nicola Orecchia (N.OR.), Francesca Orfanelli (F.O.), Giorgia Orsi, Francesca Paderno (F.P.), Carlo Pasero (C.PA.), Clizia Pastorino (CLI.P.), Sara Pasquini (S.PSQ.), Pier Luigi Luciano Pesce, Nicolò Pescetto (N.P.), Federico Piva (F.PI.), Stefania Polidorou (STE.POL.), Patrizia Piano, Stefania Piano, Giovanni Porcile, Claudio Rambaldi (CL.RM.), Andrea Rava (A.RAV.), Federico Repetti (F.RPT.), Francesca Ricca (FR.RIC.), Francesca Ricco, Mario Riccomagno, Enrico Righetti, Raffaella Romoli (R.RO.), Guida Rovegno (GU.R.), Anna Ruberto, Alessandro Saccomani (A.SAC.), Aldo Salvadé (AL.S.), Giulia Santoni (G.S.), Beatrice Scaffidi (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 Mozziati, 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 Brodrato, 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.BRZ.), 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 Ippolito d'Aste 3 · 16121 Genova  
Tel 010 0986820/21/22 · Fax 010 0986823  
www.deferrarieditore.it - info@deferrarieditore.it

Grafica: Elena Menichini

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

© De Ferrari Comunicazione S.r.l.

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

# Indice

---

## Sezione di diritto civile

<b>Sentenze, Ordinanze e Decreti</b>	
Tribunale di Genova, decr. 27 febbraio 2017	<b>3</b>
Corte d'Appello di Genova, decr. 20 aprile 2017	<b>4</b>
Tribunale di Savona, 2 maggio 2017	<b>5</b>
Tribunale di Genova, 2 maggio 2017	<b>16</b>
Tribunale di Genova, 21 aprile 2017	<b>18</b>
<b>Massime</b>	<b>20</b>
<b>Documenti</b>	
<i>Il linguaggio omissivo del legislatore</i>	
Guido Alpa	<b>28</b>
<i>La prova della proprietà immobiliare nel diritto francese e considerazioni comparative con il diritto italiano</i>	
Rossella Atzeni	<b>33</b>
<i>Istituzione di erede e divisione del testatore</i>	
Andrea Fusaro	<b>38</b>
<i>Due parole, en passant, in tema di prescrizione alla luce di alcune recenti pronunce</i>	
Marco Tiby	<b>40</b>
<i>Le Regole di Rotterdam: verso l'uniformità di disciplina nel trasporto di cose in ambito internazionale</i>	
Filippo Maria Torresi	<b>45</b>
<i>Ricordo di Stefano Rodotà</i>	
Guido Alpa	<b>50</b>

---

## Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

<b>Sentenze e Ordinanze</b>	
T.A.R. Liguria, 29 marzo 2017 con nota di Andrea Machiavello	<b>56</b>
<i>Dopo la Consulta, il T.A.R. Liguria ci riprova con la Corte di giustizia (quid iuris circa la legittimazione ad agire dell'operatore economico che non ha partecipato alla gara?)</i>	
<b>Massime</b>	<b>58</b>
<b>Documenti</b>	
<i>Genova per noi (il caso Minzolini e la decadenza dalla carica parlamentare per incandidabilità sopravvenuta)</i>	
Francesca Bailo	<b>59</b>

---

## Sezione di diritto tributario

<b>Massime</b>	<b>62</b>
<b>Documenti</b>	
<i>Profili del nuovo regime impositivo delle imprese individuali e delle società di persone</i>	
Antonio Lovisolo	<b>68</b>
<b>Sezione di diritto penale</b>	
<b>Sentenze, Ordinanze e Decreti</b>	
Tribunale di Imperia, decr. 17 maggio 2017	<b>71</b>
Tribunale di Genova, ord. 1 marzo 2017	<b>72</b>
<b>Massime</b>	<b>73</b>
<b>Documenti</b>	
<i>Diffamazione a mezzo Internet: la responsabilità dei gestori dei siti web per i commenti pubblicati dagli utenti</i>	
Ilenia Siccardi	<b>75</b>

## Sezione di diritto civile

# Sentenze e Ordinanze

### I

Tribunale di Genova, sez. III civ., decr. 27 febbraio 2017 - Pres. Est. Gandolfo - P. (Avv. Vignolo) c. S. (Avv. Barosso).

#### **COMUNIONE e condominio - amministratore - violazioni formali - revoca per gravi irregolarità - esclusione.**

(Art. 1129 c.c.)

*La sussistenza delle gravi irregolarità elencate nel testo novellato dell'art. 1129 c.c. non conduce di per sé alla rimozione dell'amministratore ma assurge a mero parametro di verifica dell'irrimediabile alterazione funzionale della relazione gestoria esistente tra l'amministratore e il condominio. La mancata comunicazione della data di nascita dell'amministratore e del suo codice fiscale rappresenta un'irregolarità di carattere formale che non pregiudica gravemente il rapporto fiduciario tra l'amministratore e il condominio.*

(.....*Omissis*.....)

#### **Motivi della decisione**

Il Collegio, sciogliendo la riserva nella composizione di cui al verbale 22/2/2017, osserva quanto segue.

S., condomina nel condominio di via A. di Genova, ha chiesto la revoca di P. dalle funzioni di amministratore, per gravi irregolarità consistenti in: 1) mancata comunicazione dei dati anagrafici e fiscali all'atto della nomina e successivamente; 2) mancata evasione di richieste sui pagamenti reciproci intercorsi tra il condominio e l'inquilino dell'appartamento condominiale M. e, da ultimo, di una richiesta del suo legale sullo stato dei pagamenti degli oneri condominiali e sulle liti in corso; 3) mancata esecuzione della delibera 7/10/2015 in cui si decideva di agire giudizialmente nei confronti del M.; 4) mancata tenuta dei registri di cui all'art. 1130, nn. 6 e 7, cod. civ.

Il P., costituitosi in giudizio, ha chiesto il rigetto del ricorso. L'addebito sub 1) sussiste. L'art. 1129 c.c. indica quale grave irregolarità l'omessa, incompleta o inesatta comunicazione da parte dell'amministratore dei suoi dati anagrafici e del codice fiscale.

Nell'offerta allegata al verbale di nomina (all. 1 resistenti) i dati predetti sono riportati in modo incompleto: manca, in particolare, il codice fiscale. È irrilevante che detti dati fossero contenuti in una targa apposta nell'androne condominiale o diversamente comunicati a singoli condomini, poiché la norma prevede che siano comunicati contestualmente all'accettazione della nomina e ad ogni rinnovo dell'incarico. L'addebito sub 2), ovvero dell'inadempimento dell'obbligo di fornire, al condomino che ne faccia richiesta, un'attestazione sullo stato dei pagamenti degli oneri condominiali e delle eventuali liti in corso, non sussiste.

Tramite mail, sotto le date del 17/10/2016, 24/10/2016 e 2/11/2016 la S. richiedeva l'invio di documentazione riguardante i pagamenti fatti a ed eseguiti da M., inquilino dell'appartamento condominiale. Certamente l'amministratore ha risposto in modo evasivo, ma la richiesta non aveva ad oggetto oneri condominiali (il M. non era condomino): con-

seguentemente non può ravvisarsi la grave irregolarità prevista dall'art. 1129, comma 12, n. 7, cod. civ.

La richiesta ai sensi della norma testé citata è stata inviata dal legale della S. con missiva datata 10/11/2016, ma in realtà spedita successivamente e pervenuta all'amministratore il 16/12/2016, ovvero pochi giorni prima del deposito del ricorso (datato 21/12/2016 e depositato il 23/12/2016). In altri termini, la richiesta è stata inviata quando già la ricorrente aveva deciso di adire le vie giudiziarie per ottenere la revoca dell'amministratore. Non si comprendono dunque le finalità della richiesta, la quale dovrebbe avere lo scopo di ottenere un'adeguata risposta, magari dopo uno scambio di corrispondenza, fine inattuabile se, con il deposito del ricorso, si dà già per scontata l'omissione di un qualsivoglia riscontro. In ogni caso, la richiesta 16/12/2016 è stata riscontrata due giorni dopo dall'amministratore, con l'invio del registro di contabilità e dell'estratto conto bancario. Se la risposta era insufficiente, la S. ben avrebbe potuto chiedere l'invio della documentazione mancante, lasciando all'amministratore un congruo lasso di tempo per provvedere. Viceversa ha preferito depositare il ricorso e rispondere solo successivamente, in data 31/12/2016, dolendosi tra l'altro della mancata comunicazione sulle liti in corso.

Sotto quest'ultimo profilo vale la pena sottolineare che non esistono liti in corso, come dichiarato dall'amministratore e confermato dalla S, all'udienza dell'1/2/2017. Il fatto che la S. fosse perfettamente consapevole dell'insussistenza di liti dimostra il carattere strumentale della sua richiesta sul punto, preordinato all'avvio della lite.

Nella descritta situazione non può ritenersi la sussistenza della grave irregolarità prevista dalla norma citata, la cui predicabilità avrebbe esatto una situazione di certezza in ordine alla mancata evasione della richiesta sullo stato dei pagamenti degli oneri condominiali.

L'addebito sub 3) non sussiste.

L'assemblea del 7/10/2015 mandava all'amministratore di accordarsi amichevolmente con il M. e di adire le vie legali nel caso di mancato rispetto degli accordi presi. Il M. non era condomino e un'azione legale nei suoi confronti necessitava della nomina del legale, non fatta nel corso della predetta assemblea. Non può conseguentemente imputarsi all'amministratore di non aver portato ad esecuzione la predetta decisione dell'assemblea.

In ogni caso risulta che l'amministratore, in esito al mancato raggiungimento di un accordo, o al mancato rispetto di un accordo raggiunto, si è attivato per eseguire la suddetta delibera, tant'è che nel corso della successiva assemblea del 6/6/2016 comunicava che l'avvocato non era riuscito ad inviare l'ingiunzione di pagamento perché il M. risultava ancora risiedere nel condominio.

In altri termini, dopo aver liberato l'appartamento condominiale, si era reso irreperibile. In tale occasione l'assemblea non invitava l'amministratore a proseguire nell'azione legale, ma si limitava a prendere atto della situazione rammostrata, giudicando comunque "positivamente il fatto che l'inquilino abbia liberato l'appartamento". Non può dunque ritenersi un'inerzia dell'amministratore rispetto a quanto deliberato dall'assemblea, avendo lo stesso, dopo il fallimento del ten-

tativo di composizione amichevole, dato incarico ad un legale di seguire la vertenza e non avendo l'assemblea, dopo la relazione sull'attività svolta, deciso di insistere comunque per la proposizione della causa. Ed infatti, nel corso dell'assemblea del 26/1/2017, pur successiva al deposito del ricorso, previa ulteriore relazione dell'amministratore in cui veniva ribadita l'irreperibilità e la probabile insolvenza del M., veniva deliberato di non procedere ad ulteriori attività volte alla riscossione del credito.

L'addebito sub 4) non sussiste.

L'amministratore ha prima esibito e successivamente prodotto il registro dell'anagrafe condominiale, dei verbali delle assemblee, delle nomine e revoche degli amministratori, nonché il registro di contabilità. Detti registri, ad un esame sommario correlato alla natura del procedimento, appaiono regolarmente tenuti. Non vi sono ragioni che inducano a ritenere che siano stati formati dopo il deposito del ricorso, come adombrato dalla difesa della ricorrente.

Tanto premesso, deve ricordarsi che, secondo un costante orientamento di questo Tribunale, l'elencazione delle gravi irregolarità recata dal comma dodicesimo dell'art. 1129 cod. civ. da un lato è esemplificativa e non tassativa, d'altro lato il ricorrere di una o più delle ipotesi contemplate non conduce di per sé alla rimozione dell'amministratore, ma assurge a mero parametro di verifica dell'irrimediabile alterazione funzionale della relazione gestoria tra l'amministratore medesimo e il condominio. In altri termini occorre che, per ragioni oggettive (quindi indipendentemente dall'eventuale contrario avviso espresso dalla maggioranza dei condomini), sia gravemente pregiudicato il rapporto fiduciario esistente tra l'amministratore e il condominio. Situazione non verificatasi nella fattispecie, in cui l'unica irregolarità riscontrata, la mancata comunicazione della data di nascita e del codice fiscale al momento dell'accettazione della nomina, è di carattere formale.

Il ricorso va consecutivamente respinto.

Le spese (scaglione da euro 26.000 a euro 52.000, con la riduzione del 25% per la semplicità delle questioni trattate) seguono la soccombenza.

### **P.Q.M.**

Respinge il ricorso e condanna il ricorrente alla rifusione, in favore del P., delle spese del procedimento, liquidate in euro 1.668,75 per compenso, oltre oneri fiscali, tariffari, previdenziali.

## **II**

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., decr. 20 aprile 2017 - Pres. Realini - Rel. Castiglione - S. (Avv. Barosso) c. P. (Avv. Vignolo).

(Conferma Trib. Genova, 27 febbraio 2017)

**COMUNIONE e condominio – amministratore – revoca per mancata comunicazione dati personali – grave irregolarità – esclusione – spese del procedimento – novità della materia – necessità di compensazione – sussiste.**

(Art. 1129 c.c.)

*Poiché la revoca dell'amministratore di condominio è soggetta alla valutazione discrezionale del giudice sulla lesione del vincolo fiduciario, la tipizzazione legislativa dei comportamenti costituenti gravi irregolarità non può comportare alcuna automatica conse-*

*guenza, per cui la violazione dell'amministratore costituisce una grave irregolarità di gestione solo quando sussistono elementi precisi e concordanti di un pregiudizio imminente ed irreparabile per il condominio o per un singolo condomino. La mancata comunicazione dei dati anagrafici dell'amministratore all'atto di accettazione dell'incarico non costituisce una violazione talmente grave da giustificare la sua revoca giudiziale dall'incarico.*

*La novità della questione, relativa all'interpretazione della nuova normativa condominiale ed essendo comunque state accertate alcune violazioni sia pure di carattere prevalentemente formale, appare giustificata la compensazione delle spese di entrambi i gradi del procedimento.*

(.....Omissis.....)

### **Motivi della decisione.**

Con ricorso al Tribunale di Genova la signora S., condomina del caseggiato sito in Genova Via A., chiedeva la revoca giudiziale dell'amministratore per gravi irregolarità. L'amministratore P. si costituiva in giudizio opponendosi all'accoglimento del ricorso. Il Tribunale respingeva il ricorso con decreto col quale condannava la ricorrente al pagamento delle spese legali a favore dell'amministratore. La ricorrente ha interposto reclamo avverso il decreto del Tribunale.

La decisione del Tribunale si fonda sostanzialmente su due premesse. La prima è che è fondata solo una delle contestazioni mosse dalla ricorrente all'amministratore, ovvero quella di non aver fornito ai condomini i suoi dati anagrafici ed il suo codice fiscale all'atto di accettazione dell'incarico: quale omissione costituisce per espressa previsione di legge una grave irregolarità imputabile all'amministratore. La seconda premessa – su cui si fonda la decisione del Tribunale – è che l'accertamento di una o più delle ipotesi contemplate dalla legge come gravi irregolarità non comporta di per sé la revoca dell'amministratore, occorrendo sempre – da parte del giudice – verificare se la violazione della legge abbia seriamente pregiudicato o compromesso il rapporto fiduciario esistente tra l'amministratore ed il condominio.

La difesa della reclamante prima di riproporre le singole doglianze solleva la questione di fondo, derivante dall'interpretazione della normativa vigente, con un motivo di diritto volto a confutare l'impianto stesso della decisione del tribunale. Osserva – al riguardo – che l'elencazione dei comportamenti costituenti gravi irregolarità contenuta nell'art. 1129 c.c. pur non essendo esaustiva ma solo esemplificativa – come prevede la legge – è vincolante per il giudice, costituendo – ciascuna delle violazioni previste dalla legge – giusta causa di revoca dell'amministratore. Il motivo è infondato. Questa Corte condivide l'interpretazione del Tribunale per cui dalla tipizzazione legislativa dei comportamenti costituenti gravi irregolarità non può discendere alcuna automatica conseguenza in ordine alla revoca dell'amministratore, essendo soggetta – la revoca – alla valutazione discrezionale del giudice. Invero la grave irregolarità imputabile all'amministratore presuppone sempre la lesione del vincolo fiduciario sul quale si fonda il mandato, ovvero la violazione deve essere di gravità tale da far venir meno il rapporto di fiducia tra l'amministratore e i condomini. In concreto la violazione dell'amministratore costituisce una grave irregolarità di gestione quando sussistono elementi precisi e concordanti i quali facciano verosimilmente prevedere che dal comportamento dell'amministratore possa derivare un pregiudizio imminente ed irreparabile per il condominio o per un singolo condomino. Pertanto giustamente il Tribunale ha escluso che la mancata comunicazione dei propri dati anagrafici costi-

tuisca – da parte dell'amministratore – una violazione talmente grave da giustificare la sua revoca giudiziale dall'incarico. Analogamente dicasi dell'altra violazione contestata all'amministrazione, ovvero del fatto di non avere risposto in maniera tempestiva ed adeguata alle richieste della signora S. di avere una attestazione relativa allo stato dei pagamenti degli oneri condominiali e delle eventuali liti in corso. La difesa della reclamante osserva che con detta richiesta non si chiede all'amministratore di mettere a disposizione qualcosa di già esistente, ma gli domanda di certificare egli stesso una determinata situazione. Il diritto riconosciuto dalla legge al singolo condomino assumerebbe particolare importanza in caso di vendita dell'unità immobiliare, poiché l'attestazione dell'amministratore gli consente di dimostrare l'effettivo stato dei conti e delle liti al potenziale acquirente. Ma nella fattispecie non dice – la reclamante – di aver avuto intenzione di vendere il suo appartamento, ovvero non allega e non prova di aver subito un qualunque pregiudizio per l'omissione dell'amministratore.

Quanto al fatto di non aver esercitato l'azione legale – deliberata nell'assemblea – per recuperare il credito nei confronti del M. derivante dal mancato pagamento dei canoni di locazione dell'appartamento condominiale, la contestazione è infondata. Nella seduta del 06.06.16 l'amministratore ha informato l'assemblea del fatto che l'avvocato incaricato di recuperare il credito non era riuscito a comunicare al debitore la richiesta di pagamento stante la sua irreperibilità. L'assemblea preso atto favorevolmente del rilascio dell'appartamento da parte del M. non ha deciso di insistere nel recupero del credito rinunciando implicitamente all'esercizio dell'azione legale per ovvie ragioni di opportunità, illustrate dalla difesa del P. e legate alla irreperibilità e non solvibilità del debitore. Pertanto – come ha osservato giustamente il Tribunale – nel fatto non può ravvisarsi una colpevole inerzia dell'amministratore.

È fondato invece il motivo proposto dalla reclamante contro la liquidazione delle spese legali. Stante la novità della questione trattata nel presente procedimento, relativa all'interpretazione della nuova normativa condominiale, ed essendo pure state accertate alcune violazioni, sia pure di carattere prevalentemente formale e tali da non giustificare l'accoglimento del ricorso, appare comunque giustificata la compensazione delle spese di entrambi i gradi del procedimento.

### **P.Q.M.**

La Corte respinge nel merito il reclamo.

Riformando sulle spese il provvedimento reclamato, compensa interamente tra le parti le spese dei due gradi del procedimento.

Tribunale di Savona, 2 maggio 2017, n. 517, Giudice Unico Pelosi.

**CONTRATTI bancari – sottoscrizione – nullità di protezione – tutela del contraente debole – tutela dell'investitore – commissioni di massimo scoperto – usura – tassi usurari – usurarietà – tasso-soglia - onere probatorio – mutuo fondiario – interessi moratori – interessi corrispettivi – anatocismo – ammortamento alla francese.**

*Non è essenziale la sottoscrizione del contratto da parte del funzionario della banca perché possa dirsi rispettato il requisito formale.*

*Il requisito formale ex art. 1350 c.c., nel caso di documento sotto-*

*scritto dal solo cliente, è soddisfatto sulla base delle seguenti argomentazioni: (a) si è in presenza di una nullità di protezione: protezione finalizzata, in particolare, a garantire la conoscibilità, da parte dell'investitore, (i) del tipo di attività che verrà prestata in suo favore e (ii) delle condizioni contrattuali applicabili per la prestazione dei servizi di investimento, al precipuo fine di eliminare quello squilibrio informativo che connota i rapporti contrattuali in discorso. Queste esigenze si realizzerebbero anche in presenza di un contratto sottoscritto solo dal correntista, senza che sia necessaria l'apposizione della firma della banca o dell'intermediario qualora la relativa volontà di concludere il rapporto possa comunque ritenersi espressa alla luce di altre circostanze, quali l'intervenuta predisposizione unilaterale del documento contrattuale o l'esecuzione del rapporto nel tempo; (b) nei contratti per cui è richiesta la forma scritta ad substantiam non è necessaria la simultaneità delle sottoscrizioni dei contraenti, essendo equipollenti della sottoscrizione sia la produzione in giudizio della scrittura da parte di chi non l'ha sottoscritta, sia qualsiasi manifestazione di volontà risultante da uno scritto diretto alla controparte, da cui emerga l'intento di avvalersi del contratto; (c) vi è l'esigenza di evitare una tutela eccessiva nei confronti della parte debole del rapporto, come nel caso in cui si consentisse a questi, dopo che per anni le parti hanno dato esecuzione al rapporto, di approfittare di uno strumento offerto a suo vantaggio (ovvero dell'azione di nullità per difetto di forma scritta) per chiedere in mala fede la caducazione integrale di un rapporto eseguito per anni ed in precedenza mai contestato, in evidente danno dell'istituto di credito.*

*In materia di commissioni di massimo scoperto, in un contesto così variegato e complicato, perché il cliente si renda conto di cosa gli viene chiesto, è essenziale che la clausola in esame sia disciplinata in termini precisi. A tal fine, la funzione della cms deve emergere sin dalla sottoscrizione del contratto; la causa deve, cioè, essere espressa per iscritto ex art. 117 TUB. Ciò comporta che per iscritto devono emergere sia il tasso della commissione che i criteri e la periodicità del calcolo (ovvero la percentuale, la base di calcolo, i criteri e la periodicità dell'addebito). Ad es., deve essere chiaro sin ab origine, e non secondo la prassi poi applicata dalla singola banca, se la CMS si applica anche per un solo giorno di scoperto e per qualsiasi importo oppure solo se lo scoperto supera un determinato importo e/o se perdura per un certo numero di giorni consecutivi o se si verifica più volte nel periodo di riferimento. Mancando tali riferimenti, la relativa clausola è nulla ex art. 1346 c.c.*

*In materia di tassi di interesse usurari, l'attore che contesti il superamento dei tassi soglia ha l'onere non solo di indicare in modo specifico in che termini sarebbe avvenuto tale superamento, ma anche e, comunque, di produrre i decreti e le rilevazioni aventi per oggetto i tassi soglia (che costituiscono un provvedimento amministrativo e non normativo, con la conseguenza che ad essi non è applicabile il principio iura novit curia). Infatti, l'art. 113, comma 1, c.p.c. va letto ed applicato con riferimento all'art. 1 delle disposizioni preliminari al codice civile, che non comprendono gli atti suddetti tra le fonti del diritto.*

*Il giudizio in punto di usurarietà si basa sul raffronto tra un dato concreto (lo specifico TEG applicato nell'ambito del contratto oggetto di contenzioso) ed un dato astratto (il TEGM rilevato con riferimento alla tipologia di appartenenza del contratto in questione), sicché – se detto raffronto non viene effettuato adoperando la medesima metodologia di calcolo – il dato che se ne ricava non può che essere in principio viziato.*

*Siccome il mutuo fondiario non è di scopo, in assenza di un vincolo di destinazione ex lege, la pattuizione è lecita in virtù del principio a monte di una libertà del mutuatario di impiegare come crede la provvista erogata.*

*In materia di interessi moratori, ai fini della valutazione della normativa in materia di usura, non è possibile semplicisticamente sommare il tasso di interessi convenzionale con quello previsto per gli interessi moratori: la sommatoria riguarderebbe interessi calcolati sull'intero capitale (i corrispettivi) ed interessi determinati percentualmente su una diversa realtà (la frazione mensile portata in ammortamento). Infatti, le basi di calcolo di interessi corrispettivi e moratori sono diverse: i corrispettivi si calcolano sul capitale, mentre i moratori si calcolano sulla rata scaduta non pagata.*

*La disciplina degli artt. 644 c.p. e 1815 c.c. non è applicabile agli interessi moratori, poiché: (a) interessi moratori ed interessi corrispettivi svolgono una diversa funzione; (b) l'art. 644, 1° comma, c.p., inequivocabilmente stabilisce che possano essere usurari gli interessi dati o promessi «in corrispettivo di una prestazione di denaro o di ogni altra utilità», ossia quegli interessi che si qualificano appunto come corrispettivi; (c) tale soluzione risulta coerente con la normativa comunitaria; (d) gli interessi moratori sono espressamente esclusi dal calcolo del TEGM; (e) non computare gli interessi moratori ai fini del TEGM e computarli ai fini del TEG significa andare contro la ratio del sistema: infatti, tenendo bassi i tassi soglia, senza considerare gli aspetti patologici, si renderebbero antieconomici alcuni servizi di finanziamento che non sarebbero più gestiti dagli istituti bancari con la conseguenza di escludere dal finanziamento bancario una fascia rilevante di imprenditori a rischio di insolvenza, spingendoli verso l'usura criminale; (f) alla luce della previsione, da parte del D.L. n. 132 del 2014, di un interesse legale di mora parametrato con rinvio al tasso di interesse legale per le transazioni commerciali di cui al D.Lgs. n. 231 del 2002, che è un tasso che per diverse operazioni è risultato superiore al c.d. tasso soglia, se «si dovesse opinare per l'ammissibilità di un raffronto degli interessi moratori con il Tasso Soglia attualmente disponibile, arriveremmo alla conclusione paradossale e per evidenti ragioni non condivisibile, per cui il tasso di interesse moratorio previsto dallo stesso legislatore risulterebbe usurario per una molteplicità di contratti, con l'effetto di qualificare come illegittimo un tasso di interesse imposto dal legislatore»; (g) nel disporre la regola di cui all'art. 1815 c. 2 c.c., il legislatore ha avuto riguardo ai soli interessi corrispettivi, come si evince dalla previsione di cui al co. 1 dell'articolo citato e dall'art. 1814 c.c.*

*Un fenomeno anatocistico nel caso di ammortamento alla francese può realizzarsi solo nel caso in cui non venga rispettata la scadenza del pagamento rateale e vengano computati gli interessi di mora. In questo caso, però, opera l'art. 3 Delibera Cicr 8 febbraio 2000 che legittima l'applicazione dell'anatocismo.*

F.B.

## Motivi della decisione

### 1. I fatti di causa.

Risulta pacifico e documentale che tra le parti sono intercorsi diversi rapporti contrattuali.

In particolare, il 26 luglio del 2006, la società Monetto concluse con banca San Paolo un contratto di conto corrente (n. 2399).

Il rapporto, come emerge dalla ctu, fu estinto in data 10 dicembre del 2009, con un saldo negativo per la società attrice, debitamente pagato.

Sul c/c in esame furono appoggiati altri rapporti.

In particolare:

apertura di credito per l'importo di euro 50.000,00 del 7 agosto del 2006; tale apertura di credito fu, poi, progressivamente ridotta ad euro 20.000,00.

Linea di credito per anticipi su fatture commerciali del 4 agosto del 2006, poi, incrementata da euro 20.000,00 ad euro

30.000,00 con contratto del 1 dicembre 2006;

Inoltre, il 29 settembre del 2009, la banca stipulò, poi, con la società Monetto un contratto di mutuo fondiario;

In relazione al rapporto di conto corrente, la società Monetto ha lamentato:

L'indeterminatezza del tasso di interesse praticato e, comunque, l'assenza di forma scritta ex art. 117 TUB;

L'illegittimità degli interessi anatocistici pretesi;

L'illegittimità della commissione di massimo scoperto, indeterminata e, comunque, priva di causa;

L'illegittimità delle altre commissioni pretese dalla banca, in quanto non pattuite e, comunque, in violazione dell'art. 2 L. 2/09;

L'illegittimità delle variazioni del tasso di interesse della banca in assenza di comunicazioni e convenzioni;

L'illegittimità dei giorni valuta, dato che la banca non considerava, ai fini degli interessi, nel momento in cui registrava contabilmente le diverse operazioni, la data di effettivo compimento dell'operazione;

L'illegittimità delle spese richieste, non pattuite per iscritto;

L'usurarietà del tasso di interesse pattuito;

In relazione al rapporto di mutuo, parte attrice ha sostenuto: La nullità del contratto di mutuo per difetto di causa in quanto destinato a ripianare il debito della società, in realtà inesistente;

l'usurarietà del tasso di interesse applicato dalla banca, comunque superiore a quello dichiarato.

Parte attrice ha, poi, lamentato che vi era stata un'illegittima segnalazione alla centrale rischi.

Ha, quindi, chiesto il ricalcolo dei rapporti dare avere tra le parti.

Si è costituita in giudizio Intesa San Paolo la quale ha contestato le domande proposte chiedendone il rigetto.

Concessi i termini ex art. 183 c.p.c., la causa è stata istruita con la documentazione prodotta e con una ctu.

All'esito, le parti hanno precisato le conclusioni come in epigrafe.

## 2. Il rapporto di conto corrente.

### 2.1. illegittima applicazione del tasso di interesse passivo ultralegale.

Secondo gli attori, la banca avrebbe preteso un tasso di interesse non previsto per iscritto in contratto.

La circostanza è stata contestata da parte convenuta.

Come si evince dal contratto prodotto sub doc. 1 di parte convenuta, le parti pattuirono un tasso di interesse debitore, relativo ai saldi a credito della banca, pari al 13,75% (doc. 1 di parte opposta). Tale rapporto fu, poi, modificato con gli accordi di cui al doc. 2 di parte opposta, sufficientemente specifici nel determinare il tasso di interessi praticato, così come specifico fu il tasso di interesse indicato negli altri rapporti sopra indicati (prod. da 3 a 6 di parte opposta).

Il ctu ha, quindi, evidenziato che, salvo quanto si dirà in punto ius variandi, la banca addebitò, in corso di rapporto, un tasso di interesse conforme a quello pattuito convenzionalmente e, poi, modificato con gli ulteriori rapporti accesi. In comparsa conclusionale, parte attrice ha evidenziato che il contratto bancario non rispettava il requisito della forma scritta in quanto non sottoscritto da entrambi i contraenti.

La banca ha prodotto, infatti, una copia del contratto sottoscritta dal solo cliente e non da alcun rappresentante della banca.

L'eccezione di nullità è infondata (ma non tardiva: sul punto, Cass. Sez. Un. 26242/14).

Sotto un primo profilo, si evidenzia che la stessa non è dimostrata.

Infatti, è noto, come, peraltro, sostenuto da parte convenuta in replica alla conclusionale, che, normalmente, alla banca viene consegnata una copia firmata dal cliente, mentre al cliente viene consegnata una copia firmata dalla banca (si veda l'art. 117, co. 1 TUB). Per poter ritenere fondata l'eccezione, quindi, parte attrice avrebbe dovuto o allegare di non aver ricevuto alcuna copia oppure produrre il documento consegnato.

La prima ipotesi è smentita dal doc. 1 di parte attrice laddove nell'instestazione del contratto di conto corrente si legge: "...diamo atto di aver ricevuto in data odierna la vostra proposta inerente l'accensione presso codesta filiale del seguente rapporto...". Per quanto riguarda, invece, l'altra ipotesi, la domanda deve essere respinta per difetto di prova, non essendo stato prodotto il relativo documento.

Secondo la giurisprudenza dominante, il titolare di un conto bancario che agisca per la ripetizione e/o anche solo per l'accertamento di asseriti indebiti (e/o la rettifica di determinate poste) ha l'onere di allegare e provare gli elementi costitutivi dell'azione promossa. La giurisprudenza, anche della Cassazione, ha più volte affermato che incombe sul correntista-attore la prova non solo dell'avvenuto pagamento, ma anche della "inesistenza di una causa giustificativa del pagamento per la parte che si assume non dovuta" (mancanza di causa debendi) ovvero del successivo venir meno di questa (Cass. 7501/12). In questi termini, non solo la giurisprudenza di merito (Trib. Napoli, sez. II, 11/06/2015, n. 8647; Trib. Vicenza, ord. 28/01/2016 in Redazione Giuffrè 2016, Trib. Ferrara, 30/10/2015, n. 927 in Redazione Giuffrè 2015; Trib. Modena 16 marzo 2016 in www.ilcaso.it e Trib. Livorno, 12/02/2016, n. 182 in Redazione Giuffrè 2016; Tribunale di Cosenza, 16 febbraio 2017, n. 332; Tribunale di Prato, sentenza 21 giugno 2016, n. 713 in Leggid'Italia; Tribunale di Taranto, 15 settembre 2015 e App. Napoli 3225/15 in www.ilcaso.it; Trib. Roma, 26 febbraio 2013, n. 4233, in www.expartecreditoris.it; Tribunale di Cagliari 20 maggio 2015 in Banca Borsa e titoli di credito n. 3 del 2016, pagg 312 e ss), ma anche quella di legittimità (Cass. 9201/15; Cass. 6511/16; Cass. 500/17 e Cass. 17923/16, secondo cui nessun rilievo ha il principio della vicinanza della prova al fine di una diversa conclusione).

Non è di ostacolo a tale conclusione il principio negativo non sunt probanda. Infatti, "*L'onere probatorio gravante, a norma dell'art. 2697 c.c., su chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero su chi eccepisce la modifica o l'estinzione del diritto da altri vantato, non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto "fatti negativi", in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude né inverte il relativo onere, gravando esso pur sempre sulla parte che fa valere il diritto di cui il fatto, pur se negativo, ha carattere costitutivo; tuttavia, non essendo possibile la materiale dimostrazione di un fatto non avvenuto, la relativa prova può essere data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, od anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo. (Fattispecie relativa all'azione avviata da alcuni correntisti nei confronti di una banca, con la quale si contestava il saldo negativo del conto corrente sotto il profilo, tra l'altro, dell'anatocismo e dell'usurarietà dei tassi di interesse applicati)*".

Tale onere deve essere assolto tramite la produzione dei contratti oggetto delle domande proposte e degli estratti conto nella loro interezza (Trib. Milano, 8 aprile 2010 e Trib. Milano, 24 settembre 2013).

In ogni caso, l'eccezione è infondata nel merito.

Sul punto, esiste un contrasto giurisprudenziale.

Parte della giurisprudenza (da ultimo Cass. 37/17; Cass. 7068/16 Cass. 5919/16; Cass. 8395/16) afferma che la sottoscrizione da parte di entrambi i contraenti è un requisito essenziale della forma scritta che non ammette equipollenti non essendo possibile convalidare un contratto nullo.

Lo scrivente aderisce, però, all'altro orientamento che ritiene non essenziale la sottoscrizione del contratto da parte del funzionario della banca perché possa dirsi rispettato il requisito formale. In questi termini, si vedano ex plurimis: Trib. Napoli n. 1924 del 13.2.2017 e Trib. Bergamo n. 26 del 11.1.2017, entrambe in www.expartecreditoris.it.; Corte d'Appello di Napoli, sez. III civile, 28 dicembre 2016 e Trib. Padova 4 agosto 2016 e Corte d'Appello Perugia 13 novembre 2015, tutte in www.ilcaso.it; Trib. Napoli 24 febbraio 2015 e Trib. Catania 27 gennaio 2015 in Borsa e titoli di credito 2016; Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2013, in Corr. giur., 2014, 63; Trib. Milano, 12 novembre 2013, in Nuova giur. Civ. comm. 2014, 854; Trib. Novara 19 luglio 2012, in www.ilcaso.it; Trib. Monza 13 maggio 2012 in www.ilcaso.it; App. Torino 16 marzo 2012 in www.ilcaso.it; Trib. Milano 21 febbraio 2012 in www.ilcaso.it; Trib. Milano 16 novembre 2011 in www.ilcaso.it; Trib. Novara 30 settembre 2011, in www.novaraius.it.; Trib. Roma 4 febbraio 2011 in www.ilcaso.it; Trib. Torino 23 novembre 2009, in Giur. it. 2010, 605; Trib. Novara 2 novembre 2009, in www.ilcaso.it.

Tale orientamento ritiene, comunque, soddisfatto il requisito formale ex art. 1350 c.c. nel caso di documento sottoscritto dal solo cliente sulla base delle seguenti argomentazioni:

La forma scritta per i contratti bancari si spiega per esigenze di tutela del contraente debole. In sostanza, la previsione di tale requisito risponde alla necessità di indurre il correntista a porre attenzione a quanto sta firmando, ponendolo nella condizione di esprimere un consenso informato e consapevole, in ordine al concreto

svolgere del rapporto ed ai costi dell'operazione conclusa (sia essa un contratto di finanziamento, un conto corrente o altro tipo di rapporto bancario). La forma scritta viene ritenuta un mezzo attraverso il quale si riduce la c.d. asimmetria informativa – dovuta alla minore quantità di informazioni che un soggetto, rispetto ad un altro contraente, ha la possibilità di acquisire – e si garantisce, quindi, una efficace circolazione dell'informazione, che è ritenuta primario elemento di efficienza e funzionalità del mercato stesso. In sostanza, si è in presenza di una nullità di protezione: protezione finalizzata, in particolare, a garantire la conoscibilità, da parte dell'investitore, (i) del tipo di attività che verrà prestata in suo favore e (ii) delle condizioni contrattuali applicabili per la prestazione dei servizi di investimento, al precipuo fine di eliminare quello squilibrio informativo che connota i rapporti contrattuali in discorso. Queste esigenze si realizzerebbero anche in presenza di un contratto sottoscritto solo dal correntista, senza che sia necessaria l'apposizione della firma della banca o dell'intermediario qualora la relativa volontà di concludere il rapporto possa comunque ritenersi espressa alla luce di altre circostanze, quali l'intervenuta predisposizione unilaterale del documento contrattuale o l'esecuzione del rapporto nel tempo. Di fatto, l'assenza della firma della banca non priva di contenuto il contratto redatto per iscritto o la sua conoscibilità da parte del cliente delle regole in esso comprese (di certa provenienza dalla banca), né può ritenersi che la banca abbia un suo sostanziale interesse a sottoscrivere un modulo che essa stessa ha predisposto e quindi ben conosce. Tale conclusione risulta oggi rafforzata dall'evoluzione normativa sopravvenuta che prevede che la violazione

della forma in materia bancaria comporta la nullità relativa, ossia una nullità che può essere fatta valere solo dall'investitore in quanto soggetto nel cui interesse la regola è sancita (e non già dalla Banca, cui quindi non si riconosce alcun interesse tutelato dalla forma scritta). In questi termini, si vedano l'art. 23 comma 3 TUF e l'art. 127 TUB come riformato dal Dlgs 218/10. Ciò conferma che la forma scritta risponde esclusivamente all'interesse del contraente e, quindi, non c'è alcuna ragione sostanziale per richiedere la sottoscrizione del contratto anche da parte della banca;

nei contratti per cui è richiesta la forma scritta ad substantiam non è necessaria la simultaneità delle sottoscrizioni dei contraenti, essendo equipollenti della sottoscrizione sia la produzione in giudizio della scrittura da parte di chi non l'ha sottoscritta, sia qualsiasi manifestazione di volontà risultante da uno scritto diretto alla controparte, da cui emerge l'intento di avvalersi del contratto (tra le tante Cass. 4564/12; Cass. 2223/06; Cass. 9543/02; Cass. 2826/00; Cass. 5868/94; Cass. 469/83; Cass. 2952/79; Cass. 3338/69). Da questo punto di vista, ogni comunicazione sottoscritta dalla banca volta a dare attuazione al contratto equivale alla sottoscrizione del contratto;

vi è l'esigenza di evitare una tutela eccessiva nei confronti della parte debole del rapporto, come nel caso in cui si consentisse a questi, dopo che per anni le parti hanno dato esecuzione al rapporto, di approfittare di uno strumento offerto a suo vantaggio (ovvero dell'azione di nullità per difetto di forma scritta) per chiedere in mala fede la caducazione integrale di un rapporto eseguito per anni ed in precedenza mai contestato, in evidente danno dell'istituto di credito. In questo caso, mancherebbe un interesse, se non quello di provocare, attraverso l'invalidità del contratto, un danno all'altro contraente. Si tratta, quindi, di un interesse non meritevole di tutela ex art. 1322 c.c. in capo al soggetto agente, in contrasto con i generali principi di buona fede e di solidarietà ed al divieto di abuso del diritto (oggi riconosciuto dall'art. 54 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, recepita all'art. 6 del TUE) oltre che con il divieto di venire contra factum proprium (Cass. 5273/07 e Cass. 8152/14). Tali rilievi trovano conferma non solo nell'art. 127 comma 2 del TUB nella sua versione attuale che prevede l'operatività delle nullità dei contratti bancari solo nel caso in cui comportino un "vantaggio" per il cliente, ma anche nelle stesse disposizioni codicistiche ed, in particolare, nell'art. 1421 c.c., che richiede espressamente un "interesse" da parte del soggetto che agisce in giudizio per rilevare la nullità del contratto.

Tali conclusioni hanno trovato sponda nella più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione: sul punto, si veda Cass. 17740/15 che riprende Cass. 4564/2012, affermando che "La previsione di forma scritta contenuta nell'art. 23 d.lg. n. 58/1998 (TUF) è soddisfatta dalla sottoscrizione del contratto da parte del solo investitore, allorché la copia prodotta in giudizio dal cliente rechi la dicitura «un esemplare del presente contratto ci è stato da voi consegnato». L'obbligo di forma scritta è altresì rispettato quando, alla sottoscrizione del contratto da parte del solo investitore, abbiano fatto seguito, anche alternativamente, la produzione in giudizio di copia del contratto da parte della banca, oppure la manifestazione di volontà della medesima di avvalersi del contratto stesso, risultante da plurimi atti posti in essere nel corso del rapporto (ad es. comunicazione degli estratti conto).

Si veda, inoltre, la recentissima Cass. 10447/17 che ha rimesso la questione alle Sez. Un. con argomentazioni analoghe a quelle sin qui sviluppate in relazione all'art. 23 Dlgs

58/98, norma gemella di quella in commento.

Per quanto riguarda poi, il contratto di apertura di credito, oltre a quanto qui sostenuto, si richiama Cass. 14470/05, secondo cui "In materia di disciplina della forma dei contratti bancari, l'art. 3, comma 3, della legge n. 154 del 1992 e, successivamente, l'art. 117, comma 2, del t.u.l.b., nella parte in cui dispongono che il C.I.C.R. può prevedere che particolari contratti, per motivate ragioni tecniche, possono essere stipulati in forma diversa da quella scritta, attribuiscono a detto Comitato interministeriale il potere -da questo conferito alla Banca d'Italia- di emanare disposizioni che integrano la legge e, nei limiti dalla stessa consentiti, possono derogarvi e che, perciò, costituiscono norme di rango secondario, la cui legittimità non è esclusa dalla mancata indicazione delle motivate ragioni tecniche della deroga, dovendo l'onere della motivazione ritenersi adempiuto mediante l'indicazione del tipo di contratto e la precisazione che esso deve riferirsi ad operazioni e servizi già individuati e disciplinati in contratti stipulati per iscritto. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto legittime le disposizioni contenute nella delibera del C.I.C.R. del 4.3.2003 - e, anteriormente, nel decreto emanato il 24.4.1992, in via d'urgenza, dal Ministro del tesoro - nonché nelle istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia, in forza delle quali il contratto di apertura di credito, qualora risulti già previsto e disciplinato da un contratto di conto corrente stipulato per iscritto, non deve, a sua volta, essere stipulato per iscritto, a pena di nullità)".

## 2.2. Interessi anatocistici.

Parte attrice ha lamentato che la banca aveva preteso illegittimamente interessi anatocistici.

La banca ha ribadito la legittimità del proprio operato.

Sul punto, l'art. 1283 c.c. prevede che "in assenza di usi contrari, gli interessi scaduti possono produrre interessi solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza, e sempre che si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi".

L'art. 1283 c.c. consente l'anatocismo soltanto in tre casi, alternativi tra loro:

- 1- accordo tra le parti (anatocismo convenzionale) successivo alla scadenza degli interessi, purché si tratti di interessi dovuti per almeno sei mesi;
- 2- domanda giudiziale successiva alla scadenza degli interessi ed anch'essa riferita agli interessi dovuti per almeno sei mesi (anatocismo giudiziale);
- 3- uso normativo contrario (anatocismo usuale) idoneo a derogare alla disciplina suddetta.

È noto che, in materia bancaria, la giurisprudenza aveva ritenuto inizialmente legittime le pretese delle banche di calcolare interessi anatocistici trimestrali, escludendo l'esistenza di un contrasto con la previsione di cui all'art. 1283 codice civile, sulla base dell'affermazione dell'esistenza di un uso normativo idoneo a derogare al divieto di anatocismo stabilito da tale norma.

A far data dal 1999, tuttavia, tale orientamento è stato superato.

Si è, quindi, negata l'esistenza di un uso normativo favorevole alla previsione di interessi anatocistici a favore delle banche, con la conseguenza che la relativa clausola che li prevede è nulla (sul punto, si vedano Cass. SSUU 21095/04 e Cass. SSUU 24418/10).

È, quindi, intervenuto il legislatore che con il dlgs 342/99 ha modificato la previsione dell'art. 120 TU Bancario. La nuova disciplina ha rimesso alla delibera del C.I.C.R. il compito di determinare i criteri per la produzione di interessi sugli interessi, fermo restando la necessità che sia garantita la parità

tra banca e cliente nella periodicità del calcolo degli interessi. Tale delibera è stata assunta in data 9 febbraio 2000.

Successivamente, l'art. 120TU bancario è stato modificato (peraltro, le modifiche non riguardano la presente fattispecie).

Tirando le somme, quindi, per i contratti conclusi ante 30 giugno 2000, nessun uso normativo giustifica l'anatocismo; per i contratti conclusi successivamente a tale data, l'anatocismo è stato legalizzato, purché sia rispettato il principio di simmetria.

Secondo le interpretazioni dominanti, inoltre, dal 1 gennaio 2014 è stato introdotto un divieto generalizzato di anatocismo. Al riguardo, il contratto in esame risulta concluso nel periodo intermedio tra il 2000 ed il 2014 ed ha cessato di produrre i suoi effetti prima delle modifiche normative.

La materia è quindi, disciplinata dalla delibera Cicr 9 febbraio 2000 sopra richiamata.

Questa ha riconosciuto la legittimità del calcolo degli interessi anatocistici, purché, però, venga garantita la medesima periodicità nel conteggio degli interessi creditori e di quelli debitori.

L'art. 1 della delibera CICR 9 febbraio 2000 consente la produzione di interessi su interessi nelle operazioni di raccolta del risparmio e di esercizio del credito, poste in essere sia dalle banche, sia dagli intermediari finanziari.

In particolare, l'art. 2, relativo al contratto di conto corrente, introduce, al comma 1, il principio della libertà contrattuale, con l'unico limite, previsto al comma 2, della parità tra i periodi di capitalizzazione degli interessi attivi e passivi.

*“Nel conto corrente l'accredito e l'addebito degli interessi avviene sulla base dei tassi e con le periodicità contrattualmente stabiliti. Il saldo periodico produce interessi secondo le medesime modalità. Nell'ambito di ogni singolo conto corrente deve essere stabilita la stessa periodicità nel conteggio degli interessi creditori e debitori. Il saldo risultante a seguito della chiusura definitiva del conto corrente può, se contrattualmente stabilito, produrre interessi. Su questi interessi non è consentita la capitalizzazione periodica”.*

L'art. 6 prevede che *“I contratti relativi alle operazioni di raccolta del risparmio e di esercizio del credito stipulati dopo l'entrata in vigore della presente delibera indicano la periodicità di capitalizzazione degli interessi e il tasso di interesse applicato. Nei casi in cui è prevista una capitalizzazione infrannuale viene inoltre indicato il valore del tasso, rapportato su base annua, tenendo conto degli effetti della capitalizzazione. Le clausole relative alla capitalizzazione degli interessi non hanno effetto se non sono specificamente approvate per iscritto.*

Nel caso di specie, a pag. 3 del contratto di conto corrente sotto la clausola *“periodicità di capitalizzazione degli interessi”* si prevede l'identica periodicità nel calcolo degli interessi, ragion per cui, essendo stato applicato il principio di simmetria richiamato dalla delibera Cicr, deve essere esclusa l'illegittimità denunciata. Tale clausola è, poi, ripetuta nell'art. 7 del contratto.

Inoltre, il contratto indica il tasso applicato, la periodicità (trimestrale) nonché la specifica approvazione scritta dell'art. 7 del contratto.

### 2.3. Nullità della commissione di massimo scoperto.

Secondo parte attrice, la commissione di massimo scoperta applicata era nulla per indeterminatezza e per difetto di causa.

Opposta la tesi di parte convenuta.

La commissione di massimo scoperto è così disciplinata nel contratto di conto corrente: comm. M.s.t. per superi affidamento 1,200%.

La natura giuridica della CMS (oggi superata, peraltro, dalla L. 2/09) è quanto mai controversa in giurisprudenza. Questa

viene definita come una *“remunerazione accordata dalla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma”* (Cass. 11771/02; Cass. 870/06). In sostanza, la sua funzione è quella di compensare l'intermediario bancario per l'onere di dover sempre essere pronto a fronteggiare l'utilizzo di un fido concordato: inizialmente, dunque, per la parte utilizzata del fido il corrispettivo per la banca era costituito dagli interessi, mentre per la parte non utilizzata la messa a disposizione era remunerata dalla predetta commissione.

Tuttavia, la prassi bancaria si è talora discostata da tale schema, tant'è che in altri casi, la CMS è stata definita come il corrispettivo per il rischio crescente assunto dalla banca in proporzione all'utilizzo dei fondi concessi in fido (Trib. Monza, 12 aprile 2011, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it); Corte d'Appello Lecce, 27 giugno 2000, n. 374, in *Contr.*, 2001, 364); in altri casi, si è tradotto in un onere accessorio da assimilare agli interessi passivi (Trib. Benevento, 28 febbraio 2008; Trib. Tortona, 19 maggio 2008; Trib. Brescia, 18 gennaio 2010 tutte in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)). A volte, infatti, il calcolo della commissione veniva effettuato sul massimo saldo dare di un determinato periodo (normalmente un trimestre), oltre il fido concesso; a volte, sia sull'importo affidato che, una seconda volta, sul massimo saldo dare extra fido; a volte, sull'importo intra fido che rientrasse in una ininterrotta situazione debitoria di durata superiore ad un periodo variamente determinato.

Per queste ragioni, si è sostenuto che *“Non si può dunque definire la commissione di massimo scoperto (mancando sino ad oggi una disciplina normativa o regolamentare sul punto), ma si deve prendere atto dell'esistenza di molteplici commissioni di massimo scoperto, con caratteristiche e con funzioni diverse”.*

Inoltre, è controverso se la causa della CMS fosse meritevole di tutela, dal momento che, sul punto, la giurisprudenza si è divisa; ad es., la CMS è stata ritenuta priva di causa laddove, pur essendo remunerativa dell'obbligo della banca di tenere a disposizione dell'accreditato una determina somma per un determinato periodo di tempo, fosse calcolata con una modalità di determinazione del tutto coincidente con quella propria degli interessi comportando un ulteriore aumento del costo effettivo del credito.

In altri casi, la CMS è stata ritenuta priva di causa nell'ipotesi in cui fosse calcolata su importi entro il limite del fido, oppure in relazione ad un conto corrente chiuso, ritenendo la giurisprudenza mancante, ovvero esaurito, l'impegno della banca a garantire la disponibilità del credito.

In un contesto così variegato e complicato, perché il cliente si renda conto di cosa gli viene chiesto, è, quindi, essenziale che la clausola in esame sia disciplinata in termini precisi. A tal fine, la funzione della cms deve emergere sin dalla sottoscrizione del contratto; la causa deve, cioè, essere espressa per iscritto ex art. 117 TUB. Ciò comporta che per iscritto devono emergere sia il tasso della commissione che i criteri e la periodicità del calcolo (ovvero la percentuale, la base di calcolo, i criteri e la periodicità dell'addebito). Ad es, deve essere chiaro sin ab origine, e non secondo la prassi poi applicata dalla singola banca, se la CMS si applica anche per un solo giorno di scoperto e per qualsiasi importo oppure solo se lo scoperto supera un determinato importo e/o se perdura per un certo numero di giorni consecutivi o se si verifica più volte nel periodo di riferimento.

Mancando tali riferimenti, come evidenziato anche dal ctu, secondo cui non vi è stata alcuna *“esplicitazione delle modalità di sua applicazione”* e dal ctp attoreo, la relativa clausola è nulla ex art. 1346 c.c.

#### 2.4. altre commissioni e modifiche del tasso di interessi.

Parte attrice ha lamentato che la banca aveva preteso altre commissioni non pattuite e, comunque, illegittime per violazione della L 2/09 per un totale di euro 99,45.

Inoltre, la Banca aveva modificato unilateralmente le condizioni contrattuali, anche in punto tasso di interesse.

L'art. 16 del contratto di conto corrente prevedeva espressamente il potere della banca di procedere alla modifica unilaterale delle condizioni economiche pattuite.

Non c'è prova del fatto che la banca comunicò, ex art. 2 bis, co. 3, DL 185/08, le nuove commissioni, né c'è prova di alcuna comunicazione ex art. 118 TUB.

Si è già detto sopra che l'onere della prova incombe sull'attore. Parte attrice ha assolto tale onere dimostrando, così come confermato dal ctu, che la banca applicò condizioni contrattuali diverse da quelle pattuite originariamente.

*“Una volta che sia emersa in giudizio l'invalidità di clausole relative a interessi e spese, è la banca convenuta a dover dare prova del proprio credito. Essa deve perciò ricostruire per intero l'andamento del conto, producendo in giudizio tutti gli estratti conto relativi al medesimo. (Corte di App. Lecce, 12 novembre 2015).*

Inoltre, *“È onere della banca dare la prova che la comunicazione con cui essa ha esercitato il jus variandi di cui all'art. 118 TUB è stato effettivamente ricevuto dal cliente. In difetto la modificazione resta inefficace” (ABF Milano 01 ottobre 2010 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)); “la banca resistente ha l'onere di allegare in termini specifici il fatto costitutivo del giustificato motivo di esercizio del ius variandi e di provare la avvenuta comunicazione al ricorrente del relativo atto di esercizio. Essa deve altresì dimostrare di aver rispettato il procedimento negoziale che è a tal fine prescritto dall'art. 118, comma 2, T.U.B., il quale richiede l'invio di una comunicazione contenente con caratteri evidenziati la formula «Proposta di modifica unilaterale del contratto», con preavviso minimo di due mesi, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente. Ne consegue che, ai sensi dell'art. 118, comma 3, T.U.B., le variazioni contrattuali unilateralmente decise dalla banca resistente sono inefficaci, se sfavorevoli al ricorrente” (ABF ROMA 13 gennaio 2014 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it))*

La Cassazione ha, poi, precisato: *“L'omessa comunicazione da parte della banca comporta l'inefficacia della modifica”*.

#### 2.5. Giorni di valuta.

Parte attrice ha lamentato che la banca aveva lucrato sugli interessi, calcolando per le diverse operazioni, non il tempo di effettuazione, bensì quello di registrazione.

Sul punto, il ctu vi ha provveduto.

Nessuna contestazione è stata formulata dalle parti.

#### 2.6. Tasso di interesse usurario.

Parte attrice ha sostenuto che, nel corso del rapporto, il TEG applicato dalla banca era risultato superiore al tasso usurario fissato dalla L 108/96.

A tal fine, ha prodotto un prospetto allegato alla citazione quale doc. 8, dal quale risulterebbe uno sfioramento per usura nell'ultimo trimestre del 2006, nell'ultimo trimestre del 2007, negli ultimi 2 trimestri del 2008 e nei primi 3 trimestri del 2009 (prod. 8 di parte attrice). Inoltre, parte attrice ha prodotto il DM sull'usura adottato il 19 giugno del 2009.

In comparsa conclusionale, poi, parte attrice ha specificato qual era la formula utilizzata per accertare lo sfioramento.

In particolare, la formula usata è quella del TAEG (conclusionale, pag. 27).

Parte attrice ha evidenziato, poi, sempre in conclusionale, che, anche utilizzando la formula del TEG vi sarebbe uno sconfi-

namento, nel 1° e nel 3° trimestre 2009.

La giurisprudenza maggioritaria, condivisa dallo scrivente, afferma che l'attore che contesti il superamento dei tassi soglia ha l'onere non solo di indicare in modo specifico in che termini sarebbe avvenuto tale superamento, ma anche e, comunque, di produrre i decreti e le rilevazioni aventi per oggetto i tassi soglia (che costituiscono un provvedimento amministrativo e non normativo, con la conseguenza che ad essi non è applicabile il principio iura novit curia). Infatti, l'art. 113, comma 1, c.p.c. va letto ed applicato con riferimento all'art. 1 delle disposizioni preliminari al codice civile, che non comprendono gli atti suddetti tra le fonti del diritto.

La Corte di Cassazione è costante nell'affermare l'inapplicabilità del principio iura novit curia ai DM: in questo senso, si vedano Cass. 7374/16 (relativa proprio ai DM in materia di usura); Cass., SS.UU., 9941/09; Cass. 12476/02, in Mass. Giust. civ., 2002, 1574; Cass. 11317/03 e Cass. 8742/01 in Mass. Giust. civ., 2001, 1272, queste ultime proprio in tema di decreti ministeriali determinativi del TEGM.

Negli stessi termini, anche la giurisprudenza di merito (Trib. Latina, 28 agosto 2013 in [www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it); Trib. Nola, 9 gennaio 2014, in [www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it); Trib. Ferrara, 5 dicembre 2013, in [www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it); Tribunale Mantova, sez. II, 12/04/2016, n. 451 e Tribunale Mantova, sez. II, 13/10/2015, n. 942, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Tribunale Roma, sez. VIII, 08/06/2013, n. 12523 in Redazione Giuffrè 2013; Tribunale Napoli, 04/11/2010 in Giurisprudenza di Merito 2011, 4, 981; Trib. Cremona, 17/1/17 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)).

Né può darsi applicazione ai principi in tema di non contestazione per enucleare il tasso soglia, dal momento che siamo nell'ambito di una materia sottratta alla disponibilità delle parti, trattandosi di reato.

A ciò deve aggiungersi che i decreti forniscono anche delle istruzioni operative su come va determinato il superamento dei tassi soglia che, ove questi non siano prodotti, non possono essere applicate dal Giudice.

Passando al caso concreto, quindi, può darsi rilievo unicamente agli sfioramenti relativi al 3° trimestre 2009 (prod. 11 di parte attrice).

Si deve, innanzitutto, verificare qual è la formula utilizzabile. Le istruzioni della Banca d'Italia hanno sicuramente valore vincolante per banche ed intermediari finanziari allorché inviano i dati relativi alle operazioni di credito per le rilevazioni trimestrali necessarie per la determinazione del TEGM.

Si discute, invece, se tali istruzioni siano vincolanti in ordine alla valutazione del superamento del tasso soglia.

Sul punto, la giurisprudenza è divisa.

Per un certo orientamento giurisprudenziale, le Istruzioni della Banca d'Italia non sono precetti cui gli operatori finanziari devono attenersi allorché stabiliscono il tasso di interesse di un determinato rapporto *“sia perché non sono finalizzate a stabilire il TEG del singolo caso, ma a richiedere agli intermediari dati da fornire al Ministero del Tesoro per stabilire il TEGM da osservarsi per il trimestre successivo, sia perché disposizioni certo non suscettibili di derogare alla legge ed in particolare la prescrizione di cui all'art. 644 c.p. in materia di componenti da considerarsi al fine della determinazione del tasso effettivo globale praticato”* (Corte d'Appello di Torino, sezione I civile, sentenza 20 dicembre 2013). La Cassazione, con la sentenza 46669/11, ha sostenuto che l'unica fonte normativa è la legge e non certo la circolare della BI con la conseguenza che il rispetto di tali istruzioni non esclude la sussistenza del reato. Ciò, però, non è sufficiente per ritenere che, nel caso di specie, si applichi non la formula elaborata dalla Banca d'Italia nelle istruzioni relative all'usura, bensì la diversa formula elaborata

dal consulente di parte attrice opponente.

Del resto, sotto un primo profilo, non c'è alcuna dimostrazione del carattere scientifico delle formule indicate da parte attrice, che hanno modificato la formula elaborata dalla banca d'Italia.

Sotto un secondo profilo, dal momento che il tasso praticato deve essere messo a confronto con il tasso soglia (condizionato, come visto, dal TEGM) vi è la necessità di raffrontare dati omogenei e, quindi, raccolti secondo i medesimi parametri, includendovi le medesime voci. Il giudizio in punto di usurarietà si basa, infatti, sul raffronto tra un dato concreto (lo specifico TEG applicato nell'ambito del contratto oggetto di contenzioso) ed un dato astratto (il TEGM rilevato con riferimento alla tipologia di appartenenza del contratto in questione), sicché - se detto raffronto non viene effettuato adoperando la medesima metodologia di calcolo - il dato che se ne ricava non può che essere in principio viziato.

In sostanza, l'utilizzo di metodologie e formule matematiche alternative, non potrebbe che riguardare tanto la verifica del concreto TEG contrattuale, quanto quella del TEGM: il che significa che il CTU - chiamato a verificare il rispetto della soglia anti-usura - non potrebbe limitarsi a raffrontare il TEG ricavabile mediante l'utilizzo di criteri diversi da quelli elaborati dalla Banca d'Italia, con il TEGM rilevato proprio a seguito dell'utilizzo di questi ultimi, ma dovrebbe viceversa procedere ad una sorta di nuova rilevazione del TEGM, sulla scorta dei parametri da lui ritenuti validi, per poi operare il confronto. Sotto un terzo profilo, non si può considerare che la formula elaborata da parte attrice non è enucleabile sulla base della sola interpretazione letterale dell'art. 644 c.p. Infatti, la fonte primaria non determina i modelli matematici (la formula) da utilizzare per il computo della "media" e, ovviamente, a criteri di calcolo diversi corrispondono soluzioni diverse ovverosia "soglie" differenti.

La scelta dei criteri matematici risponde ad una marcata discrezionalità tecnica, ragion per cui ammettere formule elaborate da soggetti non coinvolti nel procedimento di formazione del tasso soglia sarebbe incompatibile con il principio della riserva di legge vigente in materia penale. La Cassazione ha ripetutamente escluso che la disciplina dell'usura sia in contrasto con il principio della riserva di legge in quanto gli atti amministrativi indispensabili per connotare la fattispecie penale si limitano a "fotografare" la realtà esistente.

Sotto un quarto profilo, va ricordato che la riforma del reato di usura realizzata con la L. 108/96 ha inteso perseguire un evidente obbiettivo: la certezza. Ammettere la possibile proliferazione di formule matematiche diverse da quelle istituzionali significa andare contro la ratio della normativa indicata. Come riconosciuto da Corte Cost. 29/2002, la ratio della L. 108 del 1996, è quella di contrastare nella maniera più incisiva il fenomeno usurario: da un lato, rendendo più agevole l'accertamento del reato (attraverso l'individuazione di un tasso obiettivamente usurario e la trasformazione dell'appropriamento dello stato di bisogno, di difficile prova, da elemento costitutivo del reato a circostanza aggravante), e, dall'altro, inasprendo le sanzioni penali e civili connesse alla condotta illecita (artt. 1 e 4 della legge).

Sotto un quinto profilo, l'art. 644 c.p.c. è una norma penale parzialmente in bianco, posto che la concreta determinazione di un elemento costitutivo della fattispecie delittuosa è affidata ad una complessa procedura amministrativa che coinvolge il Ministero dell'Economia e delle Finanze e la Banca d'Italia e che culmina nella rilevazione dei tassi medi. La Legge non indica le modalità concrete della rilevazione né specifica quali formule matematiche o criteri di calcolo debbano essere utilizzati,

affidando piuttosto alle suddette autorità amministrative il compito di esercitare la propria discrezionalità tecnica al fine di individuare gli oneri rilevanti e tradurre in termini matematici i metodi di rilevazione dei tassi medi per ciascun tipo di operazione. È sufficiente, allora, leggere l'art. 3, co. 2 del DM 24 giugno 2009 (adottato in attuazione dell'art. 2 L. 108/96) prodotto da parte attrice secondo cui "le banche e gli intermediari finanziari, al fine di verificare il rispetto del limite di cui all'art. 2, co. 4, L. 108/96 si attengono ai criteri di calcolo delle istruzioni per la rilevazione del TEGM ai sensi della legge sull'usura emanati dalla Banca d'Italia e dall'Ufficio Italiano Cambi" per concludere che nessun soggetto diverso da quello menzionato dalla disposizione che precede può elaborare autonomi criteri di calcolo. Infine, quando il legislatore si è trovato in disaccordo con la metodica di rilevazione adoperata dalla Banca d'Italia, alla quale la legge ha conferito la massima discrezionalità tecnica nella determinazione dei criteri di segnalazione dei tassi effettivi globali medi, è intervenuto specificamente, come avvenuto nel caso della commissione di massimo scoperto (si veda il DL 185/08 che ha espressamente previsto la revisione delle Istruzioni della Banca d'Italia in materia di commissione di massimo scoperto, con specifica inclusione di tale commissione nel calcolo del TEG).

In conclusione, si possono, forse, anche ritenere fondate le critiche alla formula elaborata dalla Banca d'Italia; tuttavia, in questa sede non si hanno poteri di integrazione del precetto dell'art. 644 c.p., affidati, invece, all'Autorità amministrativa, ma si devono applicare le disposizioni create dal legislatore; se si ritiene che la formula della Banca d'Italia è illegittima, la conclusione non può essere quella della sua sostituzione con altra formula più adeguata, in quanto una simile sostituzione si porrebbe in insanabile contrasto con la previsione dell'art. 25 Cost., bensì dovrebbe essere quella di disapplicarla tout court, con la conseguenza che la materia rimarrebbe priva di tutela penale.

Nel senso che la formula della Banca d'Italia è imprescindibile e non c'è spazio per una formula TAEG, si vedano Tribunale di Milano, 19-03-2015 n. 3586 in <http://www.expertecredito.it>, nonchè Trib. Monza 2205/16 del 20 luglio 2016 in [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Tribunale di Pistoia, 222/17 del 7 marzo 2017 in [www.Leggitalia.it](http://www.Leggitalia.it).

Con riferimento specifico alla inutilizzabilità della formula TAEG applicata in sede di usura invocata da parte attrice, si veda Trib. Catanzaro sez II civ., sentenza 7 febbraio 2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) secondo cui la formula TAEG (che al numeratore della formula suddetta trovano allocazione anche le imposte, escluse dal calcolo del T.E.G.) non è utilizzabile ai fini dell'usura in quanto "creata non già per verificare quale sia il tasso effettivo globale praticato dagli istituti di credito onde individuare il tasso soglia di usurarietà, ma allo scopo di indicare al consumatore che intenda accedere al credito al consumo il costo totale del credito, espresso in percentuale annua dell'importo totale del credito (art. 121, comma 1, lett. m), d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385)",

Tali conclusioni hanno convinto anche la Cassazione la quale ha affermato in motivazione (sent. 12965/16): "In definitiva, può sostenersi che quand'anche le rilevazioni effettuate dalla Banca d'Italia dovessero considerarsi inficiate da un profilo di illegittimità (per contrarietà alle norme primarie regolanti la materia, secondo le argomentazioni della giurisprudenza penalistica citata), questo non potrebbe in alcun modo tradursi nella possibilità, per l'interprete, di prescindervi, ove sia in gioco - in una unitaria dimensione afflittiva della libertà contrattuale ed economica - l'applicazione delle sanzioni penali e civili, derivanti dalla fattispecie della cd. usura presunta, dovendosi allora ritenere radicalmente inapplicabile la

disciplina antiusura per difetto dei tassi soglia rilevati dall'amministrazione. Ed in effetti, l'utilizzo di metodologie e formule matematiche alternative, non potrebbe che riguardare tanto la verifica del concreto TEG contrattuale, quanto quella del TEGM: il che significa che il giudice - chiamato a verificare il rispetto della soglia anti-usura - non potrebbe limitarsi a raffrontare il TEG ricavabile mediante l'utilizzo di criteri diversi da quelli elaborati dalla Banca d'Italia, con il TEGM rilevato proprio a seguito dell'utilizzo di questi ultimi, ma sarebbe tenuto a procedere ad una nuova rilevazione del TEGM, sulla scorta dei parametri così ritenuti validi, per poi operare il confronto con il TEG del rapporto dedotto in giudizio".

Ancor più recentemente, la Cassazione (sent. 22270/16) ha affermato in motivazione che "dev'essere infine ravvisato nell'esigenza di assicurare che l'accertamento del carattere usurario degli interessi, dal quale dipende l'applicazione delle sanzioni civili e penali previste al riguardo, abbia luogo attraverso la comparazione di valori tra loro omogenei. Poichè, infatti, ai fini della configurabilità della fattispecie dell'usura c.d. oggettiva, occorre verificare il superamento del tasso soglia, determinato mediante l'applicazione della maggiorazione prevista dalla L. n. 108 del 1996, art. 2, comma 4, al tasso effettivo globale medio trimestralmente fissato con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze in base alle rilevazioni effettuate dalla Banca d'Italia conformemente alle citate istruzioni, è necessario che il tasso effettivo globale applicabile al rapporto controverso, da porre a confronto con il tasso soglia, sia calcolato mediante la medesima metodologia".

Per quanto riguarda, invece, l'applicazione della formula d'Italia, secondo parte attrice (conclusionale, pag. 26), vi sarebbe uno sfioramento nel terzo trimestre 2009.

L'allegazione è, però, tardiva, dal momento che la comparsa conclusionale ha un ruolo meramente illustrativo delle difese precedentemente svolte e non può contenere nuovi accertamenti in fatto quali i complessi calcoli richiesti da parte attrice. Diversamente, sin ab origine le parti devono essere poste nella condizione di conoscere tutti gli elementi di fatto sui quali dovrà svolgersi il contraddittorio. Nel processo, il contraddittorio si è svolto sul superamento del tasso soglia in applicazione di una formula diversa da quella poi richiamata in conclusionale da parte attrice e ritenuta in concreto applicabile.

Ne discende che anche tale eccezione è infondata.

### 2.7. Domanda di ricalcolo.

Parte attrice ha chiesto di rideterminare contabilmente i rapporti debito credito intercorrenti tra le parti.

Secondo parte convenuta, tale domanda sarebbe inammissibile per difetto di interesse.

A tal fine, parte convenuta ha citato sia Cass. Sez. Un. 27187/06 che 3 sentenze del Tribunale di Genova del 25 marzo 2015 pubblicate sul sito [www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it). A queste può aggiungersi anche Trib. Bologna, sez. III, sent. 4 giugno 2014 in [www.Leggiditalia.it](http://www.Leggiditalia.it). Infatti, si è sostenuto che la proposizione di una domanda di accertamento dei rapporti dare avere tra le parti costituisce un elemento frazionistico del diritto alla ripetizione.

Tuttavia, non si può non considerare che le domande sinora esaminate sono funzionali ad altre domande proposte da parte attrice, circostanza che legittima l'esame del saldo.

Infatti, parte attrice ha sostenuto che il contratto di mutuo, intercorso con la banca, che, peraltro, risulta tutt'ora in essere, era nullo, per difetto di causa. Ciò, tra l'altro, in quanto secondo l'attore, il mutuo era funzionale ad estinguere proprio il debito vantato dalla banca in relazione al c/c in esame. Parte attrice ha, quindi, interesse ad accertare se era o meno debitrice della banca quanto meno al momento della stipula del mutuo.

Inoltre, parte attrice ha chiesto di condannare parte convenuta per illegittima segnalazione alla centrale rischi.

Tali domande presuppongono un accertamento dell'esistenza o meno di un saldo attivo o passivo a favore della banca o del correntista.

Peraltro, tale interesse è strettamente correlato all'accoglimento di tali domande. Solo entro questi limiti, quindi, sarà possibile esaminare il saldo del c/c.

## 3. Il contratto di mutuo fondiario.

### 3.1. Nullità per difetto di causa.

Secondo parte attrice, il contratto di mutuo, stipulato in data 29 settembre 2009, sarebbe nullo per difetto di causa in quanto: a) il mutuo fu stipulato per ripianare il debito della società Monetto nei confronti della Banca b) tale debito non era, appunto, esistente.

Quanto al punto sub a), mentre nel passato si è sostenuto che il mutuo assunto per estinguere un debito preesistente sarebbe nullo per un motivo illecito comune alle parti contraenti ex art. 1345 c.c. ovvero perché negozio fraudolento, la Cassazione nella sentenza 9482/13 ha sostenuto che "se il contratto di mutuo fondiario è stato stipulato solo per estinguere pregresse esposizioni debitorie - come in qualche modo prospettato, nella specie dalla convenuta - "il negozio non è nullo, ma non si possono applicare le norme speciali previste dagli artt. 38 e ss. del TU bancario e in particolare la disposizione dell'art. 39 che prevede il consolidamento e la non revocabilità dell'ipoteca fondiaria, decorso il termine di dieci giorni dall'iscrizione". In sostanza, siccome il mutuo fondiario non è di scopo, in assenza di un vincolo di destinazione ex lege, la pattuizione è lecita in virtù del principio a monte di una libertà del mutuatario di impiegare come crede la provvista erogata.

In termini analoghi, si veda la giurisprudenza dominante: Trib. Ravenna, Ord., 21/01/2014 in [Leggiditalia.it](http://Leggiditalia.it); Cass. n. 19282/2014 Cass. 28662/2013; Cass. 21020/2013.

Il contratto di mutuo sia nullo solo nell'ipotesi in cui manchi la causa del contratto e, quindi, nell'ipotesi in cui il debito preesistente in funzione del quale il mutuo era stato contratto, in realtà, non esisteva.

Il mutuo fu contratto il 29 settembre del 2009.

A tale data, come si evince dalla ctu Pasquali, comunque, la banca era creditrice di una somma di euro 42.930,69.

Ne discende che il mutuo era perfettamente valido.

Si potrebbe forse porre un problema di nullità parziale ex art. 1419 c.c. tenuto conto del fatto che questo fu contratto per un importo superiore.

Sul punto, però, non ci sono elementi per valutare se il mutuo sarebbe comunque stato contratto da parte attrice.

### 3.2. Nullità per usurarietà della clausola prevedente gli interessi.

Parte attrice ha sostenuto che il tasso applicato dalla banca nel mutuo sarebbe usurario. A tal fine, ha considerato tutti i tassi di interessi indicati nel rapporto: tasso di interesse base, tasso di mora tasso di preammortamento.

Ha, quindi, ricavato un Taeg del 7,31%, superiore al tasso soglia pari al 6,6900%.

In realtà, lo scrivente ritiene che il metodo di calcolo adottato da parte attrice non sia corretto.

Infatti, l'unica cosa certa (o, meglio, quasi certa, visto che vi sono sporadici precedenti contrari) affermata in giurisprudenza in materia di interessi moratori è che, ai fini della valutazione della normativa in materia di usura, non è possibile semplicisticamente sommare il tasso di interessi convenzionale

con quello previsto per gli interessi moratori, cosa, invece, fatta da parte attrice (da ultimo, si vedano Tribunale Milano, sez. VI, 08/03/2016, n. 3021 in Redazione Giuffrè 2016; Tribunale Bologna, sez. IV, 24/02/2016, n. 516 in Redazione Giuffrè 2016) Tribunale Milano, sez. VI, 27/10/2015, n. 11997 in Redazione Giuffrè 2015; Tribunale Reggio Emilia, sez. II, 06/10/2015, n. 1297 in Ridare.it 2015, 6 novembre; negli stessi termini, le decisioni dell'Arbitro Bancario).

Alcune sentenze si sono spinte oltre, sostenendo che la richiesta di sommare il tasso dell'interesse corrispettivo con quello dell'interesse moratorio configura gli estremi della condotta processuale gravemente colposa tanto da meritare la sanzione dell'art. 96 c.p.c. (sul punto, Trib. Padova, sez. II, 10 marzo 2015 in [www.iusletter.com](http://www.iusletter.com) e Trib. Reggio Emilia sent. cit.).

Del resto, la sommatoria riguarderebbe interessi calcolati sull'intero capitale (i corrispettivi) ed interessi determinati percentualmente su una diversa realtà (la frazione mensile portata in ammortamento). Infatti, le basi di calcolo di interessi corrispettivi e moratori sono diverse: i corrispettivi si calcolano sul capitale, mentre i moratori si calcolano sulla rata scaduta non pagata.

Inoltre, secondo la posizione del Tribunale di Savona, condivisa dallo scrivente, la disciplina degli artt. 644 c.p. e 1815 c.c. non è applicabile agli interessi moratori.

Per quanto la giurisprudenza maggioritaria (Corte Cost. 29/02; Cass. pen. 602/13; Cass. pen. 603/13; Cass. civ. 350/13; Cass. pen., 5324/03; Corte di Appello Roma Sez. II, 5 maggio- 7 luglio 2016, n. 4323 in I contratti 2017, 2, 131 e ss) e la stessa Banca d'Italia (con i chiarimenti in materia di applicazione della legge antiusura del 3 luglio del 2013) sostengano il contrario, lo scrivente dubita che la disciplina degli interessi usurari possa trovare applicazione con riferimento agli interessi moratori (nel senso qui sostenuto, si vedano Trib. Verona, 27 aprile 2014, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Milano, 22 maggio 2014 e Trib. Roma, 16 settembre 2014, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), dove incidentalmente sembra negarsi l'applicazione dell'art. 1815, comma 2°, c.c. agli interessi moratori; ABF, collegio di coordinamento decisione 1875 del 28 marzo 2014 in I contratti 2015, pag. 25 e ss. e ABF di Roma decisione 260 del 17 gennaio 2014 in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it)).

Infatti, l'argomento principe che affiora dalle pronunzie della Cassazione è quello letterale, già seguito dalla Corte costituzionale, anche se in via del tutto incidentale, nel 2002.

Tuttavia, il dato normativo è tutt'altro che unidirezionale dato che né gli artt. 644 c.p. e 1815 c.c., come novellati rispettivamente dagli artt. 1 e 4 della L. 7 marzo 1996, n. 108, né l'art. 1, comma 1, D.L. 29 dicembre 2000, n. 394 convertito con modifiche nella L. 28 febbraio 2001, n. 24, menzionano specificamente gli interessi moratori.

Gli argomenti a sostegno della usurarietà degli interessi moratori sono, in realtà, deboli e si fondano, da un lato, sull'assimilazione tra gli interessi corrispettivi e quelli moratori e dall'altro su argomenti letterali.

Secondo l'orientamento favorevole alla usurarietà degli interessi moratori, infatti, questi sarebbero comunque spese collegate all'erogazione del credito di cui all'art. 644 co. 4 c.p.

Inoltre, si fa leva sulla L. 394/00 che ha fornito l'interpretazione autentica dell'art. 644 c.p.

L'art. 1 co. 1 dl 394/00 nel fornire un'interpretazione autentica del reato di usura fa riferimento agli interessi "A qualunque titolo convenuti" (e, quindi, secondo l'interpretazione contestata, anche se pattuiti a titolo di mora).

Tuttavia, più convincenti sono gli argomenti contrari a tale interpretazione. Questi possono essere così riassunti:

sotto un primo profilo, si evidenzia la loro diversa funzione: gli interessi moratori, secondo quanto si desume in modo inequivoco fin dalla rubrica dell'art. 1224 c.c., costituiscono una preventiva e forfetaria liquidazione del danno risarcibile che l'inadempimento di un'obbligazione pecuniaria ha cagionato al creditore e non un corrispettivo per il mancato godimento di un bene fruttifero. A ciò si aggiunge anche la funzione compulsoria all'adempimento della mora poiché più il debitore tarda nell'esecuzione della prestazione di pagamento della somma di denaro e degli eventuali interessi corrispettivi, più crescono gli interessi moratori quasi sempre determinati in misura ben maggiore caso di una pronuncia come quella in commento in cui, con l'applicazione dell'art. 1815, comma 2, c.c., il debitore viene liberato di tutte le conseguenze del ritardato adempimento. In realtà, Gli interessi moratori presentano un'omogeneità di funzione rispetto alla penale (Cass. 23273/10), configurandosi come una penale di origine non convenzionale ma legale, che, però, secondo la Cassazione penale (sent. 5683/13), non è soggetta alla normativa in materia di usura. Lo stesso D.Lgs. 21 aprile 2016, n. 72, che nell'inserire al Titolo VI, dopo il Capo I del D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (Testo Unico Bancario), il "Capo I-bis Credito immobiliare ai consumatori" (art. 1, comma 2), specifica che il "Tasso annuo effettivo globale" o "TAEG" indica il costo totale del credito per il consumatore espresso in percentuale annua dell'importo totale del credito (art. 120 quinquies, comma 1) ed aggiunge (v. comma 2) che sono escluse dal costo totale del credito (nella parte che qui interessa) "le eventuali penali pagabili dal consumatore per l'inadempimento degli obblighi stabiliti nel contratto di credito".

Sotto un secondo profilo, l'art. 644, 1° comma, c.p., inequivocabilmente stabilisce che possano essere usurari gli interessi dati o promessi «in corrispettivo di una prestazione di denaro o di ogni altra utilità», ossia quegli interessi che si qualificano appunto come corrispettivi, in quanto costituiscono la prestazione sinallagmatica della dazione di una somma di denaro da parte del mutuante e del suo passaggio in proprietà del mutuatario. Neppure possono essere ricompresi nelle "spese collegate alla erogazione del credito" di cui al co. 4 dell'art. 644 c.p.: gli interessi moratori non sono collegati alla erogazione del credito, in quanto sono collegati a una vicenda completamente diversa, ossia all'inadempimento degli obblighi di pagamento. Né varrebbe, in contrario, osservare che il già menzionato art. 1, 1° comma, del d.-l. n. 394 del 2000, provvedendo a interpretare autenticamente l'art. 644 c.p. e l'art. 1815, 2° comma, c.c., avrebbe chiarito che possono essere usurari gli interessi promessi o comunque convenuti «a qualunque titolo», e, pertanto, anche quelli moratori. Il riferimento «a qualunque titolo» segue non gli interessi, ma l'espressione promessi o convenuti. Questo significa che la normativa in commento non ha ampliato l'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 644 cod. pen. e dell'art. 1815, comma 2, cod. civ. alla categoria degli interessi moratori (che in precedenza non vi rientrava), ma si è limitato a chiarire che possono essere usurari anche gli interessi (corrispettivi) che siano dissimulati o che, comunque, in frode al divieto imperativo posto dalla medesima disposizione di legge, siano convenuti in un apposito patto aggiunto o contrario al contratto stipulato tra le parti. "A qualunque titolo", quindi, indicherebbe la fonte degli interessi e non la categoria (corrispettivi/moratori). In realtà, l'autonomo contenuto precettivo dell'art. 1, 1° comma, del d.-l. n. 394 del 2000 è consistito nel limitare l'applicazione delle suddette disposizioni legislative agli interessi (corrispettivi) che fossero usurari al giorno in cui essi sono promessi o comunque convenuti «a qualunque titolo»,

escludendo, invece, che esse siano altresì applicabili agli interessi (corrispettivi) che siano divenuti usurari durante l'esecuzione del contratto. Ciò risulta chiaro, se si considera che i presupposti di necessità e di urgenza per l'emanazione del decreto-legge di cui si tratta sono espressamente individuati negli «effetti che la sentenza della Corte di cassazione n. 14899/2000 può determinare in ordine alla stabilità del sistema creditizio nazionale»: gli effetti di tale sentenza si riferiscono, infatti, all'usurarietà c.d. sopravvenuta degli interessi corrispettivi, non riguardando invece quelli moratori. Ulteriore conferma di quanto sopra si rinviene nella previsione di cui alla previsione dell'art. 2, co. 2, legge 28 gennaio 2009, n. 2, con la sua allusione a tutto ciò che deve essere inteso come previsione di «una remunerazione, a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente».

Sotto un terzo profilo, la soluzione sostenuta dalla giurisprudenza maggioritaria non risulta coerente con la normativa comunitaria. La direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008 relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE, prevede che «al fine di calcolare il tasso annuo effettivo globale, si determina il costo totale del credito al consumatore, ad eccezione di eventuali penali che il consumatore sia tenuto a pagare per la mancata esecuzione di uno qualsiasi degli obblighi stabiliti nel contratto di credito e delle spese, diverse dal prezzo d'acquisto, che competono al consumatore all'atto dell'acquisto, in contanti o a credito, di merci o di servizi». In termini analoghi, l'art. 4, n. 13), della proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in merito ai contratti di credito relativi a immobili residenziali (COM(2011)142), la quale è stata approvata dal Parlamento europeo il 10 settembre 2013 con emendamenti, espressamente prevede che dal costo totale del credito «sono escluse eventuali penali pagabili dal consumatore per la mancata esecuzione degli obblighi stabiliti nel contratto di credito». Infatti, «il calcolo del tasso annuo effettivo globale è fondato sull'ipotesi che il contratto di credito rimarrà valido per il periodo di tempo convenuto e che il creditore e il consumatore adempiranno ai loro obblighi nei termini ed entro le date convenuti nel contratto di credito» (art. 19, 3o paragrafo, direttiva 2008/48/CE).

Sotto un quarto profilo, gli interessi moratori sono espressamente esclusi dal calcolo del TEGM. Infatti, le istruzioni della Banca d'Italia (al paragrafo C4, «Trattamento degli oneri e delle spese») prevedono quali oneri sostenuti dal cliente debbano essere inclusi nella base di calcolo. Espressamente esclusi, per quanto qui rileva, sono «gli interessi di mora e gli oneri assimilabili contrattualmente previsti per il caso di inadempimento di un obbligo». Tale esclusione («i tassi effettivi globali medi non sono comprensivi degli interessi di mora contrattualmente previsti per i casi di ritardato pagamento») è costantemente ripresa anche nei decreti ministeriali che, ai sensi della ricordata normativa, periodicamente «rilevano» il TEGM, disponendone la pubblicazione nella G.U. (con la dianzi precisata efficacia, in sostanza, di determinarlo). Del resto, l'eventuale inclusione degli interessi moratori nel calcolo del TEGM avrebbe una conseguenza pregiudizievole per i clienti delle banche e degli intermediari abilitati. In tal caso, posto che il tasso degli interessi moratori è naturalmente maggiore di quello degli interessi corrispettivi, si verificherebbe infatti un aumento del TEGM, facendo così innalzare il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, ai sensi dell'art. 644, 3° comma, c.p. e dell'art. 2, 4° comma, della legge n. 108 del 1996. Secondo parte della giurisprudenza e della dottrina, esiste un principio di simmetria tra le voci che concorrono a formare il TEGM e quelle che concorrono a formare il TEG, nel senso che solo ciò che concorre

a formare la percentuale astratta identificata dal TEGM potrà poi concorrere a formare la percentuale concreta del TEG nel caso specifico che andrà confrontata con il TEGM. Come, insomma, sarebbe palesemente scorretto confrontare gli interessi convenuti per una specifica operazione di credito con i «tassi soglia» relativi ad una diversa tipologia di operazione creditizia, e così come esiste una simmetria cronologica nella disciplina sull'usura (l'usurarietà va valutata in relazione ai tassi soglia vigenti al momento della pattuizione), così risulta scorretto calcolare nel costo del credito ai fini della relativa valutazione in chiave di usurarietà i tassi moratori che non sono presi in considerazione per la determinazione dei «tassi soglia», perché in tutti e due i casi si tratta di fare applicazione del medesimo principio di simmetria. In sostanza, si tratta di confrontare un dato astratto ed uno concreto: vi è, quindi, un principio logico e matematico che impone la medesima composizione dei dati in raffronto. Riconosciuto come operante il principio di simmetria, non ci sono alternative: qualora gli interessi moratori dovessero computarsi ai fini dell'usura, il procedimento volto alla enucleazione dei tassi soglia che non li computa sarebbe illegittimo, con la conseguenza che il relativo tasso soglia sarebbe anch'esso viziato, con conseguente inevitabile disapplicazione del DM che lo prevede. Il principio di simmetria trova fondamento oltre che in un argomento logico e matematico (si tratta di raffrontare un dato astratto qual è il tegm ed un dato concreto qual è il teg e quindi, questo devono essere composti dai medesimi costi), anche nella norma. L'art. 644, comma 4, c.p., prevede che «per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito». Si tratta delle voci che compongono il teg. L'art. 2 della L. 108 menziona, invece, le voci che compongono il tegm, specificando che si deve tener conto di «commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari iscritti negli elenchi tenuti dall'Ufficio italiano dei cambi e dalla Banca d'Italia ai sensi degli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, nel corso del trimestre precedente per operazioni della stessa natura», con una formula che, sul piano letterale, non consente alcuna deroga al principio di simmetria. Inoltre, la L. 2/09 dimostra che il principio di simmetria è accolto dallo stesso legislatore. Infatti, la CMS è stata esclusa dal TEGM per lungo tempo dalla Banca d'Italia, pur essendo pacificamente soggetta alla disciplina dell'usura. Per questa ragione, il legislatore è intervenuto con l'art. 2 bis che ha imposto all'Autorità amministrativa di considerare la CMS nel TEGM. Con la disposizione in esame il legislatore ha affermato, da un lato, che la disciplina dell'usura si fonda sulla remunerazione e, dall'altro, che i due termini del confronto (TEG e TEGM) devono essere necessariamente costituiti dal medesimo aggregato di costi. La Cassazione civile ha recentemente ribadito il principio di simmetria operante nel settore dell'usura, con riferimento alla commissione di massimo scoperto, ma con affermazioni di principio sicuramente applicabili anche agli interessi moratori. Si vedano, in particolare, Cass. 12965/16 e Cass. sent. 22270/16.

Sotto un quinto profilo, inoltre, non computare gli interessi moratori ai fini del TEGM e computarli ai fini del TEG significa andare contro la ratio del sistema: infatti, tenendo bassi i tassi soglia, senza considerare gli aspetti patologici, si renderebbero antieconomici alcuni servizi di finanziamento che non sarebbero più gestiti dagli istituti bancari con la conseguenza di escludere dal finanziamento bancario una fascia rilevante di imprenditori a rischio di insolvenza, spingendoli verso l'usura

criminale. Gli unici ad avvantaggiarsi da tale interpretazione sarebbero i clienti morosi i quali potrebbero sfruttare tassi di interessi moratori più bassi e nonostante siano coloro che meno necessitano di tutela, dal momento che l'inadempimento che fa scattare l'obbligazione di pagare gli interessi moratori è a loro imputabile.

Sotto un sesto profilo, infine, recentemente, il D.L. n. 132 del 2014, convertito con la L. n. 162 del 10 novembre 2014, ha introdotto la previsione di un interesse legale di mora (per l'ipotesi di assenza di una specifica convenzione tra le parti sul punto), parametrato con rinvio al tasso di interesse legale per le transazioni commerciali di cui al D.Lgs. n. 231 del 2002, che è un tasso che per diverse operazioni è risultato superiore al c.d. tasso soglia (così come argomentato da parte convenuta e non contestato da parte attrice). E così, si è osservato che, se *“si dovesse opinare per l'ammissibilità di un raffronto degli interessi moratori con il Tasso Soglia attualmente disponibile, arriveremmo alla conclusione paradossale e per evidenti ragioni non condivisibile, per cui il tasso di interesse moratorio previsto dallo stesso legislatore risulterebbe usurario per una molteplicità di contratti, con l'effetto di qualificare come illegittimo un tasso di interesse imposto dal legislatore. Ciò che non sarebbe in ipotesi consentito alle parti (stabilire convenzionalmente interessi moratori “sopra-soglia”) risulterebbe, invece, oggetto addirittura di un obbligo (a carico del debitore moroso) previsto dallo stesso legislatore.*

Sotto un settimo profilo, poi, l'art. 1815 co. 2 c.c. prevede che *“se sono convenuti interessi usurari la clausola è nulla e non sono dovuti gli interessi”*. Nel disporre la regola in esame, il legislatore ha avuto riguardo ai soli interessi corrispettivi, come si evince dalla previsione di cui al co. 1 dell'articolo citato e dall'art. 1814 c.c. Solo per questi, il legislatore ha stabilito la nullità testuale della clausola (che li prevede), e la sanzione della non debenza di alcun interesse. Manca, invece, una testuale previsione di nullità per gli interessi moratori “usurari”. Né è possibile un'applicazione analogica, stante la notoria differenza tra interessi corrispettivi ed interessi moratori. Del resto, per gli interessi moratori - ove li si ritengano in astratto suscettibili di una valutazione di usurarietà - esiste un rimedio specifico, che è quello configurato dall'art. 1384 c.c. Non vale obiettare che, in tal modo, il trattamento degli interessi moratori “usurari” finirebbe per essere (alquanto) meno severo di quello riservato agli interessi “corrispettivi”: a prescindere dal fatto che è stato autorevolmente sostenuto che la diversità di disciplina giustificerebbe addirittura la sottrazione degli interessi moratori alla disciplina dell'usura, si evidenzia che tale differente trattamento si giustifica per il fatto che è assai più grave il comportamento della banca che “impone” un tasso “usurario” destinato ad operare (già) nello svolgimento fisiologico del rapporto (e, quindi, con riferimento agli interessi corrispettivi), dal comportamento di chi viola la “soglia” usuraria solo con riferimento agli interessi “moratori” (e non anche a quelli corrispettivi, in ipotesi mantenuti “infra-soglia”), e cioè ad interessi la cui applicazione è meramente eventuale, e, oltre tutto, dipendente da un illecito (inadempimento) della controparte. A questo, deve aggiungersi che il cliente della banca non rimarrebbe certo senza tutela: infatti, come detto, è sempre possibile invocare l'art. 1384 c.c., chiedendo la riduzione degli interessi moratori eccessivamente alti e, nel caso in cui sia parte un consumatore, sarà applicabile l'art. 33 lett. f) TU consumatori. Inoltre, non vale argomentare che, in questo modo, si favorirebbero comportamenti elusivi della normativa sull'usura in quanto basterebbe congegnare l'operazione in modo da provocare inadempimenti, come nell'ipotesi in cui si prevedesse un termine per la restituzione della somma finanziata di improbabile ri-

spetto. Tali ipotesi sarebbero riconducibili alla disciplina civilistica e penale dell'usura ex art. 1344 c.c. e, comunque, sarebbero sanzionabili con le forme dell'usura soggettiva.

### 3.3. Indeterminatezza del tasso di interesse.

Parte attrice ha sostenuto che il tasso di interesse applicato dalla banca sarebbe illegittimo, in quanto in violazione dell'art. 1283 c.c. Secondo l'attore, vi sarebbe una discrepanza tra il TAN (pari al 5,79%) dichiarato e quello reale (pari al 5,96%).

Ciò sarebbe la conseguenza di un fenomeno anatocistico conseguente al meccanismo di ammortamento alla francese.

In particolare, secondo parte attrice, gli interessi composti possono essere calcolati solo quando è maturato l'interesse effettivo e non prima, come avviene, invece, nell'ammortamento alla francese.

In sostanza, parte attrice censura il sistema di ammortamento alla francese di per sé, in quanto fonte di un fenomeno di anatocismo illegittimo.

La tesi non convince.

Di per sé, il metodo di ammortamento alla francese non è sinonimo di anatocismo.

Detto metodo prevede che ogni rata di pagamento si compone di due voci: un certo importo a titolo di capitale e un certo importo a titolo d'interessi. Inoltre, l'ammontare complessivo di ciascuna rata pagata dal mutuatario a ogni scadenza è identico. Peraltro, all'interno di ciascuna rata la quota di capitale e la quota di interessi non sono identiche: gli interessi da corrispondersi sono maggiori nelle prime rate e scendono progressivamente man mano che si procede verso l'ultima rata.

Nel metodo francese, siccome vengono pagati prima soprattutto gli interessi, la quota capitale si mantiene alta nel tempo (viene abbattuta più lentamente, in quanto inizialmente si abbattano soprattutto gli interessi). Ciò ha per conseguenza che gli interessi, che si calcolano su una quota di capitale alta, sono a loro volta alti.

Ma ciò è la diretta conseguenza del fatto che, nel sistema francese, rispetto a quello italiano, la quantità d'interessi che viene pagata dal mutuatario è nel complesso maggiore, in quanto la quota capitale - sulla quale si calcolano gli interessi - si mantiene più alta per un più lungo periodo di tempo.

È vero che tale sistema è vantaggioso per la banca in quanto questa riceve maggiori interessi ma è anche vero che questo è vantaggioso, sotto un altro profilo, per il debitore nel senso che consente, a differenza del sistema italiano, di avere rate sempre uguali e dunque di gestire meglio i flussi di cassa.

In sostanza, se il sistema francese produce maggiori interessi rispetto a quello italiano non è perché determina una capitalizzazione degli interessi, ma per la sua struttura particolare sopra descritta che prevede una quota decrescente di interessi. Il sistema non è illegittimo di per sé, in quanto l'art. 1194 c.c., che disciplina l'imputazione dei pagamenti (fra capitale e interessi), consente qualsiasi opzione, a condizione che vi sia il consenso delle parti.

Tali principi sono oggi pacifici (con la sola eccezione della criticata e non seguita sentenza del trib. Bari n. 113/08).

Un fenomeno anatocistico nel caso di ammortamento alla francese può, quindi, realizzarsi solo nel caso in cui non venga rispettata la scadenza del pagamento rateale e vengano computati gli interessi di mora. In questo caso, però, opera l'art. 3 Delibera Cir 8 febbraio 2000 che legittima l'applicazione dell'anatocismo (Trib. Roma 362/16 e Trib. Treviso 2476/15 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)). Un discorso a parte, ma che non può essere affrontato in assenza di allegazioni specifiche delle parti, è se tale disciplina possa oggi trovare applicazione alla luce della riforma dell'art. 120 TUB.

È, comunque certo che la normativa sopravvenuta non può certo comportare la nullità della clausola in esame, essendo la nullità per definizione un vizio genetico e non sopravvenuto.

Sul punto, la ctu ha concluso evidenziando che *Sulla scorta di tali parziali elementi fattuali si può dedurre che il rapporto di mutuo ha avuto esecuzione nel corso del tempo secondo modalità rispondenti alla disciplina convenzionale. Come si è detto, gli elementi informativi disponibili non consentono valutazioni di altra natura e, in particolare, non permettono di entrare nel merito della definizione delle somme ancora dovute dal mutuatario al proprio finanziatore*”.

In sostanza, secondo il ctu, la banca ha sempre applicato il TAN del 5,79% su base annua.

Era onere dell'attore dimostrare la lamentata discrasia.

### 3.4. Difetto di trasparenza e erronea comunicazione dell'ISC.

In comparsa conclusionale, parte attrice si è dilungata su tali profili (pagg. 32-36). Trattasi di argomenti nuovi, non sviluppati in precedenza, di cui, quindi, non può tenersi conto.

### 4. La segnalazione alla centrale rischi.

Parte attrice ha lamentato una indebita segnalazione alla centrale rischi, per la quale ha chiesto il risarcimento del danno.

Parte attrice non ha neppure allegato quale sarebbe il danno limitandosi ad indicare che questo era in re ipsa.

Al contempo, non c'è prova di quando fu effettuata la segnalazione.

Ne discende che anche tale domanda deve essere respinta.

La soccombenza reciproca, nonché l'inesistenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato in tema di usura giustificano la compensazione delle spese di lite e delle spese di ctu.

### P.Q.M.

In relazione al conto corrente 2399 del 26 luglio del 2006, dichiara la nullità della clausola prevedente la commissione di massimo scoperto, la nullità degli atti attraverso cui la banca ha esercitato la facoltà di cui all'art. 118 TUB e degli addebiti delle spese non previste come meglio specificato nella ctu dott. Pasquali con applicazione della valuta indicata dal ctu;

Respinge ogni altra domanda.

Tribunale di Genova, 2 maggio 2017 – Giudice Unico Calcagno – B. (Avv. Campana) c. Banco Popolare (Avv. ti Laudadio e Scopsi).

### **CONTRATTI bancari – prestazione di servizi di investimento – interesse ad agire in capo all'investitore che abbia aderito ad un'offerta pubblica di scambio – contratto di negoziazione – mancato adeguamento alla normativa sopravvenuta – nullità del contratto – esclusione – responsabilità per inadempimento – onere della prova – presunzione.**

(Artt. 1176, 1218 e 1375 c.c. e artt. 21 e 23 del d.lgs. n. 58/1998 e artt. 27, 28, 29, 30 Reg. Consob n.11522/98)

*Qualora l'investitore deduca la nullità dei contratti di acquisto di obbligazioni (nella specie argentine), sussiste l'interesse ad agire anche nel caso in cui l'attore non sia in grado di restituire i beni oggetto dei contratti per avere aderito ad un'offerta pubblica di scambio, non essendo tale condotta indice di alcuna volontà di rinunciare agli eventuali diritti vantati e potendo comunque essere oggetto delle restituzioni conseguenti alle domande di nullità i titoli ottenuti in contropartita dello scambio, mentre il valore di questi assume rilevanza sotto il diverso profilo dell'onere della prova afferente il danno patito.*

*Il mancato adeguamento alla normativa sopravvenuta della documentazione contrattuale relativa ai servizi di intermediazione finanziaria non comporta la nullità del contratto di negoziazione, poiché, in applicazione dei principi generali, essendo tele contratto, per le sue peculiari caratteristiche, un contratto di durata destinato a produrre i suoi effetti nel tempo, le eventuali clausole contrattuali incompatibili con il nuovo testo normativo devono considerarsi inoperanti e automaticamente sostituite dalle nuove norme di legge.*

*È onere della parte attrice che allegghi la nullità dei contratti di negoziazione stipulati anteriormente all'entrata in vigore del Dlgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF) e del Regolamento di esecuzione Consob n. 11522/1998, specificare quali obblighi, introdotti ex novo dalla normativa sopravvenuta, non solo non trovino rispondenza nelle clausole dei contratti quadro sottoscritti ma, inoltre, non possano ritenersi sostituiti in via automatica ex lege a quelli preesistenti in quanto non idonei ad una automatica sostituzione.*

*Ai sensi dell'art. 23 del Dlgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF), che si pone in linea con la regola generale fissata dall'art. 1218 cod. civ., nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, dedotto dal cliente investitore l'inadempimento consistente nella violazione degli obblighi ai quali l'intermediario finanziario è tenuto, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di avere agito con la specifica diligenza richiesta; grava, invece, sul cliente investitore l'onere della prova del nesso di causalità tra l'inadempimento ed il danno, attraverso un'analisi prognostica che si presta ad una prova da fornirsi sostanzialmente in via presuntiva.*

S.C.

### **Motivi in fatto e diritto della decisione**

Con atto di citazione regolarmente notificato B., premesso di aver acquistato su suggerimento del Banco di Chiavari e della Riviera Ligure, oggi Banco Popolare, (da ora Banca), in data 30.1.2004 obbligazioni Argentina 11,375%/10, corrispondenti ad euro 119.992,32 ed in data 21.11.2005 obbligazioni Argentina Step-Down/08 per euro 82.003,62 e di aver successivamente aderito all'offerta di scambio della Repubblica Argentina ottenendo in sostituzione titoli Pil, Discount Euro, Discount USD e Global ricevendo una somma irrisoria rispetto al valore degli investimenti, ha dedotto la nullità degli acquisti per mancanza di contratto quadro e la violazione degli obblighi informativi per non aver fornito le comunicazioni di legge all'esponente sulle specifiche operazioni disposte. Con riguardo a quest'ultima domanda ha precisato l'inadempimento dedotto: a. per non aver consegnato il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari, b. non aver richiesto notizie circa l'esperienza in investimenti in strumenti finanziari, la propensione al rischio, gli obiettivi di investimento; c. non aver informato l'investitore della non adeguatezza delle operazioni per oggetto, frequenza, tipo e dimensione e d. per violazione del conflitto di interesse. L'attore ha concluso chiedendo la dichiarazione di nullità delle operazioni dedotte e in subordine di grave inadempimento della convenuta per violazione della legge speciale e per l'effetto la risoluzione del contratto.

Con comparsa di costituzione la Banca ha depositato un contratto relativo alla “negoiazione, alla sottoscrizione, al collocamento e alla raccolta di ordini concernenti valori mobiliari” del 17.3.1992, una successiva documentazione contrattuale, ha dedotto l'esistenza di investimenti connotati da elevata rischiosità in capo all'attore nel periodo al quale le operazioni oggetto di causa si riferiscono ed ha eccepito: la carenza di interesse ad agire per l'adesione all'offerta dello Stato Argentino nel 2010, non essendo l'attore più in possesso dei titoli di cui alle operazioni og-

getto di causa; il rispetto dell'obbligo di forma scritta; la prova documentale del rispetto degli obblighi informativi; l'adeguatezza dell'operazione alla luce dell'operazione di rilevantissimo valore in bond argentini posta in essere dall'attore prima dell'acquisto del gennaio 2004; l'insussistenza del conflitto di interesse e comunque la carenza di prova della domanda risarcitoria.

Con la memoria autorizzata ai sensi dell'art. 183 c. 6 n. 1 c.p.c. parte attrice ha contestato la mancanza di adeguamento del contratto quadro alla normativa successiva ed in particolare alle prescrizioni del Reg. Consob n. 11522/98 e comunque la nullità degli acquisti per carenza della forma prevista dal contratto di negoziazione prodotto.

Ammesse prove orali, le parti hanno precisato le conclusioni e, all'esito della scadenza delle memorie difensive finali, la causa è stata trattenuta in decisione.

(...*Omissis*...)

### Carenza ad agire

In via del tutto pregiudiziale la Banca ha sollevato eccezione di sopravvenuta carenza ad agire. La tesi è legata alla scelta, effettuata dall'attore nel 2010, di adesione all'offerta pubblica di scambio volontaria – doc. 3 fasc. attoreo-. La tesi non può essere condivisa. La questione della impossibilità della restituzione dei beni oggetto dei contratti, come conseguenza delle restituzioni dipendenti dalle domande formulate, può essere superata dalla eventuale consegna dei titoli ottenuti in contropartita dello scambio, mentre il valore di questi assume rilevanza sotto il diverso profilo dell'onere della prova afferente il danno patito. Rispetto alla validità delle operazioni di intermediazioni mobiliare impugnate, l'interesse ad agire permane – vedi conforme Trib. Torre Annunziata 22.11.2006 “*La circostanza che l'investitore abbia aderito all'Offerta Pubblica di Scambio non è indice di alcuna volontà di rinunciare agli eventuali diritti vantati nei confronti di chi viene ritenuto responsabile di quell'acquisto e della conseguente perdita finanziaria: il fatto che dall'operazione sia comunque residuata una posta attiva, consistente nel valore dei titoli offerti in permuta agli originari bonds, andrà valutato nella determinazione del danno residuo che potrà essere richiesto. Il criterio differenziale tra somma spesa per l'acquisto e la somma ricavata dopo l'adesione all'O.P.S. corrisponde all'effettiva perdita economica subita*”.

### Nullità per mancanza o mancato adeguamento del contratto quadro

Parte attrice in atto di citazione ha dedotto la nullità delle operazioni di acquisto “a valle” per mancanza del cd “contratto quadro”, previsto dall'art. 23 Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, TUF – “*Contratti 1. I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, escluso il servizio di cui all'articolo 1, comma 5, lettera f), e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. La Consob, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo. 2...*”.

Con la comparsa di costituzione la Banca ha prodotto – sub. 1- un contratto disciplinante il servizio di investimento, datato 17.3.1992 ed altro, privo di data, - sub.2-, sottoscritto dall'attore, nel quale viene fatto espresso richiamo al Regolamento Consob n. 10943 del 30.9.1997, ed al quale è allegato il “Documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari”, redatto nel rispetto della Delibera Consob n. 10943 del 30.09.1997. I contratti sono quindi stati sottoscritti in data anteriore all'entrata in vigore del TUF e della Delibera Consob n. 11522/1998.

Parte convenuta, a fronte della produzione volta a dimostrare l'infondatezza dell'eccezione di nullità, a verbale di udienza 1.12.2014 ha evidenziato il mancato assolvimento da parte della Banca dell'obbligo di adeguamento dei contratti di negoziazione. La difesa, svolta poi nella memoria autorizzata successiva, è stata quindi tempestivamente sollevata, in quanto derivante dalle difese della convenuta. Parte attrice ha citato giurisprudenza che conclude per la nullità per carenza di contratto scritto in presenza del mancato adeguamento della contrattualistica alla normativa sopravvenuta. Chi scrive non ritiene corretta tale impostazione, in quanto la nullità non deve divenire un mero strumento formale, ma deve rispondere ai principi di tutela che lo strumento giuridico è diretto a difendere. Sul tema la Corte di Appello di Milano si è espressa sostenendo che non può in generale parlarsi di nullità in assenza di adeguamento a norme sopravvenute, in quanto i rapporti di investimento per loro natura sono rapporti di durata e dunque le norme incompatibili con quelle entrate in vigore successivamente devono ritenersi sostituite ex lege - vedi C. App. Milano 6.2.2013 “*Il mancato adeguamento alla normativa sopravvenuta della documentazione contrattuale relativa ai servizi di intermediazione finanziaria non comporta alcuna sanzione poiché, in applicazione dei principi generali, essendo il contratto di negoziazione, per le sue peculiari caratteristiche, un contratto di durata destinato a produrre i suoi effetti nel tempo, le eventuali clausole contrattuali incompatibili con il nuovo testo normativo devono considerarsi inoperanti e automaticamente sostituite dalle nuove norme di legge*”-. Nel caso di specie, inoltre, la previsione espressa della necessità di adeguamento, per altro in assenza dell'indicazione di una sanzione specifica, è contenuta nell'art. 36 Reg. Consob n. 10943 del 1997, il quale fa riferimento al contenuto dell'art. 18 del cd Decreto Eurosim, mentre nell'art. 23 TUF non si rinviene alcun ordine di adeguamento dei contratti in corso. Ne segue che parte attrice avrebbe dovuto specificare quali obblighi, introdotti “ex novo” dalla normativa del TUF 1998 e dal Regolamento di esecuzione Consob n. 11522/1998, non solo non trovavano rispondenza nelle clausole dei contratti quadro sottoscritti, ma non potevano ritenersi sostituite in via automatica “ex lege” a quelle preesistenti. Una conferma della correttezza di questa impostazione si individua nel contratto prodotto sub. 2 dalla Banca, laddove, nell'art. 1 “*Conferimento degli ordini*”, si legge al comma 2 “*La banca svolge le attività riguardanti i servizi di negoziazione in conto proprio e in conto terzi, di ricezione e trasmissione di ordini su strumenti finanziari ai sensi del decreto legislativo n. 415 del 23 luglio 1996 e successive modifiche e integrazioni e dei relativi regolamenti di attuazione*”; la norma pattizia prevede quindi un adeguamento automatico alla disciplina successiva. Anche sotto questo profilo emerge l'onere del cliente che lamenta la nullità di individuare la mancanza di adeguamento in termini specifici ed il mancato inserimento automatico di clausole incompatibili con quanto in precedenza disposto, nonché la funzione di protezione specifica delle regole introdotte e non idonee ad una automatica sostituzione.

La difesa legata alla dedotta nullità degli ordini per mancanza della forma scritta prevista dal contratto quadro non può portare quale conseguenza la nullità degli ordini di acquisto. Al di là della questione relativa alla novità della difesa, svolta solo con la memoria autorizzata ai sensi dell'art. 183 c. 6 n. 1 c.p.c., l'articolo 1 sul conferimento degli ordini prevede che “di norma” gli ordini siano impartiti per iscritto, né il contratto contiene la previsione, quale conseguenza della mancata osservanza, della sanzione della nullità. Inoltre, dalle modalità di rapporto intercorse tra il Sig. B. ed i funzionari della Banca, o meglio il D.C. e B., come descritti dai testi assunti –CM e LA-, la posizione di “buon cliente” del primo, sia nella veste di investitore privato sia

come amministratore di società, era tale per cui erano i funzionari a recarsi presso di lui onde non rendergli necessario recarsi negli uffici per gestire i suoi interessi. Posizione di chiaro favore determinata dalla qualità del cliente Sig. B.

Respinta l'eccezione di nullità per mancato adeguamento dei contratti quadro e per carenza di osservanza delle forme di conclusione degli ordini come previste dai contratti, occorre esaminare la domanda di inadempimento siccome derivante dall'allegato grave inadempimento agli obblighi informativi, obblighi caratterizzanti i rapporti di investimento in titoli mobiliari. Occorre ricordare che, con riferimento alle obbligazioni scaturenti dal contratto di negoziazione, l'investitore deve allegare l'inadempimento delle obbligazioni a carico dell'intermediario, nonché fornire la prova del danno e del nesso di causalità fra questo e l'inadempimento, anche sulla base di presunzioni; l'intermediario, a sua volta, deve provare l'avvenuto adempimento delle specifiche obbligazioni poste a suo carico, allegate come inadempite dalla controparte, e, sotto il profilo soggettivo, di avere agito "con la specifica diligenza richiesta".

L'art. 23 del Testo Unico della Finanza, sul piano della suddivisione degli oneri probatori, si pone in linea con la regola generale fissata dall'articolo 1218 c.c., che, in presenza dell'inadempimento, pone a carico del debitore la prova della sua non imputabilità. La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 17138 del 17 agosto 2016, ricordata da parte convenuta, affronta il tema della violazione degli obblighi informativi cui è tenuto l'intermediario. Nella pronuncia la Corte richiama il principio costantemente affermato secondo il quale, ai sensi dell'art. 23 del TUF, nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta; dedotto l'inadempimento consistente nella violazione degli obblighi informativi ai quali l'intermediario finanziario è tenuto, grava invece sul cliente investitore l'onere della prova del nesso di causalità tra l'inadempimento e il danno, attraverso una analisi prognostica che si presta ad una prova da fornirsi sostanzialmente in via presuntiva. Nella fattispecie oggetto della sentenza qui in esame è stata confermata la decisione della Corte di Appello di Napoli, la quale aveva stabilito che l'investitore non aveva offerto alcun elemento, neppure presuntivo, dal quale desumere che, ove informato della rischiosità dell'investimento, egli sarebbe receduto da esso. La fattispecie oggetto della odierna causa presenta un caso del tutto assimilabile a quello esaminato dalla Corte di Cassazione: l'acquisto ha riguardato obbligazioni Argentina emesse successivamente al default del 2001, dunque emesse da uno Stato la cui situazione di scarsa stabilità finanziario era fatto notorio. La Banca ha prodotto, sub. 8 e 9, documenti i quali evidenziano la presenza, in capo al Sig. B., di un investimento di notevole rilevanza in obbligazioni Argentina, presente sul dossier custodia titoli n. XXX esistente presso altro istituto bancario, Banca Popolare di L e sul dossier garanzia conto rif. c/v YYY ancora presso la Banca Popolare di Lodi - vedi in particolare pagine finali dei documenti richiamati-, dai quali emerge al 31.1.2004 la presenza di investimenti in Argentina 11.375% e Argentina 9,000 per importi di diversi centinaia di migliaia di euro. Tali investimenti risultano incrementati nel corso del 2004. Quindi, anche se si dovesse giudicare l'inosservanza da parte della Banca degli obblighi informativi di cui all'art. 23 TUF, si dovrebbe ritenere che non vi sono elementi per concludere che, se fosse stato correttamente informato, il Sig. B. avrebbe desistito dall'investire. Dai dati presenti emerge come la scelta di investire in obbligazioni di uno Stato con una economia di grande fragilità, alla quale corrispondevano titoli con elevato rendimento e costo minimo, sia stata consape-

vole e frutto di un'operazione complessa. Inoltre, nel caso di specie l'attore non ha neppure dedotto l'ammontare del danno, essendosi limitato ad affermare che, all'esito dell'adesione all'offerta di scambio, avrebbe ricevuto una somma irrisoria, definizione estremamente generica. Né a tale assoluta mancanza di individuazione del danno può sopperirsi con una eventuale CTU, la quale nel caso di specie avrebbe la funzione di sopperire alle carenze probatorie della parte.

Per completezza si osserva come il contenuto dei documenti 8 e 9 assuma notevole rilevanza anche sotto il profilo dell'adeguatezza dell'operazione oggetto di causa. La difesa attorea ha contestato i documenti chiedendone l'espunzione: non risulta che la documentazione sia stata acquisita in maniera illegittima, tanto non avendo dichiarato neppure l'attore. Dunque ben può essere utilizzata in causa, al fine di chiarire il profilo dell'attore.

Gli argomenti svolti esimono, in nome della ragione più liquida, dall'esaminare l'esistenza di prova circa l'adempimento degli obblighi informativi da parte della convenuta. In ultimo si osserva come non siano stati dedotti elementi di prova relativi al solo rappresentato conflitto di interessi.

La domanda deve essere respinta. Attesa la reiezione dell'eccezione di carenza di agire, deve essere operata una minima compensazione, nella misura di 1/3, ponendo l'onere residuo a carico dell'attore soccombente, nella misura indicata in dispositivo. Devono trovare applicazione i parametri medi dello scaglione relativo al valore della causa.

#### **P.Q.M.**

Il Tribunale di Genova, in persona del Giudice dott.ssa Lorenza Calcagno, ogni contraria istanza, eccezione e deduzione reietta, definitivamente pronunciando, così provvede: respinge l'eccezione di sopravvenuta carenza di interesse ad agire in capo all'attore; respinge le domande formulate, sia in via principale sia in via subordinata, dall'attore (...omissis...)

---

Tribunale di Genova, sez. I civ., 21 aprile 2017 - Giudice Unico Gibelli - M. (Avv. Barnaba) c. P. (Avv. Pagliettini) e c. Unipol Sai S.p.A. (Avv. Gavino).

#### **DANNI in materia civile - danni futuri da perdita parentale - transazione - nuova azione per il risarcimento - ammissibilità - esclusione.**

*In caso di transazione relativa a danni futuri la stessa si deve ritenere, salvo maggior specificazione contrattuale, relativa ai soli danni prevedibili al momento della stipula, danni da intendersi tuttavia come danni "ragionevolmente possibili" e non solo "altamente probabili".*

*Ne discende che se la transazione per danno da perdita parentale viene conclusa al momento in cui il congiunto è ancora in vita, e contiene la rinuncia ai danni patiti e da patirsi, la successiva morte del familiare, ove fosse una conseguenza ragionevolmente possibile della lesione originaria, non consente al superstiti di agire nuovamente per il risarcimento.*

#### **Motivi**

La causa, ha ad oggetto la richiesta di risarcimento del danno da perdita parentale patito dall'attrice a seguito del decesso del padre, signor G., avvenuto in data 05/08/2014, in conseguenza del sinistro stradale. Più in particolare l'attrice riferisce che il giorno 09/04/2012 il signor G., a bordo del proprio motociclo, unitamente alla moglie, quale trasportata, percorreva Via P., sita in Sestri Levante con direzione Moneglia. In tali circostanze, per un'improvvisa manovra posta in essere dal conducente del

motoveicolo antagonista, il convenuto signor P., il quale aveva imboccato le gallerie a senso unico alternato che conducono da Sestri a Moneglia soffermandosi in esse dimentico di essere su percorso regolato da semaforo a senso unico alternato, il signor G., e la di lui moglie, riportavano gravissime lesioni. A seguito delle stesse, e per loro conseguenza mediata il padre dell'attrice decedeva 2 anni dopo.

Medio tempore la compagnia di assicurazione, odierna chiamata, aveva erogato la somma di un milione di euro con emissione di quietanza transattiva, sottoscritta anche dall'attrice, quietanza nella quale era indicato un risarcimento per la stessa di euro 40.000,00, a saldo di ogni spettanza.

Il punto nodale di causa consiste quindi nello stabilire se sia possibile una nuova liquidazione del danno parentale a seguito del verificarsi di un "danno sopravvenuto ed imprevedibile", ovvero se la transazione abbia precluso ogni sviluppo ulteriore in giudizio di pretese iure proprio dell'attrice. Naturalmente le parti hanno sul punto posizioni opposte.

In punto di principio la giurisprudenza è in materia costante e ritiene possibile devolvere in transazione diritti futuri alla sola condizione che il loro sorgere (e si può aggiungere la loro futura entità) risulti oggetto di una previsione ragionevole al momento della conclusione del negozio.

**Cfr. Cassazione civile sez. III 31 maggio 2005 n. 11592**  
*Il danneggiato da un sinistro stradale il quale abbia transatto la lite con l'assicuratore del responsabile, può sempre chiedere il risarcimento dei danni (alla persona) manifestatisi successivamente e non prevedibili al momento della transazione, quand'anche le parti abbiano fatto riferimento ai danni futuri (Nella specie la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva escluso la risarcibilità del danno alla persona, essendosi accertato che il danno era esistente e noto all'atto della transazione, nè erano sopravvenuti aggravamenti del quadro clinico).*

In termini di interpretazione testuale del contratto si tratta di dar corpo alla espressione, consuetamente contenuta nelle transazioni suddetto "rinuncia ad ogni e qualsiasi danno anche futuro" (nel caso di specie si usa la brutta espressione "patiti e patendi"). I danni futuri sono per definizione incerti anche perché ordinariamente contrastati nella loro manifestazione, tuttavia possono essere oggetto di transazione, se prevedibili. Naturalmente la regola giurisprudenziale ha anche un riflesso oggettivo e tende a consentire un bilanciato temperamento degli interessi delle parti nell'ambito della transazione, limitando il carattere aleatorio della stessa, carattere che, ove esasperato, condurrebbe fuori dallo schema causale del negozio. Lo stesso infatti non è una "nuova assicurazione", né una "scommessa", ma definisce una lite che ha valori relativamente incerti, ma stimabili. Il danno futuro deve quindi introdursi nello schema concreto del contratto come un'entità "stimabile" ed esser quindi "ragionevolmente prevedibile anche nella sua probabilità".

Detto quanto sopra, tuttavia, risulta a giudizio del Tribunale che per danno "prevedibile" nel contesto detto debba intendersi un danno la cui realizzazione è possibile non un danno la cui rea-

lizzazione è probabile (il che avvicinerrebbe molto il danno futuro a quello attuale restringendo oltremodo le possibilità di transazione).

Facendo applicazione al caso concreto si può osservare che, nella fattispecie in esame, stante la gravità delle lesioni riportate, evidenziate dalla stessa consistenza del risarcimento, nonostante la stabilizzazione delle condizioni cliniche, la morte successiva della vittima del sinistro rientrava nelle conseguenze possibili del suo indebolimento anche se, dopo le dimissioni, non più nelle conseguente probabili.

Se poi si analizza la struttura economico giuridica dei rapporti intercorsi tra le parti si rileva come, nonostante la consueta confusione terminologica tra quietanza liberatoria e transazione, tipica della pratica assicurativa, nel caso le parti non negano la natura di transazione dell'accordo raggiunto. La disciplina della quietanza liberatoria verrebbe in essere se i creditori non avessero fatto altro che dare atto dell'esatto adempimento ad un obbligo esistente. In tal caso la somma ricevuta sarebbe mero adempimento di quanto ritenuto da ambo le parti dovuto per titoli diversi dalla attuale pretesa. Così tuttavia non è posto che invero la compagnia risulta aver erogato la somma della consistenza apparentemente esaustiva dei dovuto all'epoca, rinunciando a possibili difese (almeno in punto quantum, potenzialmente estendibili fino all'invocazione del concorso di colpa) in cambio di altre rinunce da parte dei creditori. Tra queste la rinuncia al diritto di sporgere querela e la rinuncia (di interesse in questa sede) a danni futuri. Essendo la rinuncia a danno futuro il prezzo di una transazione in forza della quale tutti i creditori, compresa l'attrice, ottennero una liquidazione rapida e consistente, anziché dover attendere, come consueto l'esito di accertamenti giudiziari di lungo periodo e di una certa alea, non pare possibile interpretare in modo assolutamente restrittivo il concetto di danni futuri rinunciati (ovvero come i danni probabili che, come tali erano ormai tutti attuati), ma occorre accogliere nella nozione di danno prevedibile (e quindi rinunciato) anche il danno solo "ragionevolmente possibile" dando così una consistenza effettiva *all'aliquid datum* da parte del creditore transigente.

Parte attrice ha sottoscritto la quietanza ed incassato pro se la somma non certo simbolica di euro 40.000.00. Con quanto sopra ha aderito ad un accordo transattivo che rende la sua domanda inammissibile perché proposizione di una domanda giudiziale rinunciata a priori.

La questione trattata, attiene a caso in cui, pur in presenza di un costante principio di diritto giurisprudenziale, la latitudine dello stesso consente il conflitto giurisprudenziale di merito e la relativa incertezza. A giudizio dell'estensore si tratta di caso che consente la compensazione integrale delle spese di lite.

Solo le spese sostenute dal convenuto in via diretta e che si liquidano come da dispositivo, vanno poste a carico della compagnia in forza della garanzia assicurativa invocata.

#### **P.Q.M.**

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, visto l'art. 281 sexies del c.p.c., respinge ogni domanda attorea.

# Massime

Tribunale per i minorenni di Genova, 9 febbraio 2017, Est. Verrina - M. (Avv. Girotto) c. M. (Avv. Amarù).

## **ADOZIONE - stato di abbandono di minore - inidoneità dei genitori all'accudimento dei figli - idoneità genitoriale dei nonni - fattispecie.**

(Art. 10 e ss. L. 184/1983; artt. 330-333 c.c.)

*Nell'ambito della procedura di cui all'art. 10 L. 184/1983, relativa all'accertamento e all'eventuale dichiarazione dello stato di abbandono di minori, presupposto per la dichiarazione di adottabilità, quando i genitori si mostrino inidonei all'accudimento dei figli, tale compito può essere demandato ai nonni, ove sia accertata positivamente la loro idoneità genitoriale e un legame autentico con i nipoti, con predisposizione di cautele quali misure di monitoraggio a lungo termine e di intervento da parte dei Servizi Sociali e la nomina di un tutore, se opportune ai fini di prevenire eventuali fragilità dei nonni nel rappresentare un valido strumento di protezione dei nipoti dalle inadeguatezze dei genitori (nella specie, sospesa la madre, gravata da pregiudizi penali, dalla potestà genitoriale per problemi di tossicodipendenza, dichiarata la decadenza del padre - anch'egli con problemi di tossicodipendenza e gravato da pregiudizi penali - dalla potestà genitoriale per il totale disinteresse nei confronti delle figlie, il Tribunale ha giudicato di collocare presso la nonna materna le nipoti minorenni, avendo riscontrato la sua disponibilità in tal senso, la sua capacità di accudimento e il forte legame affettivo con le stesse, disponendo, però, la nomina di un tutore al di fuori della cerchia familiare, al fine di prevenire eventuali fragilità della donna nel proteggere le nipoti dai genitori, poiché la stessa si era mostrata debole verso le istanze della figlia e dando mandato ai Servizi Sociali di limitare i contatti tra i genitori e le bambini, principalmente fino a quando i loro problemi di dipendenza non fossero avviati a positiva risoluzione).*

TZ.LND.

Tribunale di Genova, decr. 17 dicembre 2015 - Giudice Tutelare Pellegrini.

## **AMMINISTRATORE di sostegno - nomina di un coamministratore - ammissibilità - presupposti - sussistono nel caso di specie.**

(Art. 405 c.c.)

*In particolari circostanze è ammissibile la nomina di un coamministratore in affiancamento all'amministratore (crf. Trib. Modena - Decreto del Giudice Tutelare del 24/10/05; Trib. Trieste - Decreto del Giudice Tutelare del 14/01/2008; Trib. Varese - Decreto del Giudice Tutelare del 26/05/2010; Trib. Modena - Decreto del Giudice Tutelare del 16/06/2014; Giudice Tutelare di Genova in data 10/10/2006; Corte d'Appello di Genova con Decreto reso nel procedimento 834/2011VG; Giudice Tutelare con Decreto reso nel procedimento 1160/2012VG e art. 19 del Progetto di Legge in discussione presso Camera dei Deputati - PdL 1985 presentata il 24/01/2014).*

*Nella specie si ritiene che la presenza di due figure di amministrazione di sostegno (entrambi i genitori) sia da favorire, atteso che l'assenza di un coamministratore potrebbe rivelarsi dannosa. Infatti, dovendo l'amministratore di sostegno coadiuvare e seguire il progetto di vita del beneficiario, garantendogli lo stesso patrimonio affettivo e di relazioni*

*goduto da minore, ne deriva che la nomina di entrambi i genitori quali co - amministratori di sostegno, può garantire la prosecuzione nella cura del suo progetto di vita. Pertanto è opportuno differenziare i poteri conferiti a ciascun genitore per garantire un'autonomia operativa, individuando, nella madre l'amministratore di sostegno quanto alla cura della persona e nel padre, l'amministratore di sostegno quanto alla cura della gestione del patrimonio. Inoltre, nell'interesse del beneficiario, nei casi di impedimento di uno dei genitori, l'altro può svolgere anche le attività del coamministratore, con la firma disgiunta mentre per gli atti di straordinaria amministrazione, ci deve essere l'iniziativa congiunta di entrambi i coamministratori ma previa autorizzazione del Giudice Tutelare.*

MA.GRI.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 6 luglio 2016, n. 2366 - Giudice Unico La Mantia - H. s.r.l. in liquidazione (Avv. Taula) c. G. s.p.a. (Avv. Paneri).

## **ASSICURAZIONE (contratto di) - rischi da eventi atmosferici - formazione di ruscelli - copertura assicurativa - esclusione - spargimento delle acque provenienti dal tetto - risarcibilità.**

*Nel caso di sottoscrizione di una polizza assicurativa idonea a coprire anche i rischi derivanti da "eventi atmosferici", che "non indennizza i danni causati da ... formazione di ruscelli", laddove i danni subiti dall'assicurato siano ascrivibili sia ad "intensi ruscellamenti stradali" (secondo quanto evidenziato dalla comunicazione del Comune di Genova) sia a spargimento delle acque provenienti dal tetto del medesimo stabile, la Compagnia di Assicurazione va condannata al risarcimento dei soli pregiudizi ascrivibili alle infiltrazioni di acqua dal tetto. Inoltre, una volta effettuata la quantificazione dei danni subiti dall'assicurato ed ascrivibili all'evento coperto dalla polizza de qua, la Compagnia va condannata al pagamento dell'importo così quantificato e, conformemente ai principi sui debiti di valore, detto importo, a titolo capitale, va devalutato fino alla data della messa in mora e sullo stesso, progressivamente rivalutato anno per anno, vanno calcolati gli interessi al tasso legale fino al giorno dell'effettivo pagamento.*

A.D.L.

Tribunale di Genova, 8 luglio 2016, n. 2379 - Giudice Unico Fabris - R. (Avv. Batini) c. A. Ass.ni (Avv. Carassale).

## **ASSICURAZIONE (contratto di) - polizza di assicurazione - distinzione clausola limitativa della responsabilità e clausola che attiene l'oggetto del contratto.**

## **ASSICURAZIONE (contratto di) - polizza di assicurazione - clausola di esclusione dall'assicurazione di infortuni derivanti dall'abuso di alcolici o psicofarmaci o da uso non terapeutico di stupefacenti o allucinogeni - carattere vessatorio della clausola - non sussiste.**

*Nel contratto di assicurazione sono limitative della responsabilità, ex art. 1341 c.c., le clausole che limitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento o che escludono il rischio garantito, mentre attingono all'oggetto del contratto, e non sono, dunque, assoggettate al*

regime previsto dal secondo comma della suddetta norma, le clausole che riguardano il contenuto ed i limiti della garanzia assicurativa e, pertanto, specificano il rischio garantito (1).

Tale clausola, del tutto chiara e comprensibile, lungi dall'essere limitativa della responsabilità della compagnia, attiene, con ogni evidenza, al rischio assicurato, intendendo escludere, nell'ambito del sinallagma negoziale, ben desumibile anche dal rapporto capitale - premio, gli infortuni riconducibili all'assunzione di sostanze vietate o in quantità non consentite, con chiaro riferimento alla volontà di non coprire i sinistri imputabili a situazioni di particolare rischio determinate volontariamente dallo stesso assicurato.

(Nel caso di specie, il Tribunale ha ritenuto la clausola di esclusione dall'assicurazione di infortuni derivanti dall'abuso di alcoolici o psicofarmaci o da uso non terapeutico di stupefacenti o allucinogeni attinente alla specificazione dell'oggetto del contratto di assicurazione sì da non essere vessatoria, con esclusione delle cautele previste, a riguardo, dagli artt. 1341 e 1342 c.c.)

(1) Conf. Cass., 10947/1997; Cass. 395/07; Cass. 23741/09; Cass. 8235/2010; Cass. 17783/14.

J.MLN.

Tribunale di Savona, 12 dicembre 2016 - Giudice Unico Princiotta - Ministero Economia e Finanze (Avvocatura distrettuale dello Stato) c. C. (Avv. Mazzarella).

**COMPETENZA civile - foro erariale - procedimento monitorio in altro foro - eccezione di incompetenza - fondatezza.**

(Art. 25 c.p.c.; Artt. 6 e 7 R.D. 1611/1933)

In tema di competenza per le cause in cui è parte una Amministrazione dello Stato, l'inapplicabilità della regola del foro erariale prevista dall'art. 7 R.D. 1611/1933 per i giudizi innanzi ai Pretori è da ritenersi implicitamente abrogata, per effetto della non più perdurante ripartizione di competenza tra Pretore e Tribunale.

La competenza per cause nelle quali è parte una Amministrazione dello Stato, pertanto, spetta al Tribunale o alla Corte di Appello del luogo dove ha sede l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato nel cui distretto si trova il Tribunale o la Corte di Appello che sarebbe competente secondo le norme ordinarie (artt. 25 c.p.c. e 6 R.D. 1611/1933).

(Conforme Cass. S.U. n. 18036/2008; Cass. n. 17880/2004)

A.O.

Tribunale di Genova, 21 giugno 2016, n. 2214 - Giudice Unico Bellingeri - C. (Avv. Spotorno) c. C. (Avv. Piana).

**COMUNIONE e condominio - impugnabilità delibera condominiale - delibera meramente esecutiva - non sussiste.**

**COMUNIONE e condominio - impugnazione delibera condominiale - limiti sindacato autorità giudiziaria.**

**COMUNIONE e condominio - impugnazione delibera condominiale - annullabilità della delibera - eccesso di potere - sussiste.**

Gli atti esecutivi, tranne che per vizi autonomi e non derivanti da atti presupposti, non sono impugnabili perché in nulla innovano

le situazioni giuridiche limitandosi a seguire un precedente atto e sono il conseguenziale svolgimento di un provvedimento di per se autonomo la cui validità non può essere messa in discussione con l'impugnazione dell'atto che lo esegue (nel caso di specie il Tribunale ha considerato non impugnabile una delibera, meramente esecutiva di una delibera precedente, laddove approvava il bilancio preventivo con la rateizzazione dei pagamenti).

Il sindacato dell'autorità giudiziaria sulle delibere dell'assemblea non può estendersi alla valutazione nel merito e al potere di controllo discrezionale che l'assemblea esercita quale organo sovrano della volontà dei condomini, ma deve limitarsi al riscontro della legittimità. Conseguentemente è precluso al Giudice interferire nella libera valutazione dell'assemblea nel giudizio di opportunità convenienza, saggezza o ponderatezza relativo al contenuto della stessa delibera (1).

L'eccesso di potere, unica ipotesi di annullabilità della delibera assembleare per ragioni di merito, ricorre solo in ipotesi di manifesta e plateale distorsione della volontà assembleare a scopi diversi da quelli assegnati dalla legge quando essa, delibera, costituisca un grave pregiudizio per la cosa comune.

(1) Conf. Cass. 10199/2012.

J.MLN.

Tribunale di Genova, sez. III. civ., 27 giugno 2016, n. 2245 - Giudice Unico Del Nevo - S. (Avv. Ravera Leggiero e Ciari) c. Condominio Via S. (Avv. Ginnante).

**COMUNIONE e condominio - installazione porta accesso garage - opera di manutenzione ordinaria - ripartizione della spesa - valore proporzionale dei rispettivi posti auto dei condomini - ammissibilità.**

(Artt. 1120 e 1123 c.c.)

Dev'essere respinta l'impugnazione della delibera assembleare di approvazione del bilancio consultivo in relazione, nello specifico, ai criteri di riparto della spesa per l'installazione della porta basculante di accesso alla zona garage e che prevede quale criterio, quello di ripartire le spese secondo il valore dei rispettivi posti auto dei condomini. Detto criterio, invero, non risulta essere in contrasto con quanto previsto dal combinato disposto dell'apposita norma di ripartizione spese di cui al Regolamento condominiale e dell'art. 1123, c. II, c.c.. A ben vedere, infatti, dal combinato disposto de quo emerge una possibile deroga al criterio del valore proporzionale della proprietà, ma solo nell'ipotesi "di cose destinate a servire i condomini in misura diversa" (art. 1123, c. II, c.c.). Peraltro, la fattispecie concreta in esame non può essere sussunta nella fattispecie astratta di cui alle anzidette norme, in quanto evidentemente la porta di accesso comune a tutta l'area garage è destinata a servire in egual modo tutti i proprietari dei posti auto.

Per innovazioni delle cose comuni devono intendersi le modifiche che importino l'alterazione della entità sostanziale o il mutamento della originaria destinazione, in modo che le parti comuni presentino una diversa consistenza materiale, ovvero vengano utilizzate per fini diversi da quelli precedenti. Pertanto, non viola la disciplina dettata in materia di innovazioni la delibera dell'assemblea dei condomini la quale si limiti a lasciare immutato lo "status quo ante" relativo all'utilizzazione o al godimento degli spazi comuni. Ciò, esattamente come avviene nella fattispecie in esame, alla quale non potrà certamente essere applicata la disciplina di cui all'art. 1120 c.c. (Cfr. Cass., n. 12654/06).

A.D.L.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 27 giugno 2016 n. 2243, Giudice Unico Vaglio Bernè - G. (Avv. Ferrara) c. Condominio (Avv. Cassanello).

**COMUNIONE e condominio - assemblea - impugnazione delle delibere - delibera di rendiconto e riparto spesa straordinaria - intervenuto giudicato su impugnazione di precedente delibera assembleare di approvazione spesa - cessazione della materia del contendere - configurabilità - non sussiste.**

*In materia di condominio, in tema di impugnazione di una delibera assembleare avente ad oggetto il riparto di una spesa straordinaria, non costituisce cessazione della materia del contendere l'intervenuto passaggio in giudicato della sentenza con cui sia stata dichiarata la legittimità della precedente delibera di approvazione di quella spesa, qualora le parti non abbiano precisato congiuntamente le conclusioni, dando atto di un mutamento della situazione sostanziale dedotta in giudizio ovvero qualora la delibera stessa non sia stata sostituita con altra adottata dall'assemblea in conformità della legge (nel caso di specie, in sede di precisazione delle conclusioni, il condomino chiedeva venisse dichiarata cessata la materia del contendere posto che la Corte d'Appello aveva nel frattempo confermato la legittimità di altra e precedente delibera con cui era stata approvata la spesa ripartita con la delibera da lui impugnata, mentre il Condominio rassegnava le conclusioni insistendo per il rigetto dell'impugnazione e per la condanna alle spese di lite).*

C.MCC.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 14 dicembre 2016, n. 3769 - Giudice Unico Grasso - I. (Avv. De Mitri) c. Condominio X (Avv. Pallotta).

**COMUNIONE e condominio - pattuizioni raggiunte in sede di mediazione - delibera in violazione a dette pattuizioni - invalidità - esclusione.**

*La delibera assembleare che sia contraria alle pattuizioni raggiunte in sede di mediazione non può neppure in astratto costituire motivo di invalidità della medesima ma al più concretare inadempimento contrattuale e, all'occorrenza, costituire specifico motivo di impugnazione per inadempimento di accordi precedentemente assunti.*

A.B.

Corte d'Appello di Genova, 28 giugno 2017 - Est. Bruno.

**CONCORDATO fallimentare - trattamento dei creditori privilegiati - falciatura del credito Inps - ammissibilità.**

**CONCORDATO fallimentare - opposizione ex art. 129 l.f. - Interesse ad opporsi - valutazione in concreto.**

**CONCORDATO fallimentare - omologazione - proposta concordataria - poteri di controllo del tribunale in sede di omologa - limiti.**

*Nell'ambito del concordato fallimentare non trova applicazione l'istituto della transazione fiscale, mentre l'unica norma che disciplina il trattamento da riservare ai creditori privilegiati è l'art. 124 co. 3 l.f., sicché non vi sono preclusioni di sorta al pagamento parziale dell'Iva e dei crediti previdenziali.*

*L'opponente ai sensi dell'art. 129 co. 2 l.f. deve dedurre "in concreto" l'interesse ad opporsi all'omologa del concordato fallimentare, prospettando in particolare l'incidenza negativa di detto concordato, rispetto alla liquidazione fallimentare, sulla situazione giuridica sostanziale di cui sia titolare.*

*In caso di concordato fallimentare senza suddivisione in classi l'opponente ai sensi dell'art. 129 co. 2 l.f. non può sindacare il merito della proposta concordataria, perché nel giudizio di omologazione del concordato fallimentare il controllo del tribunale è limitato alla verifica della regolarità formale della procedura e dell'esito della votazione - salvo che non sia prevista la suddivisione dei creditori in classi ed alcune di esse risultino dissenzienti - restando escluso ogni controllo sul merito, giacché la valutazione del contenuto della proposta concordataria, riguardando il profilo della convenienza, è devoluta ai creditori, sulla base del parere inerente ai presumibili risultati della liquidazione formulato dal curatore e dal comitato dei creditori.*

F.D.M.

Tribunale di Genova, sez. I civ., ord. 14 aprile 2017 - Giudice Unico Bonino - O. (Avv. Vassallo) c. F. (Avv. Porretti Masuccio) e c. SO. (Avv. Ghigliotti) e c. G. (Avv. Amicizia).

**CONSULENTE tecnico - consulente tecnico di parte - numero - criteri.**

*Ai sensi dell'art. 201 c.p.c. la parte può nominare un solo consulente tecnico. È consentita la nomina di più consulenti di parte solo quando sia stato designato un collegio di consulenti tecnici d'ufficio.*

A.B.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 30 giugno 2016, n. 2320 - Giudice Unico Ferrari - P.I. S.r.l. (Avv. Pizzorni) c. M. S.p.A. (Avv. Lanero).

**CONTRATTO in genere - contratto preliminare di locazione di immobile futuro a destinazione commerciale - impegno reciproco ad elaborare e concordare un progetto di divisione dell'immobile - risoluzione per grave inadempimento - risarcimento del danno - insussistenza.**

(Artt. 1453 e 1460 c.c.)

*Allorché l'espressa previsione di un contratto preliminare di locazione stabilisca che tanto il progetto di divisione di un immobile quanto il capitolato dei realizzandi lavori debbano costituire il risultato di un successivo accordo tra le parti, la promittente locatrice non può porre a fondamento delle proprie domande di risoluzione e risarcimento dei danni l'inerzia e, quindi, l'inadempimento della controparte, senza offrire di provare di non essere stata a sua volta inerte e, quindi, inadempiente.*

G.D.

Tribunale di Genova, sez. I civ. 4 luglio 2016, n. 2337 - Giudice Unico Ricco - C. (Avv. Orsolino) - c. N. Srl (Avv. Vanni).

**CONTRATTO in genere - incapacità - malafede - annullamento - ammissibilità.**

*Il presupposto necessario per l'annullamento di un contratto a causa di incapacità di uno dei contraenti è costituito dalla malafede dell'altra parte, che può risultare o dalla natura e qualità del contratto o dal pregiudizio, anche solo potenziale, che il contratto ha arrecato all'incapace. (Nel caso di specie, l'attore, invalido al 100% era affetto al tempo del contratto da una patologia neurologica involutiva con decadimento mentale cognitivo, che lo rendeva vulnerabile a situazioni di rischio patrimoniale e l'altro contraente non poteva rendersene conto.)*

CLI.P.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 25 giugno 2016 - Giudice Unico Calcagno - X c. Presidenza del Consiglio dei Ministri e Ministero dell'Interno.

**DIRITTI politici e civili - legge elettorale - incostituzionalità - lesione del diritto di voto - accertamento della lesione - responsabilità civile - risarcimento - esclusione.**

(Artt. 2, 48, comma 2, 56, comma 1, e 58, comma 1 Cost.; Artt. 2043 e 2059 c.c.; L. 270/2005; Corte Cost., n. 1/2014; Cass., sez. un., n. 26972/2008; Cass., n. 8878/2014)

*In seguito alla declaratoria di incostituzionalità della legge elettorale, non è configurabile in capo al singolo cittadino la sussistenza del diritto all'accertamento individuale della lesione del diritto di voto ed al conseguente risarcimento del danno non patrimoniale sofferto. Il diritto di voto personale, libero, eguale e segreto, infatti, è diritto politico e non già diritto inviolabile della persona ai sensi dell'articolo 2 della Costituzione italiana; in tal senso, quindi, si esclude la possibilità per il giudice di pronunciare sentenza di condanna al risarcimento del danno non patrimoniale ai sensi degli artt. 2043 e 2059 c.c. Tale possibilità è altresì esclusa dall'elemento materiale della fattispecie concreta configurabile nel procedimento di approvazione della legge elettorale che, in quanto estrinsecazione tipica del potere legislativo, non appare idoneo ad integrare l'elemento soggettivo richiesto dalla legge per la sussistenza della responsabilità aquiliana. L'esigenza degli elettori di ottenere una riparazione satisfattiva al pregiudizio subito è quindi soddisfatta dal ripristino della legalità costituzionale, che si assume costituire una riparazione in forma specifica della lesione.*

E.B.

Tribunale di Genova, sez. I civ., ord. 13 ottobre 2016 - Giudice Unico Spera.

**FIDEIUSSIONE e mandato di credito - natura dell'obbligo - mancata prestazione della garanzia - nullità del contratto - esclusione - clausola compromissoria arbitrale - rimessione agli arbitri della validità del contratto - ammissibilità.**

**CONTRATTO in genere - contratto preliminare - clausola arbitrale concernente la validità o esistenza del contratto - ammissibilità.**

*La questione relativa al fatto che una delle parti del contratto sia o meno obbligata a prestare una fideiussione non attiene alla disponibilità del diritto. L'accertamento relativo alla nullità del contratto conseguente alla mancata prestazione della fideiussione non è estraneo all'arbitrato. La nullità del negozio sostanziale non travolge, per trascinamento, la clausola compromissoria in essa contenuta, restando rimesso agli arbitri l'accertamento della dedotta invalidità.*

*Il campo di applicazione dell'arbitrato, sia esso irrituale che rituale, non va circoscritto alle controversie di natura economica, con esclusione di quelle giuridiche, ben potendo le clausole di previsione dello stesso riferirsi anche a questioni attinenti alla validità od esistenza del contratto.*

C.BRU.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 25 giugno 2016, n. 2234 - Giudice Unico Calcagno - A. (Avv.ti Giuliani e Vigotti) c. B. (Avv. Baiardo).

**GARANZIE reali e personali - vincolo destinazione su**

**beni immobili - costituzione unilaterale - ammissibilità - efficacia rispetto ai creditori - esercizio dell'azione revocatoria - ammissibilità.**

(Art. 2645-ter c.c.)

*A seguito entrata in vigore dell'art. 2645-ter c.c., è possibile costituire un vincolo di destinazione, su beni immobili, per un periodo stabilito, per tutelare interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322 Cod. civ., secondo comma. La fattispecie negoziale anche se è assimilabile ad altri istituti quali il fondo patrimoniale o i patrimoni destinati a specifici affari, contiene unicamente un riferimento agli interessi meritevoli di tutela ex art. 1322 c.c. La destinazione può essere anche unilaterale (in senso contrario Tribunale di Santa Maria Capua a Vetere 28.11.2013). Ciò che conta è se in negozio costitutivo, sia unilaterale che bilaterale, posto in essere in concreto, presenti una causa meritevole di tutela. Altra valutazione è invece la sua efficacia rispetto ai creditori, che potranno sempre agire con l'azione revocatoria.*

C.BRU.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 6 luglio 2016 - Giudice Unico Braccialini - S.r.l. attrice in opposizione c. S.p.A. opposta.

**INGIUNZIONE (procedimento per) - eccezione di inefficacia del decreto per notifica oltre il termine di sessanta giorni dal deposito del decreto da parte del Giudice - non fondatezza.**

**INGIUNZIONE (procedimento per) - termine di efficacia del decreto ingiuntivo - notifica oltre il termine di 60 giorni dal deposito in cancelleria del decreto da parte del Giudice - presunzione di abbandono del decreto - esclusione.**

(Artt. 633, 644, 645 c.p.c.)

*Nel caso di notifica del decreto ingiuntivo effettuata alla sede legale della società non perfezionatosi nel termine di 60 giorni dal deposito in cancelleria del decreto da parte del Giudice e di notifica alla residenza del legale rappresentante della società di capitali presso la residenza oltre il termine di 60 giorni previsto dall'art. 644 c.p.c., non sussiste la presunzione di abbandono del decreto ingiuntivo: la notificazione anche se nulla è indice della volontà del creditore di avvalersi del decreto ingiuntivo ed esclude la presunzione di abbandono del titolo, che costituisce il fondamento della previsione di inefficacia di cui all'art. 644 c.p.c.*

(In senso conforme si vedano: Cass. n. 3552/2014, n. 22959/2007; n. 11498/2000)

S.NA.

Tribunale di Savona, sez. Lav., ord. 2 gennaio 2017, n. 1 - Giudice Unico Coccoli.

**LAVORO (rapporto di) - c.d. "legge Fornero" - licenziamento orale - nullità - condotta del lavoratore - rilevanza.**

*Nonostante il licenziamento orale sia nullo, il risarcimento non è dovuto qualora il ricorrente abbia tenuto una condotta incompatibile con la volontà di proseguire il rapporto di lavoro.*

*(Nel caso di specie "Il ricorrente risultava aver formalmente offerto la propria disponibilità a riprendere il rapporto di lavoro*

[...] oltre sei mesi dall'interruzione del rapporto di lavoro [...] tuttavia lo stesso con precedente nota 6.10.2015 aveva reclamato, oltre a differenze retributive e buste paga anche il mancato pagamento del TFR, dando quindi atto dell'interruzione del rapporto di lavoro al 31.5.2015 e tenendo una condotta incompatibile con la volontà di proseguire il rapporto di lavoro”).

S.TOR.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 6 luglio 2016 n. 2369 - Giudice Unico Gabriel - A. (Avv. Toso) c. B. (Avv. Prete).

**LOCAZIONE - sfratto per morosità - trasformazione rito - mutamento causa petendi - ammissibilità - recesso unilaterale - previsione in contratto - necessità.**

In caso di trasformazione del rito dalla fase sommaria incardinata con l'intimazione di sfratto per morosità si passa a quella di cognizione piena, per cui nella memoria integrativa il ricorrente può mutare la causa petendi ed avvalersi della clausola risolutiva espressa. Il conduttore può sciogliere unilateralmente il contratto solo se detta facoltà è prevista nel contratto.

C.BRU.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 6 luglio 2016 - Giudice Unico Gabriel - X S.p.A. c. Y S.a.s.

**LOCAZIONE - morosità del conduttore - intimazione di sfratto - opposizione alla convalida - assenza di prova della morosità - compensazione del credito - vizi dell'immobile locato - insussistenza.**

(Art. 9 L. 392/1978; art. 210 e ss c.p.c.; art. 1341 c.c.; Cass., sez. un., n. 13533/2001; Cass., n. 6202/2004; Cass. n. 15592/2007)

Nell'ambito del giudizio di convalida di sfratto per morosità del conduttore, è pacificamente inteso che in relazione alle spese di amministrazione gravi sul locatore l'onere probatorio di produrre i rendiconti dell'amministratore approvati dai condomini, non risultando sufficiente la riproduzione dei soli riparti. In tal senso la giurisprudenza di legittimità è altresì orientata nel senso di porre in capo al conduttore il mero onere di avanzare "specifiche contestazioni in ordine alle varie partite conteggiate", previa consultazione dei documenti giustificativi. Al contrario, per quanto concerne la morosità nel pagamento dei canoni di locazione, si ritiene che al locatore spetti il mero onere di allegazione del titolo, gravando interamente sul conduttore quello di provare l'adempimento della prestazione. Premesso ciò, nel merito, si assume infondata l'eccezione del conduttore volta a far dichiarare la vessatorietà della clausola contrattuale relativa alla compensazione del credito del locatore con le spese di interventi ordinari e straordinari sostenuti dal conduttore stesso, in quanto non rientrante nell'elenco tassativo ex art. 1341 c.c. Parimenti si ritiene infondata l'eccezione di inadempimento del locatore se i vizi allegati dal conduttore risultavano già esistenti allo stato di fatto e di diritto in cui l'immobile veniva concesso in locazione al momento della conclusione del contratto.

E.B.

Tribunale di Savona, 30 gennaio 2015.

**MATRIMONIO - nuovo matrimonio di un genitore - affidamento congiunto dei figli - mantenimento diretto dei genitori - configurabilità.**

(Art. 6 Legge 898/1970; art. 11 Legge 74/1987; artt. 337-bis e segg. c.c.)

In caso di genitori divorziati e di nuovo matrimonio della madre, può essere confermato il regime di affidamento condiviso del figlio, con collocamento (prevalente) presso il padre. Attesi gli impegni di lavoro di quest'ultimo, può essere disposto uno stretto monitoraggio da parte dei servizi sociali ed il dovere di controllo da parte del genitore non collocatario. Anche nel caso di collocamento (prevalente) del figlio presso uno dei genitori, il giudice può - oltre a pronunciarsi in merito alle spese straordinarie - prevedere il mantenimento diretto da parte dei genitori.

V.CAV.

Tribunale di Genova, 7 luglio 2016, n. 2377 - Giudice Unico Grasso - L. (Avv. Vallini) c. C. (Avv. Mascini e Porretti Massucco).

**MEDIAZIONE obbligatoria - domanda riconvenzionale in materia di diritti reali e condominiali - mancato previo esperimento mediazione ex D.lgs. 28/2010 - concessione di termine in corso di causa al convenuto per la presentazione della domanda di mediazione - mancata presentazione della domanda di mediazione nel termine concesso - improcedibilità della domanda riconvenzionale formulata.**

**MEDIAZIONE obbligatoria - concessione del termine in corso di causa per l'esperimento della mediazione ex D.lgs. 28/2010 - presentazione della domanda di mediazione successivamente al termine concesso dal giudice - mancata richiesta di proroga di detto termine anteriormente alla sua scadenza o mancata richiesta di rimessione in termini - decadenza dalla possibilità di incardinare il procedimento di mediazione - irrogazione della sanzione processuale della improcedibilità della domanda.**

**MEDIAZIONE obbligatoria - mancata partecipazione del convenuto senza giustificato motivo al procedimento di mediazione obbligatoria incardinato da parte attrice - condanna da parte del convenuto al versamento all'Erario di somma corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio.**

Deve essere dichiarata improcedibile la domanda riconvenzionale formulata dal convenuto in materia soggetta al previo esperimento della mediazione obbligatoria ex D.lgs. 28/2010 (diritti reali e materia condominiale) allorché la formulazione della domanda riconvenzionale non sia stata preceduta dal previo esperimento della mediazione obbligatoria e sia spirato inutilmente il termine concesso all'uopo dal giudice in corso di causa.

Qualora il giudice abbia concesso un termine per l'esperimento della mediazione obbligatoria e questo non sia stato rispettato e qualora la parte cui sia stato concesso il termine non abbia presentato istanza di proroga del termine stesso prima del suo spirare o ancora non abbia fatto istanza di rimessione in termini, si determina la decadenza dalla possibilità di incardinare in termini giuridicamente fondati il procedimento di mediazione, così che il processo di mediazione presentato successivamente al decorso del termine concesso, comporta l'applicazione della sanzione processuale di improcedibilità prevista dal legislatore.

Allorché la parte convenuta in giudizio in materia in cui sia obbligatorio il previo esperimento della mediazione non abbia par-

tecipato senza giustificato motivo al procedimento di mediazione stessa incardinato da parte attrice, il convenuto deve essere condannato al versamento in favore dell'Erario di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio

A.M.OCC.

Tribunale per i Minorenni di Genova, 9 febbraio 2017.

**MINORE - ambiente familiare inidoneo - provvedimenti sulla potestà genitoriale e stato di abbandono - affidamento ai servizi sociali e collocamento presso la nonna con nomina di un tutore esterno - limitazione dei contatti tra genitori e figlie - ammissibilità.**

(Artt. 330 e segg. c.c.; art. 10 Legge 184/1983)

*Nel caso di ambiente familiare non idoneo per un minore (entrambi i genitori versano in uno stato di tossicodipendenza; il padre è recidivo verso condotte criminali e la madre ha ripetute cadute nel consumo di stupefacenti), può essere disposta la decadenza dalla potestà genitoriale a carico del padre nonché - nell'auspicio di una ripresa adeguata del ruolo genitoriale - la sospensione della potestà genitoriale a carico della madre, con l'affidamento del minore ai servizi sociali e collocamento dello stesso presso la nonna. Può altresì essere prevista la nomina di un tutore esterno al nucleo familiare per prevenire eventuali fragilità della nonna rispetto ad istanze della figlia, nonché una limitazione dei contatti tra genitori e figlie in funzione delle inadeguatezze genitoriali.*

V.CAV.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 22 giugno 2016 - Giudice Unico Silvestri - D. (Avv. Pattay) c. A. S.p.A. (Avv. Soliman).

**PROCEDIMENTO civile - opposizione a decreto ingiuntivo - convenuto opponente - prova inesistente al momento della proposizione del ricorso - onere probatorio - mancanza della prova - rigetto - ammissibilità.**

(Artt. 633 e 638 c.p.c.)

*L'opposizione a decreto ingiuntivo non è una impugnazione del decreto stesso volta a far valere vizi ovvero originarie ragioni di invalidità, ma da luogo ad un ordinario giudizio di cognizione di merito finalizzato all'accertamento della esistenza del diritto di credito fatto valere dal creditore con il ricorso ex artt. 633 e 638 c.p.c. pertanto la sentenza che decide il giudizio deve accogliere la domanda dell'attore rigettando l'opposizione qualora riscontri che i fatti costitutivi del diritto fatto valere in sede monitoria, pur se non sussistenti al momento della proposizione del ricorso, sussistono tuttavia in quello successivo della decisione (Ex multis Cass. 5055/1999; Cass. 2573/2002).*

*La posizione sostanziale di convenuto dell'opponente nel giudizio di opposizione impone allo stesso di contestare il diritto vantato all'opposto eccependo l'inefficacia dei fatti costitutivi posti a fondamento della pretesa di quest'ultimo o la esistenza di fatti modificativi o estintivi di tale diritto (da ultimo Cass. 2421/2006).*

EL.C.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 7 luglio 2016 - Giudice Unico Gabriel - D. S.r.l. (Avv.ti Vita e Cervi) c. Fallimento E. S.p.A. (Avv. Carena).

**PROCEDIMENTO civile - opposizione a decreto ingiuntivo - affitto di azienda - incompetenza del giudice**

**adito - inderogabilità - nullità della clausola - sentenza - necessità.**

(Artt. 21, 447 bis e 637 c.p.c., art. 46 L. 69/2009)

*Dal combinato disposto degli artt. 637, 21 e 447 bis c.p.c. deriva l'inderogabilità della norma relativa alla competenza territoriale delle controversie in materia di locazione, comodato e affitto di azienda, che appartiene al giudice del luogo ove è posto l'immobile o l'azienda ed è pertanto nulla la clausola che pattuisca una deroga a tale disposto (cfr. Cass. 21098/2014).*

*La decisione sulla nullità va assunta con sentenza poiché, in sede di opposizione a decreto ingiuntivo, il provvedimento recante la dichiarazione di incompetenza del giudice che ha emanato il decreto monitorio, non è una decisione soltanto sulla competenza, ma da un lato ha il contenuto di accoglimento del rito di opposizione e dall'altro di caducazione per nullità del decreto (cfr. Cass. 14594/2012).*

EL.C.

Tribunale di Savona, 18 ottobre 2016 - Pres. Canaparo - Rel. Princiotta - M. (Avv. Batini) c. P. (Avv.ti Sanguineti, Fontanazza, Rivetti).

**PROCEDIMENTO civile - querela di falso - giudizio incidentale - trattazione di questioni materiali - inammissibilità - principio di precostituzione del giudice - sussiste.**

(Art. 221 c.p.c.)

*Nel giudizio incidentale di querela di falso -avente ad oggetto l'accertamento della falsità di un testamento olografo- non possono essere trattate questioni materiali relative all'accertamento della qualità di erede o relative alla provenienza delle cancellazioni presenti nel testamento redatto dal de cuius.*

G.S.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 22 giugno 2016, n. 2221 - Giudice Unico La Mantia - D. (Avv. Bianchi) c. E. (Avv. Picasso).

**RESPONSABILITÀ civile - responsabilità medica - risarcimento del danno - mancata indicazione di visite di follow up successive ad intervento oncologico (anno 2007) - insussistenza di responsabilità a carico della struttura ospedaliera.**

**RESPONSABILITÀ civile - responsabilità medica - risarcimento del danno - ritardo dell'intervento - necessità di svolgere esami di preparazione - insussistenza di responsabilità a carico della struttura ospedaliera.**

*Deve escludersi la responsabilità sanitaria della struttura ospedaliera laddove dopo un intervento di tipo oncologico (glossectomia parziale) avvenuto nel 2007 non siano state date per iscritto indicazioni di controlli clinici a lunga distanza in quanto all'epoca non esistevano linee guida sul follow up e comunque un accordo universale su quali siano le procedure e le tempistiche più appropriate.*

*Deve del pari escludersi la responsabilità sanitaria della struttura ospedaliera per ritardo nella esecuzione di un intervento chirurgico (svuotamento laterocervicale radicale) a distanza di un mese e mezzo rispetto dalla manifestazione dei sintomi, laddove tale intervallo di tempo sia stato necessario per sottoporre il paziente ad accertamenti di stadiazione e preparazione dell'intervento correttamente eseguiti ed in assenza di prognosi della patologia in rapida evoluzione.*

A.M.OCC.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 1 luglio 2016 - Giudice Unico Gibelli - L. (Avv. Barnaba) c. C. S.p.a. (Avv. Castellano) e c. - G. S.p.a. (Avv. Poggi).

**RESPONSABILITÀ civile - custodia di animali - danni cagionati - presunzione di responsabilità - superamento - limiti.**

(Art. 2052 c.c.)

*Il proprietario di un animale risponde, ai sensi dell'art. 2052 c.c., sulla base non già di un proprio comportamento o di una propria attività, ma sulla base della mera relazione (di proprietà o di uso) intercorrente fra lui e l'animale, nonché del nesso di causalità sussistente fra il comportamento di quest'ultimo e l'evento dannoso.*

*La presunzione di responsabilità per danno cagionato da animali, ex art. 2052 c.c., può essere superata esclusivamente se il proprietario, o colui che si serve dell'animale, provi il caso fortuito, che include anche il fatto colposo del danneggiato avente efficacia causale esclusiva nella produzione del danno purché presenti i caratteri dell'imprevedibilità, inevitabilità ed assoluta eccezionalità.*

CL.I.P.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 7 luglio 2016, n. 2368, Giudice Unico La Mantia - C. (Avv. Castellano) c. eredi di R. (Avv. Montanari) c. Condominio (Avv. Caniglia Cogliolo) c. Generali Italia S.p.a. (Avv. Cassinelli).

**RESPONSABILITÀ CIVILE - infiltrazioni - responsabilità da cose in custodia - natura condominiale del guasto - non provata - responsabilità del custode - sussistenza.**

**RESPONSABILITÀ CIVILE - infiltrazioni - responsabilità da cosa in custodia - risarcimento danni - danno all'immagine - non sussiste.**

(Art. 2051 c.c.)

*In ordine alle infiltrazioni provenienti da un appartamento, nella specie quello soprastante, ed ai conseguenti danni, sussiste la responsabilità del proprietario dell'immobile da cui è originato lo spargimento di acqua, nella sua qualità di custode, ai sensi dell'art. 2051 c.c., qualora la causa sia da ascrivere all'occlusione del wc presente nell'appartamento e non sia stata dimostrata la natura condominiale del guasto (nel caso in esame, la domanda di manleva avanzata dalla convenuta, e poi dai di lei eredi, nei confronti del Condominio veniva pertanto respinta con conseguente soccombenza in punto spese, anche riguardo alla compagnia assicurativa dell'ente la cui chiamata in giudizio si era resa necessaria proprio per la tesi prospettata dalla convenuta).*

*La prolungata e forzata chiusura di un esercizio commerciale o di un ente che sia dipesa da infiltrazioni d'acqua, proprio per come viene percepita in ambito sociale, non costituisce un danno all'immagine, autonomamente risarcibile, in quanto non è idonea ad incidere negativamente sulla considerazione e sul prestigio di cui gode l'ente presso gli utenti e la collettività.*

C.MCC.

Tribunale di Savona, 24 gennaio 2017 - Giudice Unico Princiotto - D. (Avv.ti Vazio e Cangiano) c. R. (Avv. Pesce) e c. I.A. S.p.a. (Avv.ti Caracciolo e Verda) e c. A. S.p.a. (Avv. Camerieri).

**RESPONSABILITÀ civile - animali in custodia - presunzione di colpa - caso fortuito - interruzione del nesso di causalità - prova a carico del proprietario dell'animale - casalinga - danno patrimoniale - risarcimento - criteri.**

**ASSICURAZIONE (contratto di) - denuncia - tardività - perdita del diritto all'indennità - onere della prova.**

(Artt. 1917 e 2052 c.c.)

*In caso di aggressione di un cane, l'art. 2052 c.c. prevede una forma di responsabilità di carattere oggettivo, non fondata sulla colpa ma sulla relazione intercorrente tra il proprietario e l'animale. L'onere della prova del caso fortuito, inteso quale fattore esterno alla sfera soggettiva del proprietario dell'animale idoneo a interrompere il nesso causale tra l'animale e l'evento lesivo e a liberare dalla presunzione di responsabilità, incombe sul proprietario dell'animale. La condotta del danneggiato costituisce caso fortuito se si presenta come imprevedibile, inevitabile ed assolutamente eccezionale. Relativamente al danno patrimoniale di un soggetto che svolga attività casalinga gli unici esiti che possono influire negativamente su detta attività, non esistendo un metro oggettivo, sono valutabili dal giudice in via equitativa, con riferimento alle attività di pulizia, stiratura, lavaggio stoviglie, preparazione cibi ed altre attività tipiche del lavoro domestico.*

*Se l'assicurato denuncia in modo tardivo il sinistro alla sua assicurazione incombe sulla stessa assicurazione l'onere di dimostrare l'inadempiamento doloso dell'obbligo di avviso per giustificare la perdita del diritto all'indennità.*

G.S.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 29 marzo 2016, n. 1135 - Giudice Unico Scarzella - C. (Avv. Vinciguerra) c. V. contumaci.

**REVOCATORIA (azione) - cessione quote immobile - sottrazione bene immobile da probabile azione esecutiva - azione revocatoria - ammissibilità.**

(Art. 2901 c.c.)

*Il creditore può domandare che siano dichiarati inefficaci nei propri confronti gli atti di disposizione del patrimonio con i quali il debitore rechi pregiudizio alle sue ragioni laddove l'atto risulti finalizzato a pregiudicarne il soddisfacimento e sempre che il terzo sia partecipe di tale preordinazione (nella specie, il debitore aveva trasferito la propria quota di proprietà di un immobile all'anziana madre operazione che, anche alla luce del futuro ritrasferimento delle quote alla figlia in applicazione delle norme di successione, non appariva giustificabile da altra ragione se non quella di voler sottrarre i beni alle ragioni creditorie).*

J.V.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 13 giugno 2017 - Giudice Unico Ricco - M. (Avv.ti Rossi e Torrazza) c. Capitaneria di Porto e Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Avvocatura Distrettuale dello Stato).

**SANZIONI amministrative - error iuris - requisiti - elementi positivi - convincimento della liceità della condotta - attività conformativa al precetto di legge - incertezza del dettato normativo - irrilevanza.**

(Art. 3 Legge 689/1981)

**SANZIONI amministrative - nave da crociera con bandiera extra UE - applicabilità dei parametri comunitari sulla qualità dei carburanti - condizione - configurabilità di un servizio di linea - nozione.**

(Artt. 295 e 296, comma 6, D.Lgs 152/2006; Art. 2, punto 3 octies, Dir. 1999/32/CE mod. Dir. 2005/33/CE)

*Può essere invocata la buona fede, come causa di esclusione di responsabilità amministrativa, quando sussistano elementi positivi idonei ad*

ingenerare nell'autore della violazione il convincimento della liceità della sua condotta e risulti che il trasgressore abbia fatto tutto quanto possibile per conformarsi al precetto di legge, onde nessun rimprovero possa essergli mosso (Conf: Cass., 11 giugno 2007, n. 13610). L'errore sulla liceità del fatto, per essere incolpevole, deve trovare causa in un fatto scusabile, situazione che non può identificarsi nella mera asserita incertezza del dettato normativo, trattandosi di condizione sempre superabile, anche mediante una richiesta di informazioni alla P.A. Solo un comportamento positivo di rassicurazione da parte della P.A., come ad esempio una richiesta di una circolare di interpretazione autentica, può escludere l'elemento psicologico.

Una nave da crociera assicura servizi di linea se effettua una serie di traversate che si concludono nel porto di partenza senza aver effettuato scali intermedi. Per soddisfare il criterio relativo al "collegamento tra gli stessi due o più porti", nell'ipotesi di trasporto con scali intermedi, è necessario che il collegamento effettuato da una nave da crociera colleghi almeno due scali intermedi, ivi compresi quelli, che non possono essere evitati, di partenza e di arrivo. Una nave da crociera assicura servizi di linea se deve effettuare una serie di traversate o viaggi in base ad un orario pubblicato oppure con regolarità o frequenza tali da essere equiparabili ad un orario riconoscibile. È la pubblicità dell'orario che garantisce la regolarità e la frequenza del trasporto, mentre è irrilevante, a tali fini, che lo stesso sia soggetto a variazioni di carattere commerciale o legate alla gestione del traffico portuale. Gli obiettivi per i quali un trasporto viene effettuato sono irrilevanti ai fini delle Direttive CE 1999/32 e CE 2005/33.

A.BEE.

Tribunale di Genova, 21 gennaio 2017.

**SEPARAZIONE di coniugi - assegno di mantenimento - presupposti - accertamento del tenore di vita.**

(Art. 156 c.c.)

Ai fini della determinazione dell'assegno di mantenimento, occorre tenere conto di tutte le circostanze suscettibili di incidere sulle condizioni economiche e sulle potenzialità reddituali di entrambe le parti, nonché delle condizioni di vita dei coniugi in costanza di matrimonio (nel caso di specie, è stata respinta la domanda di assegno di mantenimento sulla base del fatto che i coniugi versano, e versavano in precedenza, in condizioni analoghe di vita e reddituali: inter alia, sono in grado di mantenersi autonomamente).

V.CAV.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 30 giugno 2016 - Giudice Unico Giordano - Società somministrante Acqua c. Consumatore.

**SOMMINISTRAZIONE (contratto di) - acque pubbliche e private - sospensione ed interruzione del servizio - morosità - diritto alla rimozione del contatore - sussiste.**

(Art. 1565 c.c.; art. 34 Codice consumo; artt. 60 e 61 Legge 28 dicembre 2015, n. 221 (c.d. Collegato ambientale))

Va accolta la domanda di riforma della sentenza del Giudice di Pace che, pur avendo accertato la morosità, aveva respinto la richiesta da parte del gestore del servizio di accedere all'immobile dell'utente del contratto di somministrazione di acqua al fine di rimuovere il contatore, diritto che si assumeva derivare da una clausola vessatoria.

Le clausole che riproducono disposizioni di legge non sono vessatorie.

S.NA.

Tribunale di Savona, 8 dicembre 2016 - Giudice Unico Princiotta - M. (Avv. Novarese) c. I. (Avv. Berbero) e c. L. (Avv. Tagliero).

**SUCCESSIONE ereditaria - impugnazione del testamento - lesione di legittima - trascrizione della domanda giudiziale - mancata prova dell'incapacità del testatore - responsabilità aggravata - revoca del Patrocinio a spese dello Stato - sussiste.**

(Artt. 2652, 2653 c.c.; art. 96 c.p.c.; art. 136 D.P.R. 115/2002)

L'annullamento di un testamento per incapacità naturale del testatore postula l'esistenza non già di una semplice anomalia o alterazione delle facoltà psichiche ed intellettive del de cuius, bensì la prova che, a cagione di una infermità transitoria o permanente, ovvero di altra causa perturbatrice, il soggetto sia privo in modo assoluto, al momento della redazione dell'atto di ultima volontà, della coscienza dei propri atti ovvero della capacità di autodeterminarsi, con il conseguente onere, a carico di chi quello stato di incapacità assume, di provare che il testamento fu redatto in un momento di incapacità di intendere e di volere. In mancanza, la trascrizione della domanda giudiziale sull'immobile oggetto di successione, che ne ostacoli l'alienazione, integra gli estremi della responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c.. Da ciò consegue anche la revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato risultando, all'esito del giudizio, che l'attore ha agito con colpa grave ai sensi dell'art. 136 comma II D.P.R. 115/2002.

(Conforme Cass. n. 9081/2010; Corte Cost. 220/2009)

A.O.

Tribunale di Savona, 19 gennaio 2017 - Pres. Canaparo - Rel. Princiotta - O. (Avv. Castagneto) c. I. (Avv. Suffia).

**SUCCESSIONE ereditaria - comunione - divisione - progetto - assenza contestazioni - decreto approvazione distribuzione quote - esecutività.**

(Art. 785 c.p.c. ss.)

In assenza di contestazioni, la pronuncia di scioglimento della comunione ereditaria conclude una fase contenziosa e si configura come un provvedimento definitivo le cui statuizioni costituiscono il presupposto per l'ulteriore corso del procedimento di divisione, in quanto legittimano i conseguenti provvedimenti relativi all'estrazione a sorte dei progetti divisionali che integrano una fase esecutiva rispetto alla sentenza definitiva. La prosecuzione del procedimento di divisione è, quindi, subordinata al passaggio in giudicato della sentenza con cui viene dichiarato lo scioglimento della comunione e con cui si dichiarano esecutivi i progetti divisionali.

G.S.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 6 luglio 2016, n. 2359 - Giudice Unico d'Appello Spera - A. (Avv. Martini) c. M. S.r.l. (Avv. Meneghello).

**VENDITA - motoveicolo - vizio - individuazione della data di scoperta del vizio - data di consegna del veicolo - sussistenza.**

(Artt. 1490 e ss. c.c.)

In tema di compravendita, qualora la consegna della merce sia successiva alla conclusione del contratto, ai fini dell'esclusione della garanzia di cui all'ultima parte dell'articolo 1491 c.c., la facile riconoscibilità dei vizi della cosa venduta deve essere verificata con riferimento non al momento della conclusione del contratto, bensì a quello in cui il compratore abbia ricevuto la merce, in questo momento soltanto potendo egli esaminare lo stato in cui essa si trova.

G.D.

# Documenti

## Il linguaggio omissivo del legislatore

**Guido Alpa**

Ordinario dell'Università La Sapienza di Roma

Sommario: **1. Premessa.** – **2. L'inciso non esplicativo: il caso della c.d. legge Balduzzi e la responsabilità medica.** – **3. L'enunciato monco: l'intrico normativo dell'anatocismo bancario.** – **4. La trattazione non sistematica: il caso della «convivenza di fatto».** – **5. Il rinvio dimenticato: trust, contratto di affidamento fiduciario.** – **6. L'ignoranza della prassi: la validità della clausola arbitrale nelle controversie societarie.** – **7. L'omissione reiterata: il patto marciano.** – **8. L'omissione impropria: la riforma del c.d. terzo settore e il libro I del codice civile.**

### 1. Premessa.

L'aggettivo che ho scelto per denotare una delle caratteristiche del linguaggio del legislatore oggi particolarmente evidente ha un connotato negativo. Avrei potuto ricorrere ad altre locuzioni come «laconico», «sincopato», oppure avrei potuto riprendere il bel saggio di Pier Giuseppe Monateri, su *La sincedoche*, per alludere alla figura poetica che designa la parte per il tutto. Tuttavia, gli aggettivi o le formule alternative non avrebbero reso il senso del mio assunto, che non riguarda un comportamento intenzionale, volto ad esprimere nella formula normativa una fattispecie sintetica, quanto piuttosto una scelta dipesa da incuria, sciatteria o, addirittura, da una ambiguità voluta. Non è questo, dunque, un problema di lacune – se mai si possa porre questo problema – o di completezza del testo – se si potesse porre anche un problema di questo tipo (1) – ma un problema di redazione del testo, di «legistica», che si risolve nell'interpretazione del testo. Anzi, nel conflitto di interpretazioni (2). Si che se il legislatore fosse stato più attento, più accorto, meno corrivo, il problema non si sarebbe posto, il conflitto non si sarebbe aperto, con tutte le conseguenze in termini di certezza del diritto, di impegno degli interpreti, di costi della amministrazione della giustizia, di costi di difesa e così via.

Gli esempi che vengono alla mente sono infiniti, ma si può consumare il tentativo di raggrupparli – diciamo così – per categorie.

### 2. L'inciso non esplicativo: il caso della c.d. legge Balduzzi e la responsabilità medica.

Nel corso della conversione in legge del decreto 13 settembre 2012, n. 158 (convertito in l. 8 novembre 2012, n. 189) c.d. Balduzzi, al testo riguardante la responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie fu aggiunto un inciso, una formula compresa tra due enunciati che avrebbe dovuto precisare la natura della responsabilità medica. Dal 1999 un *révirement* della Corte di cassazione aveva stabilito che la responsabilità fosse dovuta a contatto sociale e, quindi, avesse natura contrattuale; l'inciso «in tali casi resta fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c.» avrebbe dovuto riportare l'ambito della responsabilità all'area extracontrattuale.

Tuttavia, l'inciso non è stato inteso in questo senso, e la giurisprudenza della Corte di cassazione ha continuato a qualificare

la responsabilità medica come contrattuale. Se anziché essere formulato in quel modo si fosse detto esplicitamente – come recita il testo ora oggetto di riforma – che il medico risponde per responsabilità extracontrattuale, non si sarebbe creato un contenzioso destinato a durare per un ventennio, sempre che si possa ritenere che sia stato sopito. L'incertezza interpretativa si è risolta in incertezza applicativa, dando luogo ad una varietà di soluzioni.

Le prime interpretazioni del richiamo all'art. 2043 c.c. erano nel senso che il legislatore avesse voluto solo prendere posizione sulla colpa lieve, ma non avesse voluto modificare il regime di responsabilità. Nella ordinanza 17 aprile 2014 n. 8940, la sesta sezione della Corte di cassazione sostenne infatti che il riferimento operato dal legislatore del 2012 all'«obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile» «vuole soltanto significare che il legislatore si è soltanto preoccupato di escludere l'irrelevanza della colpa lieve in ambito di responsabilità extracontrattuale, ma non ha inteso certamente prendere alcuna posizione sulla qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità di quella natura».

Si è venuto così formando un indirizzo interpretativo per il quale l'art. 3 l. 8 novembre 2012, n. 189 non ha alcuna forza innovativa circa i profili civilistici della responsabilità del medico dipendente di una struttura sanitaria.

Secondo tale orientamento, si è osservato che il riferimento all'art. 2043 c.c. ha la funzione di richiamare genericamente l'obbligo di risarcire il danno a prescindere però dalla fonte della obbligazione risarcitoria, che può essere costituita da un contratto o da un contatto sociale (3). Solo la giurisprudenza di merito ha tentato di valorizzare il riferimento normativo – che altrimenti sarebbe stato del tutto trascurato – riconducendo la responsabilità del medico dipendente di una struttura sanitaria alla disciplina del fatto illecito (4). Il Tribunale di Milano (5) ha chiarito per parte sua che l'esenzione dalla responsabilità penale per aver seguito le guide mediche non ha alcuna influenza ai fini civilistici, ove rileva la responsabilità extracontrattuale del medico. Questa interpretazione ha la finalità di combattere la medicina difensiva, sì che il richiamo all'art. 2043 «dovrebbe [si noti il condizionale, n.d.r.] altresì favorire la c.d. alleanza terapeutica tra medico e paziente, senza che (più o meno inconsciamente) venga inquinata da un sottinteso e strisciante “obbligo di risultato” al quale il medico non è normativamente tenuto ... e che è spesso alla base di scelte terapeutiche “difensive”, pregiudizievoli per la collettività e talvolta anche per le stesse possibilità di guarigione del malato».

Ma la Corte di cassazione, ignara di questi problemi, è pervicace nel confermare il proprio orientamento consolidato, né disposta a ripensare alla vicenda sulla base del nuovo testo legislativo, ribadendo, ancora di recente (6), la sua posizione.

### 3. L'enunciato monco: l'intrico normativo dell'anatocismo bancario.

L'art. 120 del t.u. bancario tratta dell'anatocismo, e costituisce una norma speciale rispetto alla disposizione generale dell'art. 1283 c.c. che lo vieta, salvi gli usi.

Il tema dell'anatocismo ciclicamente torna di attualità sia sotto il profilo giurisprudenziale, sia sotto quello legislativo; alla fine del mese di marzo 2016 è stato infatti approvato il disegno di

legge di conversione del d.l. 14 febbraio 2016, n. 18, recante misure urgenti concernenti la riforma delle banche di credito cooperativo, la garanzia sulla cartolarizzazione delle sofferenze, il regime fiscale relativo alle procedure di crisi e la gestione collettiva del risparmio; il che, tradotto in parole povere, sta ad indicare la promulgazione di una legge a tutela della parte attualmente più debole del sistema bancario, le Bcc.

Solo dopo l'esame dell'originario testo di legge in commissione è apparso un emendamento, precisamente l'art. 17-bis, che modifica l'art. 120 del t. u. bancario (il cui testo era già stato riformato con la legge di stabilità 2014).

Di qui due letture: quella che riteneva completo l'enunciato normativo e quindi leggeva il testo come se l'anatocismo bancario fosse vietato *tout court*, e quella che, facendo il testo rinvio al parere del Cicr, riteneva che l'enunciato non potesse avere immediata applicazione, in attesa del suo completamento con il suddetto parere, peraltro atteso senza risultato.

L'art 17-bis innova la precedente formulazione dell'art. 120 tub., prevedendo che:

«3 b) gli interessi debitori maturati, ivi compresi quelli relativi a finanziamenti a valere su carte di credito, non possono produrre interessi ulteriori, salvo quelli di mora e sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale; per le aperture di credito regolate in conto corrente e in conto di pagamento, per gli sconfinamenti anche in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido: 4 i) gli interessi debitori sono conteggiati al 31 dicembre e divengono esigibili il 1° marzo dell'anno successivo a quello in cui sono maturati; nel caso di chiusura definitiva del rapporto, gli interessi sono immediatamente esigibili;

5 ii) il cliente può autorizzare, anche preventivamente, l'addebito degli interessi sul conto al momento in cui questi divengono esigibili; in questo caso la somma addebitata è considerata sorte capitale; l'autorizzazione è revocabile in ogni momento, purché prima che l'addebito abbia avuto luogo».

#### 4. La trattazione non sistematica: il caso della «convivenza di fatto».

La l. del 20 maggio 2016, n. 76 presenta molteplici caratteri di singolarità: *in primis*, il suo travagliato *iter* politico ha imposto l'unificazione di diversi progetti di normazione orientati, per diversi gradi, ad assimilare o a differenziare la disciplina delle nuove aggregazioni familiari da quella tradizionale regolata da Costituzione, c.c. e leggi speciali; la discussione nei due rami del Parlamento con un numero infinito di emendamenti; la fiducia del governo imposta per poter concludere l'*iter* legislativo. Poi, la stessa composizione del testo, consistente in un solo articolo declinato in 69 commi, di cui peraltro i primi trentacinque si riferiscono alle «unioni civili» e gli artt. 36-68 si riferiscono non alle convivenze, ma ai diritti dei conviventi di fatto.

Il modo in cui è disciplinata la materia è altrettanto singolare: in un unico testo si regolano infatti un istituto – l'unione civile – che viene definita come «specifica formazione sociale ai sensi degli artt. 2 e 3 della Costituzione», e che esiste in quanto sia costituita da due persone maggiorenni dello stesso sesso, e sia dichiarata di fronte all'ufficiale di stato civile alla presenza di due testimoni; e un complesso di diritti dei conviventi di fatto, articolati a seconda che si essi convivano, che convivano stabilmente, che lavorino stabilmente insieme, e così via.

Quanto alle unioni civili provvedono le regole concernenti modalità di costituzione, impedimenti, diritti e obblighi delle parti, regime patrimoniale, vizi e vicende che ne possono turbare la vita, lo scioglimento, e altri istituti. Scorrendo il testo, si rinviene anche una integrazione della disciplina sulla rettificazione di sesso, il rinvio a decreti legislativi con relativi principi generali

concernenti il riordino della normativa sullo stato civile, gli aspetti di diritto internazionale privato, ed un doppio rinvio: alle disposizioni dell'ordinamento che completano la disciplina e alle disposizioni in materia di matrimonio, ovvero che usano la terminologia del matrimonio per adeguarle, là dove consentito, alle unioni civili.

Accanto alle unioni civili, il testo contiene regole che si occupano di altre vicende: nel suo titolo fa riferimento alla disciplina delle convivenze che però non sono definite in quanto tali. Per una volta, al comma 37, si cita la stabile convivenza e, talvolta, si usa l'avverbio stabilmente; per tutto il resto la legge si occupa dei diritti e degli obblighi individuali dei conviventi, che vengono definiti come conviventi di fatto e 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 e adozione, da matrimonio o da un'unione civile». È da notare che nella definizione la stabilità riguarda i rapporti affettivi di coppia e la reciproca assistenza morale e materiale, ma non la convivenza. La stabilità della convivenza sembra, dunque, un requisito in più, che non si comprende se sia legittimante l'esercizio dei diritti e corrispondentemente l'adempimento degli obblighi previsti, oppure se sia la conseguenza della stabilità del rapporto affettivo.

Tuttavia, essendo diritti e obblighi posti in capo a conviventi (di fatto), la convivenza sembra essere un elemento essenziale per l'acquisizione di diritti e obblighi; la sua stabilità sarà tutt'al più un problema di prova, là dove venisse richiesta.

L'accertamento della stabile convivenza è effettuato mediante dichiarazione anagrafica. Segue la disciplina del contratto di convivenza (art.50 ss.): si tratta di un legame contrattuale eventuale affidato alla scelta dei conviventi.

Il contratto di convivenza non è, dunque, come la dichiarazione effettuata dinanzi allo stato civile per le unioni civili, elemento costitutivo della convivenza; tuttavia, non può sussistere se essa manca.

Per l'accertamento della convivenza occorre fare riferimento all'anagrafe, in cui l'indirizzo della residenza è indicato – separatamente – da ciascun convivente.

Di qui, la questione se l'accertamento della stabile convivenza sia elemento costitutivo di questo modello familiare, oppure semplicemente un atto amministrativo che rende noto ai terzi la sua esistenza. La convivenza infatti, se cessata, fa venire meno alcuni diritti, ma, lo si ribadisce, nella definizione dei conviventi di fatto non si richiede che essi convivano stabilmente. In questo caso le definizioni pesano: sarà la giurisprudenza a chiarire, con l'apporto della dottrina – al momento peraltro già divisa – se la definizione debba essere presa alla lettera, oppure no.

In un unico testo, anzi in un unico articolo, si trova dunque una congerie di regole che riguardano istituti, situazioni di fatto, modificazioni di leggi speciali riguardanti altre vicende (come la trasformazione e la rettifica del sesso).

Il legislatore qui non è solo poco chiaro, è anche omissivo.

L'unione civile è certificata da un documento che ne attesta la costituzione, i cui contenuti sono prescritti dal comma 9; le parti possono, all'atto della costituzione, e con dichiarazione all'ufficiale di stato civile, effettuare la scelta del cognome della loro unione, ma la dichiarazione contiene anche la scelta del regime patrimoniale, e la residenza dell'unione.

Le regole enunciate, tuttavia, non prevedono una disciplina completa dell'istituto *unione civile*, in quanto essa viene integrata da una norma di rinvio alla disciplina del codice civile: quanto al libro I, al titolo XIII, nonché agli artt. 116, comma 1, 146, 2647, 2653, comma 1°, n. 4 e 2659; quanto al libro II, alle disposizioni previste dal capo III e dal capo X del titolo I, dal ti-

tolo II, dal capo II e dal capo V-bis del titolo IV. Si rinviene anche un rinvio alla disciplina del divorzio (all'art. 3, n. 1 e n. 2 lettere a, c, d, e della l. 1 dicembre 1970 n. 898). E ancora, si richiamano - in quanto compatibili - gli artt. 4, 5, comma 1°, e dal comma 5°, all' 11°, 8,9, 9-bis, 10, 12-bis, 12-ter, 12 quater, 12 quinquies, 12 sexties sempre della legge sul divorzio, nonché le disposizioni del titolo II del libro IV del c.p.c. e gli artt. 6 e 12 del d. l. 12 settembre 2014, n. 132 convertito in l. 10 novembre 2014, n. 162. Tale norma di rinvio fa sì che, in alcune ipotesi eccezionali, il termine matrimonio sia accompagnato dal sintagma «unione civile di persone dello stesso sesso».

Più dettagliata è la disciplina dei diritti e degli obblighi dei conviventi di fatto e più articolata, anche se incompleta, la disciplina del contratto di convivenza, rispetto agli accordi che possono essere conclusi nell'ambito dell'unione civile.

Seguendo gli orientamenti della dottrina più recente, che, riprendendo la tradizione culturale della nostra esperienza, ne ha rivisitato in senso critico gli indirizzi (7), il primo compito dell'interprete dovrebbe essere dedicato all'analisi dei termini e dei concetti impiegati nel testo legislativo: in esso compaiono infatti alcune definizioni esplicite, come quella dei conviventi di fatto, altre date per implicito (con riferimento agli artt. 2 e 3 cost.). Si usano termini inadeguati, come quello di parti per alludere ai soggetti che compongono l'unione (sarebbe stato preferibile l'anglicismo *partners*, ormai ammesso anche nel linguaggio giuridico), e si impiegano concetti come unione civile, convivenza, convivenza stabile, dichiarazione, e così via, che richiederebbero un approfondimento specifico, proprio perché i concetti giuridici variano anche a seconda del loro contesto.

Poiché i termini e i concetti variano comunque nel tempo e devono essere storicizzati, occorre evitare di leggere il testo alla luce delle vecchie nozioni o, peggio, delle vecchie convinzioni. E, tuttavia, il testo non risulta di per sé immediatamente percepibile, sicché occorreranno le elaborazioni della dottrina e consolidati orientamenti della giurisprudenza per poterne fissare in modo plausibilmente certo il significato.

Non a caso si è insistito sulle diverse tecniche utilizzate per la costruzione del testo; una costruzione stratificata, farraginosa, avventurosa e per certi aspetti anche casuale, frutto di compromessi, di accesi dibattiti, di pentimenti, di innovazioni dell'ultima ora.

Innanzitutto ci si deve chiedere se si sia in presenza di diversi istituti, oppure se si sia in presenza di un unico istituto - la famiglia - che si presenta con morfologie differenti. Per superare il problema si è parlato di modelli familiari, in questo senso riconducendo alla famiglia sia l'aggregazione più tradizionale, sia quella per molto tempo avversata per ragioni morali, cioè la famiglia di fatto; sia quella del tutto innovativa, composta da persone dello stesso sesso. Per parte mia, preferisco parlare di famiglie, anziché di «modelli familiari». Mi sembra che si tratti di aggregazioni che, pur ispirandosi alla famiglia tradizionale, e pur segnandone l'evoluzione, non sono una specificazione di un unico modello originario, ed assolvono anche a funzioni non perfettamente coincidenti con la famiglia di stampo tradizionale. Non mi riferisco ovviamente al matrimonio, quale discrimine di questi diversi fenomeni, ma piuttosto alla possibilità di procreare tra *partners*, alla facilità con cui si può contrarre e con cui si può sciogliere il vincolo, all'assenza di obblighi (come quello di fedeltà) previsti invece per la famiglia tradizionale, alla possibilità di risiedere in sedi diverse, e così via; tutti aspetti che tendono a distinguere, piuttosto che ad unificare, le aggregazioni esaminate. Che poi le norme riflettano effettivamente ciò che queste aggregazioni sono nella realtà, e che vi sia una sovrapposizione perfetta tra questi fenomeni sociali e la loro rappresentazione le-

gislativa, è tutto da discutere (8).

Insomma, sono tutte ragioni per cui credo sia più appropriato parlare di famiglie: famiglia composta da persone di sesso diverso e fondata sul matrimonio, civile o religioso ad effetti civili; famiglia composta da *partners* dello stesso sesso, che si denomina unione civile, fondata non sul matrimonio ma sulla dichiarazione resa dinanzi all'ufficiale di stato civile; famiglia composta da conviventi stabili, non frutto di una dichiarazione di volontà, ma della semplice situazione di fatto risultante dalla dichiarazione anagrafica unilaterale del convivente; famiglia composta da conviventi non stabili che non si giovano della dichiarazione anagrafica.

Ciascuna di queste aggregazioni ha la sua disciplina e, quindi, esse non si possono riportare al medesimo istituto.

Ne discendono alcune conseguenze.

Innanzitutto, l'analitica descrizione delle disposizioni a cui la legge fa rinvio nel disciplinare l'unione civile esclude che si possano colmare eventuali lacune (cioè differenze e omissioni normative rispetto alla disciplina della famiglia fondata sul matrimonio) mediante il ricorso all'analogia. È palese, in alcune disposizioni - i commi 19°, 21°, 23° e 25° - il rigore - qui davvero preciso e quasi ossessivo - del legislatore nel tracciare confini netti tra la disciplina dell'unione civile e la disciplina del matrimonio.

Non è neppure possibile l'inverso: e cioè trarre da questa disciplina argomenti per applicarla analogicamente alla disciplina del matrimonio negli aspetti in cui essa risulta, se possibile, più avanzata di quella che si è venuta formando dalla riforma del 1975 ad oggi in materia di rapporti tra coniugi, nome della famiglia, ambito dell'autonomia privata nella regolazione dei rapporti patrimoniali e personali.

Di qui, le diverse prospettazioni che già sono emerse in dottrina: una, più cauta, che si chiede se l'unione civile sia una istituzione sociale creata dal legislatore (9); un'altra, più rassicurante, che vede nel riconoscimento delle unioni familiari non una minaccia alla famiglia fondata sul matrimonio, ma il sostegno a tutte le forme familiari determinato da ragioni sociali ed economiche (10). Non sono mancate ovviamente, molte critiche, con toni anche sprezzanti (11), alla nuova disciplina da parte di chi la considera un vero e proprio attentato alla famiglia tradizionale.

## 5. Il rinvio dimenticato: *trust*, contratto di affidamento fiduciario.

La c.d. legge dopo di noi (22 giugno 2016, n. 112) cita due istituti solo nominalmente: il *trust*, istituto di derivazione inglese, creazione non del *common law* ma dell'*equity*, con una sua propria tradizione e una disciplina giurisprudenziale assai accurata, modello di leggi o di *case law* in tutto il mondo; il contratto di affidamento fiduciario, nuova figura contrattuale, che si dovrebbe considerare «tipica» se non fosse che il legislatore non ne detta alcuna disciplina. In entrambi i casi si può parlare di comportamento gravemente omissivo del legislatore. Nel primo, perché non è da tutti condivisa l'opinione che la convenzione dell'Aja sul *trust* consenta di per sé di costruire una disciplina di diritto interno dell'istituto e che, quindi, sia sempre necessario fare riferimento ad una legge straniera che lo governi; di più, si ritiene del tutto stravagante la tesi che vede il *trust* attuato dalla nuova disciplina dell'art. 2645 *ter*, che consente di registrare patrimoni separati. Nel secondo, perché le sole espressioni «contratto», «affidamento» e «fiduciario» di per sé non possono sopperire ad una disciplina organica.

È pur vero che la Corte di cassazione, con diverse sentenze, ha menzionato il *trust*. In una recente sentenza si legge che il «trust» non è un ente dotato di personalità giuridica, ma un in-

sieme di beni e rapporti destinati ad un fine determinato, nell'interesse di uno o più beneficiari, e formalmente intestati al *trustee*, il quale, pertanto, disponendo in via esclusiva dei diritti conferiti nel patrimonio vincolato, è l'unico soggetto legittimato a farli valere nei rapporti con i terzi, anche in giudizio (in applicazione dell'anzidetto principio, la Corte suprema, confermando il decreto impugnato, ha ritenuto che, costituiti in *trust* i diritti di tutti gli obbligazionisti di una società, solo il *trustee* era legittimato ad insinuare i relativi crediti al passivo della garante poi fallita (12)).

Tuttavia, ciò non significa che la menzione legislativa legittimi l'esistenza di un *trust* di diritto italiano; il rinvio al *trust* può riguardare ogni istituto che si conformi al *trust* ed abbia disciplina straniera.

La semplice denominazione di contratto di affidamento fiduciario, poi, può alludere a diverse fattispecie: può riguardare il negozio fiduciario *cum amico* e il negozio fiduciario *cum creditore*; può riguardare un mandato per una operazione singola.

In più, in caso di morte del fiduciante, è discutibile che il contratto possa essere ceduto ad altri: le cessione, infatti, ostacolerebbe la fiducia che era stata riposta da chi ha costituito il *trust* sul *trustee* originario. In più, la previsione di un programma, che costituisce il cuore dell'affidamento fiduciario trasposto in un contratto, è certo nella disponibilità delle parti, ma se la legge non prevede i rimedi *ad hoc*, si applicano i rimedi ordinari in caso di inadempimento del *trustee*. Né si sa se i beneficiari, che non sono titolari di diritti, ma, se mai, di interessi legittimi, possano far accertare l'inadempimento, con i conseguenti rimedi. Si tenga presente che la categoria degli interessi legittimi di diritto privato è, già di per sé, assai discussa.

#### 6. L'ignoranza della prassi: la validità della clausola arbitrale nelle controversie societarie.

La Cass., 28 ottobre 2015, n. 22008 (13), ha confermato l'orientamento che sanziona, attraverso la nullità, la clausola arbitrale, contenuta negli statuti societari, qualora non demandi la nomina degli arbitri a soggetti estranei alla società, in virtù della prescrizione di cui al comma 2° dell'art. 34, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5. Tale pronunciamento è stato esteso anche alle ipotesi ove la lite societaria debba essere rimessa ad un procedimento di tipo irrituale.

Gli orientamenti della dottrina, al riguardo, erano molteplici (14): un orientamento liberale riteneva che le parti avessero piena scelta nel definire le controversie societarie con arbitrato *ad hoc*, oppure seguendo le indicazioni della legge del 2003; un altro orientamento riteneva che occorresse la piena conformità degli statuti, che avrebbero dovuto essere modificati, se difformi rispetto al dettato legislativo; un terzo orientamento riteneva che la clausola arbitrale fosse valida e invalida solo la nomina effettuata in modo difforme da quanto stabilito dalla legge. La commissione ministeriale istituita per il coordinamento della disciplina delle *Adr* ha seguito questo indirizzo (15). Ma la questione è aperta, finché non interviene il legislatore.

#### 7. L'omissione reiterata: il patto marciano.

Il patto marciano, pur provenendo da una tradizione risalente, è stato rivalutato dal legislatore solo di recente (d.l. n. 59 del 2016).

Secondo l'orientamento della giurisprudenza (16), è una clausola contrattuale in base alla quale le parti convengono che al termine del rapporto - effettuata la stima del bene dato in garanzia dell'adempimento con tempi certi e modalità definite, tali da assicurare una valutazione imparziale ancorata a parametri oggettivi ed autonomi ad opera di un terzo - il creditore debba,

per acquisire il bene, pagare l'importo eccedente l'entità del suo credito, sì da ristabilire l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni ed evitare che il debitore subisca una lesione dal trasferimento del bene in garanzia.

Dalla struttura del patto deve risultare, anticipatamente, che il debitore perderà la proprietà del bene ad un giusto prezzo, determinato al momento dell'inadempimento, con restituzione della differenza rispetto al maggior valore. Non costituisce requisito necessario che il trasferimento della proprietà sia subordinato al suddetto pagamento: è possibile articolare la clausola marciana sia nel senso di ancorare il passaggio della proprietà al solo inadempimento; sia alla corresponsione della differenza di valore.

La dottrina ha definito questo patto non come patto marciano, così come viene configurato dalla tradizione romanistica e dalla giurisprudenza consolidata, ma piuttosto come un patto commissorio condizionato, valido cioè e si presentano determinate condizioni. Esso istituisce un diritto reale di garanzia tipico nuovo, che va ad assommarsi ai diritti reali che costituiscono un numero chiuso. Si discute, visto che il legislatore non lo prevede, se il patto abbia causa solutoria oppure causa di garanzia. Non si tratta però di *datio in solutum*. In ogni caso, si modifica l'ordine dei creditori, e si supera il principio della *par condicio*.

#### 8. L'omissione impropria: la riforma del c.d. terzo settore e il libro I del codice civile.

Le associazioni, riconosciute o non riconosciute, e le fondazioni, svolgono la loro attività a vantaggio di predeterminate categorie di soggetti: per le associazioni (riconosciute o non), a vantaggio degli associati, ma non è escluso che esse possano svolgere attività non lucrative a favore di terzi; per le fondazioni, a vantaggio della famiglia (fondazioni di famiglia, fondazioni di erogazione), dell'impresa (fondazioni d'impresa), di soggetti diversi dai fondatori e dai soci e terzi rispetto all'ente (ad es. a favore di studenti con l'erogazione di borse di studio, e così via), e mai a vantaggio del fondatore, che si spoglia, con la costituzione della fondazione, di ogni legame con essa.

La libertà associativa ha dato luogo, nel nostro Paese, ad una straordinaria fioritura di enti non lucrativi, e in particolare ad enti che, oltre a procurare benefici ai loro associati, svolgono una intensa e benemerita attività sociale, per soccorrere gli indigenti, le categorie sociali più deboli, gli immigrati, per somministrare cure e farmaci, ma anche per tutelare i beni comuni, dall'ambiente al mare, ai beni culturali etc.

Questi enti sono classificabili in alcune tipologie definite da leggi speciali.

Poiché si tratta di enti diversi, per loro natura e per finalità, dalle associazioni e dalle fondazioni di stampo tradizionale, così come disciplinate dal codice civile, e diversi anche dagli enti che operano in ambito economico, essi sono raggruppati, per convenzione linguistica, in un settore a sé, denominato per l'appunto «terzo settore».

Con la l. 6 giugno 2016, n. 106 il Parlamento ha conferito al governo la delega per introdurre regole sull'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale. L'art. 1 della legge indica, da un lato, le finalità della disciplina e dall'altro una definizione del terzo settore, al tempo stesso delineando i confini della disciplina.

Le finalità consistono nel sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune; ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona; a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli

artt. 2, 3, 18 e 118, comma 4°, della Costituzione.

Per «terzo settore» si intende – secondo il testo normativo – il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività di interesse generale mediante forme di azione volontaria e gratuita, o di mutualità, o di produzione e scambio di beni e servizi. Non fanno parte del terzo settore le formazioni e le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche. Le norme della legge non si applicano alle fondazioni bancarie (art.1).

La disciplina progettata è ispirata ai seguenti principi:

a) riconoscere, favorire e garantire il più ampio esercizio del diritto di associazione e il valore delle formazioni sociali liberamente costituite, ove si svolge la personalità dei singoli, quale strumento di promozione e di attuazione dei principi di partecipazione democratica, solidarietà, sussidiarietà e pluralismo, ai sensi degli artt. 2, 3, 18 e 118 cost.;

b) riconoscere e favorire l'iniziativa economica privata il cui svolgimento, secondo le finalità e nei limiti di cui alla presente legge, può concorrere ad elevare i livelli di tutela dei diritti civili e sociali;

c) assicurare, nel rispetto delle norme vigenti, l'autonomia statutaria degli enti, al fine di consentire il pieno conseguimento delle loro finalità e la tutela degli interessi coinvolti;

d) semplificare la normativa vigente, garantendone la coerenza giuridica, logica e sistematica (art.2).

La revisione del libro I si dovrà attenere alle seguenti direttive: a) rivedere e semplificare il procedimento per il riconoscimento della personalità giuridica; definire le informazioni da inserire negli statuti e negli atti costitutivi; prevedere obblighi di trasparenza e di informazione, anche verso i terzi, attraverso le forme di pubblicità dei bilanci e degli altri atti fondamentali dell'ente anche mediante la pubblicazione nel suo sito internet istituzionale; prevedere una disciplina per la conservazione del patrimonio degli enti;

b) disciplinare, nel rispetto del principio di certezza nei rapporti con i terzi e di tutela dei creditori, il regime di responsabilità limitata degli enti riconosciuti come persone giuridiche e la responsabilità degli amministratori, tenendo anche conto del rapporto tra il patrimonio netto e il complessivo indebitamento degli enti medesimi;

c) assicurare il rispetto dei diritti degli associati, con particolare riguardo ai diritti di informazione, partecipazione e impugnazione degli atti deliberativi, e il rispetto delle prerogative dell'assemblea, prevedendo limiti alla raccolta delle deleghe;

d) prevedere che alle associazioni e alle fondazioni che esercitano stabilmente e prevalentemente attività d'impresa si applichino le norme previste dai titoli V e VI del libro quinto c.c., in quanto compatibili, e in coerenza con quanto disposto all'articolo 9, comma 1°, lettera e);

e) disciplinare il procedimento per ottenere la trasformazione diretta e la fusione tra associazioni e fondazioni, nel rispetto del principio generale della trasformabilità tra enti collettivi diversi introdotto dalla riforma del diritto societario di cui al d.l. 17 gennaio 2003, n. 6 (art. 3).

La disciplina prevede, con riguardo alla gestione interna, l'osservanza dei principi di democrazia, eguaglianza e pari opportunità, oltre che di efficienza, trasparenza ed economicità di gestione; il divieto di distribuzione, anche in forma indiretta, degli utili o degli avanzi di gestione e del patrimonio dell'ente; obblighi di controllo interno, e possibilità di svolgere una attività di impresa «svolta dall'ente in forma non prevalente e non stabile

(...) finalizzata alla realizzazione degli scopi istituzionali».

Sono previste anche regole di riordino della disciplina del volontariato e delle imprese sociali. La medesima legge istituisce il servizio civile universale, finalizzato alla difesa non armata della patria e la Fondazione Italia sociale.

La cosa curiosa è che queste disposizioni riguardano tutte la riforma del terzo settore, includendo anche il servizio civile, e tutte le tipologie di associazioni che hanno una disciplina particolare, che consente loro di acquisire profitti. Ma non si completa la disciplina del libro I c.c., neppure nei principio di riordino che sono enumerati dal legislatore e che ho riportato ad hoc qui sopra: nulla si dice, ad esempio, sul trasferimento degli immobili, oppure sul procedimento di estinzione degli enti- Quest'ultima è una omissione grave perché l'estinzione instaura una procedura complessa, ed in più prevede la scelta di un ente avente finalità analoghe a cui si dovrebbero trasferire beni, utilità, e quanto resta dell'ente da estinguere.

Ad esito di questa semplice esemplificazione di casi in cui il linguaggio omissivo del legislatore crea problemi interpretativi e applicativi di enorme difficoltà, minando inutilmente la certezza del diritto, la considerazione più vieta, quasi lapalissiana, è che con un poco di attenzione è possibile completare il testo normativo e chiarirne il senso, senza necessità di effettuare studi approfonditi né essere dotati di una raffinata cultura.

#### Note:

(1) Sul punto v. RUSSO, *La pragmatica del discorso legislativo*, in *Vita not.*, 2016, p. 1045 ss; e in particolare Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, e la sua scuola: Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993; Parodi, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, Milano, 2012.

(2) Alludo alla tesi di Ricoeur, *Il conflitto delle interpretazioni*, Milano, 1995.

(3) V. il contrasto tra Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006 e Zaccaria, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts : La resistibile ascesa del contatto sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 77 ss.

(4) Trib. Varese, 26 novembre 2012, n. 1406 inedita.

(5) Trib. Milano, 17 luglio 2014, n. 9693 in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com)

(6) Sentenza n. 6209 del 31 marzo 2016, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

(7) D'Angelo, *Discorso giuridico, termini tecnici e concetti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 306.

(8) Barbagli e Colombo, *Omosessuali moderni. Gay e lesbiche in Italia*, Bologna, 2007.

(9) Sesta, in *Lo Stato*, 2016, p. 261 ss.

(10) Auletta, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Le nuove leggi civili comm.*, 2016, p. 410.

(11) Ruggeri, *Unioni civili e convivenze di fatto: "famiglie" mascherate?*, in *Consultaonline*, 16 giugno 2016.

(12) Cass., 22 dicembre 2015, n. 25800, [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it)

(13) In [www.altalex.com](http://www.altalex.com)

(14) Per tutti v. Zucconi Galli fonseca – Biavati, in Carpi (a cura di), *Arbitrati speciali*, II, Bologna, 2017; per i primi commenti Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 705 ss. Bove, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, p. 473 ss. Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in questa rivista, 2003, p. 929 ss. Auletta, *Dell'arbitrato*, in *La riforma delle società. Il processo*, a cura di Sassani, Torino, 2004, ss.; ID., *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5: a proposito di recenti (dis-)orientamenti del notariato*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 361 ss.

(15) V. relazione della commissione ministeriale sulla degiurisdizionalizzazione, a cura di Alpa, Roma, 2017.

(16) Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, in [www.foroitaliano.it](http://www.foroitaliano.it)

## La prova della proprietà immobiliare nel diritto francese e considerazioni comparative con il diritto italiano

Rossella Atzeni

Magistrato

Il presente articolo mira ad approfondire l'indagine sui mezzi di prova della proprietà immobiliare esistenti nel sistema giuridico francese, al fine di consentire lo studio delle soluzioni pratiche attuate dalla giurisprudenza e dalla dottrina onde facilitare la dimostrazione del diritto dominicale, nel rispetto del codice civile francese.

**Sommario:** 1. *L'evoluzione della giurisprudenza e della dottrina francese.* - 2. *Il valore del titolo.* - 3. *L'onere della prova del diritto di proprietà immobiliare.* - 4. *L'usucapione.* - 5. *Considerazioni comparative con riguardo alla prova della proprietà immobiliare nel diritto italiano.*

### 1. L'evoluzione della giurisprudenza e della dottrina francese.

Nell'ultimo trentennio si è assistito ad un sempre crescente processo chiarificatore operato dai giuristi francesi circa la natura e l'ampiezza della prova della proprietà immobiliare e mobiliare in detto sistema giuridico.

Grazie a numerose sentenze della Corte di Cassazione francese a poco a poco si è formato un orientamento che ha messo in evidenza come la prova della proprietà immobiliare non deroghi alle regole del diritto comune francese e quindi non sia necessaria una prova specifica.

Autorevole dottrina è poi giunta ad affermare che spetta al giudice francese il libero apprezzamento delle prove prodotte dalle parti nel rispetto dei mezzi istruttori legali in materia civile (1). È inoltre significativo un arresto del Supremo Collegio francese, che, in materia di rivendicazione immobiliare, ha indicato la possibilità di dimostrare il proprio diritto dominicale su un bene immobile "oltre e contro il contenuto del titolo di proprietà" (2).

Il caso specifico oggetto di tale pronuncia riguarda una domanda di rilascio di un terreno situato nel territorio delle Antille, proposta dall'attore contro l'occupante, il quale assumeva esserne proprietario sulla base di un titolo di acquisto. L'attore, peraltro, aveva chiesto di dimostrare il proprio diritto dominicale sul bene tramite delle attestazioni testimoniali contrastanti col titolo di proprietà del convenuto. In tale quadro i giudici di merito hanno rigettato la domanda motivando che ai sensi dell'art. 1341 del "Code civil", non è ammissibile alcuna prova testimoniale "oltre e contro il contenuto di atti" scritti d'acquisto.

Tuttavia, su ricorso del rivendicante tale decisione è stata cassata dal Supremo Collegio per violazione della predetta norma, giacché il divieto di provare per testimoni "contro e oltre il contenuto dell'atto" scritto riguarda esclusivamente le parti contraenti (che tale atto hanno sottoscritto). Una parte della dottrina francese, sulla scorta di tali considerazioni, ha rilevato che sarebbe inappropriato parlare di un vero e proprio principio di libertà della prova in materia di proprietà immobiliare nel sistema giuridico francese e che "l'illusione che lo suggerisce dipende dal fatto che le parti in causa nell'ambito di un'azione di rivendicazione sono raramente delle parti contraenti, per cui in quanto parti non legate da vincolo contrat-

tuale non debbono soggiacere all'onere di fornire una prova scritta per la dimostrazione della proprietà immobiliare (3).

Pertanto nel caso suesposto, come ritenuto dalla Corte di Cassazione francese, l'art. 1341 del "Code civil" non era applicabile alla fattispecie concreta, non essendosi verificati i presupposti richiesti da tale previsione normativa.

La giurisprudenza è andata via via precisando, in linea generale, che la prova della proprietà si effettua con tutti i mezzi (4). Al riguardo la Suprema Corte, nel 2000, giudicando di un caso in cui si controverteva su un diritto di proprietà mobiliare, ha in generale affermato tale principio.

Chiarendo che "la proprietà di un bene si dimostra con tutti i mezzi di prova", il Supremo Collegio non ha inoltre inteso limitare la statuizione ai soli beni mobili, ma ha voluto indicare un principio con valenza unica, che interessa il diritto della prova della proprietà mobiliare come immobiliare, pur con le precisazioni che seguono.

Sulla scorta delle pronunce citate, è stato evidenziato che la prova della proprietà immobiliare è soggetta alle regole di diritto comune e che oltre alla prova per titoli, nei casi in cui le parti non siano contraenti, è anche possibile quella liberamente apportabile di un fatto.

Ciò in quanto, in tali ipotesi, il libero apprezzamento del giudice è sovrano nella valutazione delle prove.

Per quanto riguarda l'onere della prova, in applicazione dell'articolo 1315 del "Code civil", colui che invoca un diritto di proprietà su un bene immobile deve fornire la prova di tale diritto. Benché alcuni autori (5) affermino che non esiste nel diritto francese una vera e propria gerarchia dei mezzi e/o elementi di prova della proprietà immobiliare, di fatto buona parte della dottrina e la giurisprudenza accorda maggiore rilievo ad alcuni. Contro un titolo d'acquisto, può costituire prova della proprietà immobiliare il possesso e/o altri indizi e presunzioni.

### 2. Il valore del titolo.

Nel diritto francese deve intendersi per titolo di proprietà, l'atto scritto in base al quale un soggetto diviene titolare del diritto dominicale sul bene, pertanto: un atto di vendita, di donazione, un testamento, un atto di permuta, un atto di divisione, un atto giudiziale quale la sentenza.

Il titolo di proprietà, tuttavia, non è un mezzo di prova assoluta, qualora come detto le parti in causa non siano quelle contraenti.

Infatti, secondo il diritto francese il contratto ha forza di legge tra le parti contraenti, che devono rispettare le obbligazioni in esso assunte ai sensi dell'art. 1134 Code Civil.

Tale norma pone il principio della forza obbligatoria del contratto, ma ciò con riguardo a coloro che l'hanno stipulato. Al di fuori di tale caso il titolo costituisce una presunzione che, peraltro, può esser vinta.

Il principio dell'inopponibilità dei contratti a coloro che non ne sono stati parte è stabilito dall'articolo 1165 del "Code civil". (6) Tale disposizione prevede che « le convenzioni (contratti) non hanno effetto se non nei confronti delle parti contraenti, esse non nuociono ai terzi e non possono costituire un vantaggio a favore di questi ultimi se non nei casi previsti dall'art. 1121 Code Civil ».

L'articolo 1165 del "Code civil" pone il principio essenziale dell'effetto relativo del contratto, che limita la portata della sua forza obbligatoria.

In effetti il contratto non ha un'efficacia assoluta nella misura in cui non ha una forza obbligatoria erga omnes, bensì - salve alcune eccezioni - esclusivamente nei rapporti tra le parti contraenti.

Tale articolo deve peraltro esser letto unitamente all'articolo 1121 Code civil, relativo alla stipula di un contratto a favore di terzo e d'altra parte tenendo conto dei principi della rappresentanza.

Inoltre il principio esposto dell'effetto relativo del contratto ha subito dei temperamenti, volti a tener conto dell'utilità sociale del contratto.

Con riguardo alla prova del diritto di proprietà immobiliare, di conseguenza un contratto d'acquisto della proprietà su un bene immobile ha nei confronti del terzo il valore di indizio.

Come accennato, a seguito dell'Arresto della Corte di Cassazione del gennaio 2000, si è ritenuto che la dimostrazione del diritto di proprietà possa esser fornita, in linea generale (salva l'ipotesi in cui siano in giudizio le parti contraenti) con tutti i mezzi di prova, tanto in materia immobiliare che mobiliare (7).

Con tale decisione il Supremo Collegio ha in sostanza legittimato la prova per indizi (salva la predetta ipotesi).

Come detto, anche il titolo di proprietà costituisce un indizio, se le parti in giudizio non sono quelle contraenti.

Altri indizi sono ritenuti il possesso (che può esser provato per testimoni), l'attestazione scritta, i riferimenti catastali, Il pagamento delle imposte relative al bene immobile (*impôts fonciers*).

È pertanto onere di colui che agisce in rivendicazione apportare la prova del suo diritto di proprietà immobiliare fornendo il maggior numero di indizi idonei a dimostrare il suo diritto dominicale.

Grazie, quindi ad un quadro probatorio indiziario il più ricco ed univoco possibile, il rivendicante potrà fondare il convincimento del giudice, il quale ha il libero apprezzamento delle prove offerte in giudizio.

La citata decisione della Corte di Cassazione francese, del 2000, mette peraltro in rilievo la posizione privilegiata di colui che possiede il bene.

In effetti, grazie alla situazione di fatto corrispondente all'esercizio del diritto di proprietà, cioè il possesso, nonché alle sue caratteristiche stabilite dall'art. 2255 Code civil e seguenti, si realizza un'inversione dell'onere della prova, per cui è colui che non possiede il bene che dovrà dimostrare il suo diritto dominicale al fine di contrastare la posizione favorevole del possessore.

Ciò con specifico riferimento al fatto che il possesso, laddove presenti determinati requisiti, costituisce un modo d'acquisto della proprietà immobiliare grazie all'istituto dell'usucapione.

In Francia la dottrina più accreditata e la giurisprudenza hanno rilevato che la prescrizione acquisitiva (o usucapione) appare la migliore delle prove della proprietà immobiliare, venendo in second'ordine il titolo e in ultima analisi gli indizi e le presunzioni di fatto. Infatti l'usucapione è in grado di prevalere su un titolo contrario (8).

Occorre peraltro osservare che, secondo la giurisprudenza francese, alcuni indizi non sono idonei a fondare di per sé soli la prova del diritto di proprietà.

In particolare, i rilievi catastali hanno valenza meramente indicativa di semplice informativa e se costituenti unico elemento indiziario fornito in causa dalla parte, non possono evidentemente prevalere su altri elementi di prova della controparte, quali il possesso acquisitivo, cioè l'usucapione, o un titolo di proprietà.

### 3. L'onere della prova del diritto di proprietà immobiliare.

Particolare attenzione merita il principio recentemente evidenziato dalla Corte di Cassazione francese secondo cui per poter contestare validamente la proprietà altrui, è necessa-

rio che il rivendicante sia in grado di fondare un'azione di rivendicazione sullo specifico bene in causa. (9)

Tale è la condizione cui fa riferimento l'accennata pronuncia della terza Camera civile della Suprema Corte del 2015, che ha chiarito come laddove in un conflitto in tema di rivendicazione di un bene immobile, le parti in causa non possano avvalersi di un titolo di proprietà chiaramente stabilito, la lite potrà esser risolta avuto riguardo al possesso del bene. Tale decisione è stata vista con favore dalla dottrina, dato che una diversa tesi invertirebbe l'onere probatorio esigendo dal possessore del bene immobile che questi dimostri il suo diritto di proprietà ogni qualvolta sia citato in giudizio da soggetti che non siano in grado di giustificare la propria contestazione.

Sul punto l'orientamento dottrinario prevalente (10) ha evidenziato anche nel sistema francese che la prova del diritto di proprietà può esser presentata come una « probatio diabolica ». Ciò in quanto la portata del titolo di proprietà dell'avente causa è condizionato dalla qualità di quello dell'alienante, che dipende esso stesso da quello del suo dante causa. In tale quadro, onde evitare tale « probatio diabolica », ritenuta impossibile, la dottrina e la giurisprudenza francesi hanno coniato una serie di indizi e presunzioni, circa il diritto di proprietà immobiliare di un soggetto, idonei a determinare il libero convincimento del Giudicante, in quanto di grado superiore rispetto a quelli forniti dalla controparte. Pertanto, la giurisprudenza francese ha a poco a poco creato una gerarchia probatoria che l'arresto citato della Corte di Cassazione del 14 gennaio 2015 n° 13-22.256, in sostanza conferma.

Nel caso specifico, oggetto della decisione della Corte di Cassazione appena citata, i sig.ri L. si dolevano che la Corte d'Appello avesse dichiarato infondata la loro opposizione all'atto notarile di notorietà (del 22.12.2009), redatto in favore del sig. G e relativo all'intervenuta prescrizione acquisitiva in capo a questi ultimi di un appartamento in Portovecchio. Col ricorso per cassazione i ricorrenti L. contestavano l'intervenuto acquisto di tale bene per usucapione da parte dei sig. Ri G, mettendo in discussione i due criteri che la fondano: il « corpus » e l'« animus ».

In particolare, i ricorrenti lamentavano che il fatto che i possessori avesse abitato dal 1978 l'appartamento per cui è lite, che questo fosse a loro catastalmente intestato e che essi pagassero da quella data la relativa imposta fondiaria, non costituivano attività materiali aventi importanza tale da tradursi nell'esercizio fattuale del diritto di proprietà.

Le differenti testimonianze assunte in ordine a tale occupazione ed il riconoscimento da parte di uno dei ricorrenti, in una precedente istanza, della qualità di proprietari delle parti avverse, sarebbero secondo i medesimi ricorrenti, elementi idonei a fondare il diritto di proprietà dei sig.ri G e in particolare a provare il loro possesso dell'immobile ai sensi dell'art. 2261 del « Code Civil ».

Tale disposizione prevede che ai fini dell'acquisto della proprietà di un bene per usucapione è necessario un possesso continuo, ininterrotto, incontestato, pubblico ed inequivoco, nonché esercitato quale proprietario.

Come detto, secondo la giurisprudenza prevalente la prova del diritto di proprietà può esser fornita con ogni mezzo essendo consentito in particolare di far valere un complesso di indizi quali il possesso (provato a mezzo di testimoni) ed anche delle attestazioni o ancora il pagamento delle imposte fondiarie (11).

Nella pronuncia della Corte di Cassazione francese del 2015, citata, si è messo in evidenza che la contestazione dell'altrui proprietà può esser validamente effettuata in giudizio solo a condizione che colui il quale tale proprietà contesti, sia in grado di

fondare un'azione di rivendicazione sul bene immobiliare oggetto del contendere.

Nel caso appena indicato, la Corte di Cassazione ha constatato, tra l'altro, che i sig.ri G. erano nel possesso dell'immobile e che i sig.ri L. pur sostenendo che un proprio avo fosse proprietario del suddetto lotto non avevano dimostrato la persistenza di esso nell'attivo ereditario e di averlo quindi da questi ricevuto per acquisto *mortis causa*, né che i ricorrenti avevano provato che i sig.ri G. avessero meramente detenuto l'appartamento in questione in «prestito d'uso».

Con tale decisione è stata riaffermata una gerarchia dei mezzi ed elementi di prova, che evidenzia il valore preminente del possesso, quando una delle parti non ha un elemento di prova prevalente da opporre alla controparte. Pertanto, qualora nessuno dei contendenti abbia un titolo d'acquisto del bene (atto scritto) le ragioni del possessore devono esser preferite.

Tale pronuncia dei Giudici supremi appare pienamente condivisibile in quanto una diversa soluzione avrebbe comportato un'inversione dell'onere della prova esigendo dal possessore dell'immobile la dimostrazione del suo diritto di proprietà, anche qualora detto diritto sia contestato da soggetti incapaci di giustificare le loro pretese in giudizio.

#### 4. L'usucapione.

L'usucapione o prescrizione acquisitiva è anche nel diritto francese un mezzo d'acquisto di un diritto reale, quale quello di proprietà mobiliare o immobiliare, nonché di un diritto di usufrutto o di servitù, con esclusione dei beni o diritti che non sono in commercio (art. 2260 Code civil).

Colui che prova l'usucapione in suo favore della proprietà di un bene immobile ha dunque dimostrato di esser titolare del relativo diritto dominicale, cosicché tale evidenza assume nel diritto francese grande rilievo.

Infatti, l'articolo 2258 del Code civil prevede che la prescrizione acquisitiva (o usucapione) è un mezzo di acquisto di un bene o di un diritto per effetto del suo possesso, che dispensa colui che lo allega dalla produzione di un titolo e che impedisce che venga a costui opposta l'eccezione della sua mala fede. Inoltre, come detto, la prova dell'usucapione prevale sul titolo della controparte.

Il possesso utile ad usucapire la proprietà di un bene immobile necessita, secondo il codice civile francese, di atti concreti, che si traducano nell'esercizio fattuale di un diritto (*corpus*) e nella volontà del possessore di considerarsi come titolare di tale diritto (*animus*).

Perché possa realizzarsi un acquisto per usucapione di un diritto di proprietà su un bene è necessario un possesso continuo, ininterrotto, pacifico, pubblico ed inequivoco, nonché esercitato quale proprietario.

Il carattere non equivoco del possesso implica che il possessore debba manifestare senza ambiguità la sua intenzione di comportarsi come proprietario. Così la Corte di Cassazione francese ha confermato la decisione di merito nella quale si era rilevato che il possessore non si era comportato come avrebbe fatto un proprietario, avendo ommesso di assicurare il bene immobile contro l'incendio e di farvi delle riparazioni, di talché egli non aveva compiuto degli atti materiali implicanti una pretesa chiara sul bene, ma piuttosto un comportamento equivoco. (12)

Inoltre, l'articolo 2263 del « Code civil » prevede che gli atti di violenza non possono fondare un possesso idoneo ad usucapire. A tal fine il possesso utile comincia a decorrere dal momento in cui la violenza è cessata.

Occorre rilevare altresì che gli atti meramente facoltativi o di semplice tolleranza non possono fondare né il possesso né la prescrizione acquisitiva (art. 2262 Cod. Civil).

Recentemente la Corte di Cassazione francese ha affermato che la Corte d'Appello non era tenuta a rilevare specificatamente la sussistenza di tutti i requisiti richiesti dalla legge con riguardo al possesso *ad usucapionem* in assenza di una contestazione specifica vertente su ogni elemento a questo fine indicato dal *Code civil*. (13)

Nel diritto francese, il termine utile ad usucapire con riguardo ad un diritto di proprietà immobiliare è di trent'anni. Tuttavia, colui che acquista in buona fede e con titolo idoneo un immobile, realizzerà la prescrizione acquisitiva in dieci anni (art. 2272 Cod Civil).

Sotto il profilo del « corpus » il possesso che può dar luogo alla prescrizione acquisitiva del diritto di proprietà di un bene immobile si concreta in un potere di fatto sulla cosa, che si estrinseca in atti materiali quali quelli esercitati dal proprietario (abitare un appartamento, coltivare un terreno, darlo in locazione).

Sotto il profilo dell'elemento psicologico, come detto, l'articolo 2261 del « Code civil » esige che il possesso sia esercitato « a titre de propriétaire » cioè *animus domini*, con l'intenzione di comportarsi come proprietario, pertanto come vero titolare del diritto.

Tale non può esser – anche nel diritto francese – il detentore precario.

A questo riguardo recentemente la Corte di Cassazione francese (14) ha rilevato che la mera convinzione degli occupanti di una porzione di terreno agricolo di esser titolari del diritto di proprietà sulla stessa e il fatto di aver pagato le imposte relative, non sono elementi sufficienti a integrare il requisito dell'*animus domini*, necessario per fondare un possesso utile ad usucapire.

Nel caso di specie gli attori, pur essendo riusciti a dimostrare il «corpus» (con la prova di aver occupato il terreno e di averlo coltivato, nonché di aver pagato le tasse relative a tale fondo), non avevano dimostrato il requisito dell'*animus domini*.

Infatti, la Corte di Cassazione ha ritenuto che l'asserita convinzione interiore degli attori di esser proprietari del terreno era stata contraddetta dalla due domande che essi avevano formulato alla Direzione Dipartimentale dell'Agricoltura per vedersi concedere detta particella agricola, onde regolarizzare la loro situazione.

Così, atteso il difetto di prova dell'elemento psicologico della fattispecie acquisitiva la Corte ha rilevato che gli attori dovevano esser considerati come meri detentori precari.

#### 5. Considerazioni comparative con riguardo alla prova della proprietà immobiliare nel diritto italiano.

Nel diritto italiano colui che agisce con l'azione di rivendicazione al fine di ottenere in proprio favore l'accertamento giudiziale della proprietà di un bene immobile deve assolvere all'onere probatorio della c.d. «probatio diabolica» gravante sull'attore.

Costui è, in particolare tenuto a provare la proprietà di detto bene risalendo, anche attraverso i propri danti causa, fino all'acquisto a titolo originario, ovvero dimostrando il compimento dell'usucapione.

Tale ultimo istituto è regolato per i beni immobili dagli articoli 1158, 1159 e 1159 bis Codice civile.

La disposizione dell'articolo 1158 c.c. prevede che la proprietà dei beni immobili e gli altri diritti reali di godimento sui medesimi beni si acquistano in virtù del possesso continuato per venti anni.

Una diversa durata del termine utile ad usucapire è invece prevista dall'art. 1159 c.c., che prevede l'usucapione decennale a favore di colui che acquista in buona fede da chi non è proprietario di un immobile, in forza di un titolo astrattamente idoneo a trasferire la proprietà e che sia stato debitamente trascritto. L'usucapione si compie in tal caso col decorso di dieci anni dalla data di trascrizione del predetto atto.

La proprietà di fondi rustici con annessi fabbricati ubicati in comuni classificati dalla legge come montani (o di fondi rustici con annessi fabbricati non classificati come montani, aventi un reddito non superiore ai limiti fissati dalla legge speciale), si acquista invece in virtù del possesso continuato per quindici anni, e qualora, con riferimento a tale tipologia di beni immobili vi siano le condizioni dell'acquisto in buona fede con titolo astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà, debitamente trascritto, l'usucapione si compie in cinque anni dalla data di trascrizione.

La giurisprudenza di legittimità ha precisato i requisiti necessari per la sussistenza della fattispecie acquisitiva dell'usucapione, costituiti dal "corpus" cioè dal possesso (con attività corrispondenti all'esercizio del diritto di proprietà) continuato, pacifico, pubblico e ininterrotto (in questo ultimo caso da atti interruttivi della prescrizione acquisitiva, quali ad es. il riconoscimento da parte dell'usucapiente dell'altrui proprietà del bene immobile) (15), nonché dall'"animus". Infatti, chi intende usucapire un immobile deve dare la prova di tutti gli elementi costitutivi della dedotta fattispecie acquisitiva e, quindi, non solo del "corpus", ma anche dell'"animus" di fare uso del bene come proprietario.

Peraltro, il requisito dell'animus può anche essere desunto in via presuntiva dal primo elemento ("corpus"), se vi è stato svolgimento di attività corrispondenti all'esercizio del diritto di proprietà. In questo caso è il convenuto a dover dimostrare il difetto dell'elemento psicologico (animus), provando che la disponibilità del bene è stata ottenuta dall'attore mediante un titolo che gli conferiva un diritto di carattere soltanto personale (ad es. in virtù di una locazione). Nel caso di specie esaminato dalla Corte di Cassazione italiana (16), onde stabilire se in conseguenza di una convenzione - (anche se nulla per difetto di requisiti di forma) con la quale un soggetto aveva ricevuto da un altro il godimento di un immobile - si avesse possesso idoneo all'usucapione, o diversamente mera detenzione, si è ritenuto che occorra fare riferimento

all'elemento psicologico del soggetto stesso ed a tal fine stabilire se la convenzione sia un contratto ad effetti reali o ad effetti obbligatori.

Evidentemente solo nel primo caso il contratto è idoneo a costituire l'"animus possidendi" nell'attore.

Ai fini che qui interessano occorre inoltre precisare che nel diritto italiano, ai sensi dell'art. 1350 del Codice civile, i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata, a pena di nullità.

La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che, ai fini della "probatio diabolica" non è sufficiente ad assolvere tale onere la produzione in giudizio dell'atto di accettazione ereditaria, che non prova il possesso del dante causa, né il contratto di acquisto del bene, che non prova l'immissione in possesso dell'acquirente. (17)

Neppure l'atto di divisione, attesa la sua natura meramente dichiarativa, può esser ritenuto idoneo a fornire la prova della titolarità del bene nei confronti dei terzi. Per contro, tale atto ha valenza probatoria nella controversia sulla proprietà tra i condividenti o i loro aventi causa.

Ciò in quanto la divisione, accertando i diritti delle parti sul

presupposto di una comunione di beni indivisi, implica necessariamente il riconoscimento dell'appartenenza delle cose in comunione (18).

L'attore in rivendicazione non può quindi provare la titolarità del suo diritto di proprietà con ogni mezzo, bensì per titoli tramite la continua successione degli atti di acquisto dei propri danti causa, fino all'acquisto a titolo originario, oppure ricorrendo all'istituto dell'usucapione, qualora ne sussistano i requisiti.

La Corte di Cassazione si è pronunciata escludendo la prova del diritto di proprietà immobiliare con ogni mezzo, specificando la portata dell'art. 219 del Codice civile.

Tale norma riconoscendo al coniuge di poter provare con ogni mezzo, nei confronti dell'altro, la proprietà esclusiva di un bene (ed aggiungendo che quelli di cui nessuno di essi può dimostrare la proprietà esclusiva sono di proprietà indivisa, per pari quota, di entrambi) si riferisce alle controversie relative a beni mobili, ed è finalizzata principalmente a derogare, attraverso la presunzione indicata nel secondo comma, alla regola generale sull'onere della prova in tema di rivendicazione. Tale disposizione non prevede, per contro, alcuna eccezione alla normale disciplina della prova dei contratti formali, in particolare per gli acquisti immobiliari.

Di conseguenza qualora un bene immobile sia intestato ad uno dei coniugi in virtù di idoneo titolo d'acquisto, l'altro coniuge, che allegghi l'interposizione reale, non può provarla con giuramento, nè con testimoni, giacché l'obbligo dell'interposto di ritrasmettere all'interponente i diritti acquistati deve risultare, a pena di nullità, da atto scritto, ad eccezione dell'ipotesi di perdita incolpevole del documento e non anche, dunque, nel caso in cui si deduce un semplice principio di prova per iscritto. (19)

La giurisprudenza della Suprema Corte ha poi escluso la valenza probatoria dei dati catastali, in particolare al fine di dimostrare l'identità del bene domandato dall'attore con quello descritto nel titolo stesso. Essi non hanno valore di prova ma di semplice indizio, costituendo le mappe catastali un sistema secondario e sussidiario rispetto all'insieme degli elementi raccolti in fase istruttoria (20).

Nell'azione di rivendicazione, come detto, l'attore è tenuto a dimostrare il proprio diritto di proprietà risalendo sino all'acquisto a titolo originario attraverso i propri danti causa, o dimostrando il compimento dell'usucapione in suo favore.

Il convenuto, invece, può limitarsi a formulare l'eccezione "possideo quia possideo", senza onere di prova.

Qualora peraltro il convenuto abbandoni questa posizione, opponendo, ad esempio, un proprio diverso diritto, senza contestare quello affermato dall'attore, il giudice del merito non può respingere la domanda attorea per difetto di prova, ma deve tener conto delle ammissioni del convenuto e degli altri fatti di causa, ricavandone possibili elementi presuntivi (21).

In questo caso ed in altri, come si vedrà in seguito, la giurisprudenza di legittimità ha enucleato delle ipotesi di attenuazione del rigoroso onere probatorio cui è tenuto l'attore in rivendica.

Inoltre, la Corte di Cassazione (22) ha affermato che nell'ambito di un'azione di rivendicazione, se il convenuto ha in passato proposto una domanda tesa ad ottenere il riconoscimento della proprietà su un bene immobile, poi oggetto di rivendica, in forza dell'usucapione speciale di cui all'art. 1159 bis c.c., ed ha notificato tale domanda al dante causa dell'attore in rivendicazione, in tal modo riconoscendone in sostanza l'originaria proprietà del bene sulla base dei titoli trascritti nei registri immobiliari (senza, peraltro, otte-

nere la declaratoria di acquisto della proprietà per usucapione), qualora in seguito, nel giudizio di rivendica, sostenga - in via di eccezione - di aver acquistato per usucapione la proprietà del bene rivendicato, l'onere probatorio posto a carico dell'attore in rivendicazione si attenua, potendo questi semplicemente dimostrare la sussistenza di un proprio valido titolo di acquisto e l'appartenenza del bene ai suoi danti causa in epoca anteriore a quella in cui il convenuto assume di aver iniziato a possedere, fornendo altresì la prova che detta appartenenza non è stata interrotta da un possesso idoneo ad usucapire da parte del convenuto.

Occorre poi evidenziare che ai sensi dell'art. 1146 2° comma c.c. il successore a titolo particolare può unire al proprio possesso quello del suo autore per goderne gli effetti.

La Corte di Cassazione ha affermato al riguardo che in tema di acquisto per usucapione, l'acquirente - che invochi, ai sensi dell'art. 1146 secondo comma cod. civ., l'accessione del possesso per unire il proprio a quello del dante causa - deve fornire la prova di avere acquistato con un titolo astrattamente idoneo al trasferimento del diritto oggetto del possesso ancorché invalido o proveniente "a non domino" (23).

Quindi anche nell'ipotesi di acquisto a non domino è possibile ottenere una pronuncia di usucapione abbreviata, laddove siano sussistenti i requisiti previsti dall'art. 1159 c.c. Analogamente la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che nel quadro di un'azione di rivendicazione, nell'ipotesi in cui il convenuto non contesti l'originaria appartenenza dell'immobile oggetto del contendere ad un comune dante causa, l'attore è tenuto a provare solo l'esistenza di un valido titolo di acquisto da parte sua, l'appartenenza del bene al suo dante causa in epoca precedente a quella in cui il convenuto assume di avere iniziato a possedere, nonché che tale appartenenza non è stata interrotta da un possesso idoneo ad usucapire da parte del convenuto. (24)

Il Supremo Collegio ha poi ulteriormente precisato che qualora il convenuto spieghi una domanda od un'eccezione riconvenzionale, invocando il proprio possesso di un immobile "ad usucapionem" iniziato successivamente alla data dell'acquisto ad opera dell'attore in rivendica, l'onere probatorio gravante su quest'ultimo si limita alla prova del suo titolo d'acquisto, nonché della mancanza di un successivo titolo di acquisto per usucapione da parte del convenuto, attenendo il "thema disputandum" all'appartenenza attuale del bene al convenuto in forza dell'invocata usucapione e non già all'acquisto del bene medesimo da parte dell'attore. (25)

Alla luce di tale elaborazione giurisprudenziale si può quindi rilevare che fermo restando in tema di azione di rivendicazione l'onere probatorio della c.d. "probatio diabolica" gravante sull'attore quest'ultimo in alcuni casi gode di un'attenuazione del rigore probatorio.

Tale evoluzione verso un più agevole sistema di prova non è

peraltro di portata tale da implicare lo scardinamento del principio generale suindicato.

In ciò si sostanzia la diversità del diritto italiano da quello francese in cui, come si è visto, la prova da parte del rivendicante, della proprietà su un bene immobile, può esser fornita, nei casi in precedenza illustrati, con ogni mezzo.

L'autrice ringrazia l'Università degli Studi di Genova, Dipartimento di Giurisprudenza, nella persona del Prof. Notaio Andrea Fusaro, Ordinario di Diritto Privato Comparato, e la sua équipe, per la parte di materiale gentilmente fornito e la disponibilità.

#### Note:

- (1) V. Frédéric Zenati, Professore all'Università Jean Moulin (Lyon III) - "La Preuve de la propriété" RTD Civ. 1995 p. 400.
- (2) V. Cour de Cassation Arrêt 3e, 17 avr. 1991, Bull. Civ. III n. 124.
- (3) V. Frédéric Zenati, Professore all'Università Jean Moulin (Lyon III) - "La Preuve de la propriété" RTD Civ. 1995 p. 400.
- (4) V. Cour de Cassation, Arrêt n° 33 - Pourvoi n° 97-15.406 dell' 11 gennaio 2000
- (5) V. Anne Donnier, Maître de conférence delle Facoltà di diritto La liberté de preuve de la propriété - Recueil Dalloz 2001 p. 890 e V. Frédéric Zenati, opera citata.
- (6) L'articolo 1165 del "Code civil" recita : « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point aux tiers et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 »
- (7) v. Cour de Cassation Civ. 1re Arrêt 11 Janvier 2000 n°97-15.406 cit.
- (8) v. André Robert - Recueil Dalloz 1993 p. 36 ; v. Cour de Cassation Civ. 3<sup>e</sup> 22.1.1992 ;
- (9) v. Cour de Cassation Arrêt 14 janvier 2015 n° 13-22.256.
- (10) v. Dalloz Actualité del 27.1.2015 - Edizione Dalloz 2016 ; v. André Robert, Recueil Dalloz 1993 p. 36
- (11) v. Cour de Cassation Civ. Arrêt 1.1.2000 n. 97-15.406D. 2001.890; v. Cour de Cassation Civ. 3<sup>e</sup>, Arrêt 20.7.1988 n. 87-10.998 ; v. Cour de Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, Arrêt 20.7.1988 n. 87-10.998.
- (12) V. Cour de Cassation Civ. 3<sup>e</sup> 7.3.1972 ; Bull. civ. 1972 III, n. 158.
- (13) V. Cour de Cassation Civ. 3<sup>e</sup> du 4.2.2014 n. 12-24.068
- (14) V. Cour de Cassation Civ. 3<sup>e</sup> 26.5.2016 n. 15-21.675
- (15) v. Corte di Cassazione Ordinanza n. 19706 del 18/09/2014; v. anche Corte di Cassazione n. 25250 del 2006;
- (16) v. Corte di Cassazione Sentenza n. 14092 del 11/06/2010; v. anche Corte di Cassazione Sentenza n. 15446 del 10/07/2007;
- (17) v. Corte di Cassazione Sentenza n. 25643 del 04/12/2014
- (18) v. Corte di Cassazione Sentenza n. 4730 del 10/03/2015.
- (19) v. Corte di Cassazione Sentenza n. 18554 del 02/08/2013.
- (20) v. Corte di Cassazione Sentenza n. 5131 del 03/03/2009.
- (21) v. Corte di Cassazione, Sentenza n. 19653 del 18/09/2014.
- (22) v. Corte di Cassazione Sentenza n. 15539 del 23/07/2015.
- (23) v. Cass. n. 3177 del 14/02/2006
- (24) v. Corte di Cassazione Sentenza n. 694 del 18/01/2016.
- (25) v. Corte di Cassazione Sentenza n. 8215 del 22/04/2016.

## Istituzione di erede e divisione del testatore\*

**Andrea Fusaro**

Ordinario dell'Università di Genova  
Notaio

**Sommario:** 1. L'ambito dell'indagine; - 2. Le disposizioni a titolo universale o particolare; - 3. L'institutio ex re certa; - 4. La presunzione del titolo particolare dell'attribuzione; - 5. Assegni divisionali semplici e qualificati; - 6. Criteri distintivi; - 7. L'interpretazione della scheda testamentaria.

### 1. L'ambito dell'indagine.

Non è raro imbattersi in schede testamentarie contenenti l'attribuzione di singoli beni o diritti a determinati soggetti: esse sono suscettibili delle opposte qualificazioni, nel senso dell'istituzione d'erede oppure della disposizione di un legato; nella prima ipotesi occorre, inoltre, verificare se il de cuius abbia provveduto a una distribuzione del patrimonio tra i successori. Tipico il caso in cui il defunto, imprenditore, lasci ai figli la sola quota legittima e disponga che ad altri sia accordata l'intera parte disponibile, precisando che a questi ultimi, per le qualità e attitudini personali, siano assegnati beni particolari, quali quote societarie.

L'indicazione di beni determinati come oggetto di disposizione testamentaria trova disciplina in due luoghi diversi del codice: in sede di definizione dell'oggetto della delazione (art. 588 c.c.) e in tema di interventi del testatore nella divisione ereditaria (artt. 733 e 734 c.c.).

### 2. Le disposizioni a titolo universale o particolare.

L'art. 588 c.c. (1) si occupa della demarcazione tra istituzione di erede e legato indicando il canone interpretativo secondo cui, qualunque sia l'espressione usata dal testatore, attribuiscono la qualità di erede le disposizioni che comprendono l'universalità - o una quota - dei beni del de cuius; tutte le altre sono da considerarsi a titolo particolare e attribuiscono la qualità di legatario; la norma ricorre, dunque, a un criterio residuale e negativo per individuare l'attribuzione di beni o diritti determinati, cui non consegue la qualità di erede (2).

### 3. L'institutio ex re certa.

L'assegnazione di uno o più beni determinati può intendersi quale istituzione di erede laddove risulti che il testatore abbia inteso attribuire quei cespiti come quota del patrimonio: è la c.d. *institutio ex re certa*, disciplinata dal secondo comma dell'art. 588 c.c. (3). Al fondamento di tale regola si coglie la convinzione per cui anche un'attribuzione specifica può risultare "voluta in funzione di una relazione con il tutto" (4), per cui affinché sia ravvisabile una istituzione di erede non occorre la precisa indicazione della quota di patrimonio attraverso la quale si intende beneficiare taluno (5). Benché alcuni escludano che la regola contenuta nel secondo comma smentisca la definizione generale del primo comma, integrandone semmai una realizzazione, la dicotomia tra i due periodi ha dato origine a molteplici dispute, nel cui ambito è emersa la svalutazione del peso delle espressioni utilizzate dal testatore. Si pensi, per esempio, alla nomina quali eredi di Tizio, lasciandogli tutti i beni, e Caio, trasferendogli uni-

camente un fondo: solo il primo sarebbe da ritenere erede, risultando il secondo mero legatario (6).

### 4. La presunzione del titolo particolare dell'attribuzione.

Sono stati suggeriti diversi criteri interpretativi. Il quantitativo qualifica erede colui al quale è attribuita la maggior parte dei beni (7). La "presunzione di attribuzione a titolo universale" nel dubbio intende la disposizione come istituzione a titolo universale in ragione della necessaria presenza di un erede (8). È stato, poi, avanzato l'ulteriore canone per cui il lascito di beni determinati deve qualificarsi come legato, in ragione del tenore letterale dell'art. 588 c.c.: l'assenza di eredi istituiti non sarebbe di ostacolo, ben potendo la successione testamentaria concorrere con quella legittima (9).

La dottrina maggioritaria sembra schierata in favore della presunzione secondo cui "la distribuzione attributiva di beni determinati dovrà essere qualificata nei termini di un legato ogni volta che, pur giustificandosi l'insorgere di un dubbio sulla reale natura del lascito, esso non abbia modo di essere superato mediante il riscontro di elementi che offrano sicurezza circa la sussistenza di una precisa intenzione del testatore di assegnare la *res certae* come quota del proprio patrimonio" (10).

Sulla scorta di questa tesi, la qualificazione di un lascito nei termini di istituzione *ex re certa* è subordinata al superamento della presunzione e alla dimostrazione che il de cuius intese assegnargli la qualità di erede.

Nell'indagare la volontà del testatore, in ragione dell'assenza di disposizioni specifiche in materia successoria, si ritengono applicabili le norme dettate in tema di contratti, con la sola eccezione di quelle incompatibili con la natura di atto unilaterale non ricettizio, propria del testamento (11).

### 5. Assegni divisionali semplici e qualificati.

L'attribuzione di singoli diritti è conciliata con l'attribuzione della qualità di erede dall'art. 588 c.c., inoltre dall'art. 734 c.c. (divisione operata dal testatore) e dall'art. 733 c.c. (assegno divisionale semplice).

La distinzione tra queste due ultime figure è colta sul piano degli effetti: nella prima, la divisione è immediatamente efficace, di modo che all'apertura della successione ciascun erede sia considerato esclusivo titolare del bene attribuito; nella seconda sorgerebbe, invece, un obbligo a carico degli eredi di pervenire allo scioglimento (con efficacia retroattiva) della comunione ereditaria, impiegando le regole date dal testatore (12).

La scelta tra le due ipotesi è affidata all'interpretazione della scheda, come indica la massima consolidata secondo cui: "In tema di divisione ereditaria, la divisio inter liberos, regolata dall'art. 734 c.c., ricorre quando la volontà del testatore è quella di effettuare direttamente la divisione dei suoi beni fra gli eredi, distribuendo tra questi le sue sostanze mediante l'assegnazione di singole quote concrete, con effetti reali ed immediati: ricorre, invece, l'ipotesi di cui all'art. 733 c.c. quando il testatore non divide, ma si limita a dettare le regole per la futura divisione. L'accertamento della ricorrenza in concreto dell'una o dell'altra fattispecie costituisce indagine di fatto sulla volontà del testatore, non sindacabile in sede di legittimità se sorretta da corretta motivazione" (13).

### 6. Criteri distintivi.

Si tratta, dunque, di indagare la volontà del testatore e stabilire se egli abbia unicamente inteso indicare un criterio di apporcionamiento, da applicarsi in una futura divisione, op-

\*Traccia della lezione tenuta a Genova il 7 febbraio 2017 al Corso ordinario della Scuola Forense De Andrè.

pure abbia voluto assicurare l'acquisto del singolo bene in titolarità esclusiva a far data dall'apertura della successione. Sono reperibili numerosi precedenti giurisprudenziali ove si è fatta applicazione dei criteri distintivi tra le due figure di assegno divisionale. Particolare rilievo rivestono le seguenti pronunce di legittimità: nel 2009 la Cassazione (14) si è occupata di una scheda con cui la testatrice aveva disposto del suo patrimonio dividendolo in tre quote uguali fra le tre figlie, assegnando a ciascuna singoli beni e precisando che con le obbligazioni e i titoli di cui disponeva avrebbero dovuto essere conguagliate le differenze di valore; nei fatti, tuttavia, tale pareggiamento risultò impossibile. La Suprema Corte ha reso omaggio al criterio secondo cui: "La volontà del testatore è vincolante ove sia compatibile con il valore delle quote, compatibilità riscontrabile tutte le volte che il perfetto equilibrio possa raggiungersi con l'imposizione di un conguaglio". Nella specie è stata confermata la sentenza di merito che aveva ritenuto applicabile l'art. 733 c.c., poiché nella scheda testamentaria non era stato indicato lo specifico ammontare del conguaglio necessario per pareggiare le singole quote.

Riveste peso ancora maggiore una decisione di tre anni prima (15), ove si legge che «la disposizione testamentaria con cui un determinato bene viene destinato ad uno dei coeredi, comprendendolo nella quota di sua spettanza, ha natura di norma volta a regolare la futura divisione, ai sensi dell'art. 733 c.c. e, esprimendo una mera preferenza in favore dell'erede, ha efficacia obbligatoria e non reale, effetto che invece si verificherebbe se il testatore, procedendo immediatamente alla divisione, assegnasse direttamente il bene».

Merita, infine, richiamare quanto stabilito recentemente a margine di un testamento con cui il disponente aveva distribuito i propri beni tra la moglie e la prole, attribuendo alla consorte e a uno solo dei figli un determinato terreno; nella specie in sede di legittimità (16) si è sostenuto che "quando il testatore provvede alla ripartizione in quote tra gli eredi del suo patrimonio immobiliare, individuando i beni destinati a far parte di ciascuna di esse, non si configura l'ipotesi della cosiddetta divisione regolata (art. 733 c.c.), che ricorre se il de cuius si limita a dettare norme per la formazione delle porzioni nello scioglimento della comunione ereditaria, in previsione del sorgere di tale status per effetto dell'apertura della successione, bensì si verte in tema di cosiddetta divisio inter liberos (art. 734 c.c.), ossia di divisione fatta dal testatore attraverso la specificazione dei beni destinati a far parte di ciascuna quota, che, avendo effetto attributivo diretto dei beni al momento dell'apertura della successione, impedisce il sorgere della comunione ereditaria ed il conseguente compimento di operazioni divisionali".

In dottrina è autorevolmente sostenuta la tesi favorevole alla configurabilità di una "divisione oggettivamente parziale" laddove il de cuius attribuisca un bene o un diritto particolare a uno solo dei coeredi. Essa fa leva, sostanzialmente, su due argomenti: la circostanza che l'art. 734, secondo comma, c.c. contempla la possibilità che il testatore ripartisca tra i successori solo certi beni; inoltre, la notazione che l'art. 588, primo comma, c.c. riconosce l'attribuzione della qualità di erede anche laddove sia conferita esclusivamente una quota del patrimonio (anziché l'universalità), cosicché allo stesso modo dovrebbe essere consentita la divisione di una sola parte dell'asse (17): al disponente sarebbe, insomma, accordata la facoltà di indicare le quote di alcuni eredi, lasciando gli altri - non menzionati nella ripartizione - in una situazione di comunione ereditaria (18).

## 7. L'interpretazione della scheda testamentaria.

Ogni scheda deve essere intesa in linea con la mentalità dell'autore, assecondando l'invito della giurisprudenza a ricercare dapprima la reale volontà del disponente, mediante un esame globale dello scritto e il ricorso anche a indici extratestuali (19), servendosi solo in via sussidiaria all'interpretazione oggettiva (20); appare doveroso tenere distinto il testamento olografo da quello pubblico, rispetto al quale la volontà del testatore è filtrata dall'intervento notarile.

Laddove ci si trovi di fronte a documenti olografi contenenti l'attribuzione di singoli beni, occorre verificare se il de cuius abbia ricevuto una formazione da giurista e - quand'anche sia stato consultato un legale - indagare se abbia comunque padroneggiato le categorie giuridiche, risultando in caso negativo verosimile attribuirgli una prospettiva meramente funzionale, quale è propria di chiunque rediga un documento da profano del diritto.

Nell'esempio - formulato in apertura - relativo alla assegnazione di beni particolari a un parente, lasciando ai figli quanto spetta loro per legge, occorre domandarsi se i riferimenti del testatore alla quota legittima e alla porzione disponibile confermerebbero la rappresentazione del formarsi - alla sua dipartita - di una generale comunione ereditaria, o se realizzerebbe l'intento di orientare la futura divisione la destinazione di un singolo cespite di particolare qualità, coerente sia con la programmazione successoria, sia con le attitudini del destinatario.

L'eventuale assenza di conguaglio - nonostante l'esplicito riferimento alle quote (legittima e disponibile) - conforterebbe la prima ipotesi, evidenziando il carattere programmatico dell'indicazione, destinata a operare nell'ambito della divisione.

### Note:

- (1) La dottrina maggioritaria ascrive la norma alla categoria delle interpretative speciali del testamento: Rescigno, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1978, p. 39 ss. e 83 ss.; Trimarchi, *Interpretazione del testamento mediante elementi ad esso estranei*, in *Giur.it.*, 1956, 1, p. 445 ss.; Azzariti, *Le successioni e le donazioni, Libro Secondo del Codice Civile*, Napoli, 1990, p. 510 ss.; Amadio, *L'oggetto delle disposizioni testamentarie*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, vol. I, Padova, 1994, p. 904; in senso contrario Santoro Passerelli, *Dottrine generali del Diritto Civile*, Napoli, 2002, p. 235; Lipari, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, p. 336 ss..
- (2) G. Bonilini, *Dei legati, Artt. 649-673*, in *Commentario Schlesinger*, 2006, p. 34 ss.
- (3) Per una analisi si rinvia a Amadio, op. cit., p. 913; Bigliazzi Geri, *Il testamento*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, IV, 1997, p. 141 ss.
- (4) L. Mengoni, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, p. 16 ss.
- (5) L. Mengoni, *L'istituzione di erede "ex re certa" secondo l'art. 588, comma 2, c.c.*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1947, p. 756 ss.
- (6) In questo senso G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, Giuffrè, 2002, p. 50 ss.
- (7) G. Capozzi, op. cit., pag. 51
- (8) Trib. Roma, 12 febbraio 2003, in *Arch. civ.*, 2004, p. 488
- (9) C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, Milano, 1952, p. 381 ss.
- (10) S. Delle Monache, *Revoca tacita della istituzione ex re certa*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 395 ss.
- (11) Cass. 17 aprile 2001, n. 5604.
- (12) Si rinvia alle trattazioni classiche più recenti: G. Amadio, *La divisione del testatore*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, II, diretto da P. Rescigno, Milano, 2010, p. 209 s.; F. Venosta, Art. 734, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2009, p. 186.
- (13) Cass. 20 agosto 2009, n. 18561.

- (14) Cass. 11 maggio 2009, n. 10797.  
 (15) Cass. 17 luglio 2006, n. 16216.  
 (16) Cass. 14 luglio 2011, n. 15501.  
 (17) Al riguardo si rinvia a G. Amadio, *La divisione del testatore senza determinazione di quote*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1986, I, p. 258; nello stesso senso P. Forchielli e F. Angeloni, *Della divisione*, Artt. 713-768, in *Comm. Scialoja - Branca*, Bologna-Roma, 2000, p. 312.  
 (18) P. Forchielli e F. Angeloni, op. cit., p. 319.  
 (19) V. Barba, *Istituzione espressa di erede senza determinazione di quota accompagnata da divisione fatta dal testatore e assegnazione di quote di una s.n.c. in assenza di una clausola di continuazione*, in *Studium Iuris*, 2013, p. 820 ss.; A. Burdese, *Istituitio ex re certa e divisione testamentaria (sulla natura dell'atto divisorio)*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, p. 466. Sull'interpretazione del testamento in generale è doveroso il riferimento a P. Rescigno, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952; Perego, *Interpretazione del testamento e norme sull'interpretazione dei contratti*, in *Foro pad.*, 1970, I, p. 547; R. Triola, *L'interpretazione del testamento*, in *Vita not.*, 1978, p. 1008.  
 (20) Cass. civ. 14 ottobre 2013, n. 23278; Cass. Civ. 20 dicembre 2011, n. 27773. Inoltre si segnalano i contributi di R. Carleo, *L'interpretazione del testamento*, in *Tratt. Bonilini*, II, Milano, 2009, p. 1517; G. Bonilini, *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995, p. 75 ss..

## *Due parole, en passant, in tema di prescrizione alla luce di alcune recenti pronunce.*

**Marco Tiby**

*Avvocato, Foro di Genova*

**Sommario:** 1. *Decadenza e prescrizione nel regno delle 64 caselle.* - 2. *Una sentenza giusta perché ragionevole ed equilibrata (notifica della citazione e interruzione della prescrizione dell'azione revocatoria).* - 3. *Una sentenza giusta perché elastica e flessibile (trattative sul risarcimento del danno da investimento di pedone e interruzione della prescrizione).* - 4. *Prescrizione presuntiva: ratio d'altri tempi...* - 5. *Il pedone che promuove cambia natura? Sugli effetti della mancata opposizione alla cartella esattoriale...*

### **1. Decadenza e prescrizione nel regno delle 64 caselle.**

Il presente scritto si pone in continuità con quello pubblicato a firma del Prof. Antonio Fontana (1) con lo scopo di segnalare alcune delle più recenti pronunce della corte di cassazione in tema di prescrizione. Condividendo con l'Autore che mi ha preceduto la passione per il gioco degli scacchi, prima di passare in rassegna la giurisprudenza, vorrei provare, sulla scia di un parallelismo già sperimentato (2), a dare conto della differenza tra prescrizione e decadenza. Ci aiuta in questo compito una regola assai particolare che riguarda i pedoni: la cattura *en passant*. Come noto, i pedoni (in partenza schierati sulla seconda e sulla settima traversa) si muovono in avanti, occupando la casa immediatamente superiore nella propria colonna; a differenza degli altri pezzi, non possono mai retrocedere e catturano i nemici solo se questi si trovano sulla colonna adiacente in posizione immediatamente superiore. Sono gli unici abitanti del regno delle 64 caselle che eseguono la presa in maniera diversa dal loro modo di muoversi. Ma le particolarità che li riguardano non finiscono qui. A loro, infatti, sono concesse due facoltà: una è quella di avanzare di due case quando vengono spinti per la prima volta, l'altra è quella di catturare *en passant* il pedone nemico. Vediamo di che cosa si tratta. Può succedere, come detto, che un pedone avanzi di due case e si affianchi a quello avversario (il quale si trova già o in quarta traversa, se nero, o in quinta, se bianco). Orbene, questo pedone può essere catturato come se si fosse mosso di una casa soltanto. Il pedone affiancato, in sostanza, avanza e si pone nella casa (lasciata) libera (solo in apparenza) posta alla sua destra o alla sua sinistra. La *ratio* di questa regola risiede nel fatto che l'avanzare di due case è una sorta di eccezione, consentita, appunto, solo alla prima mossa. Del resto i pedoni, altrimenti detti fanti, sono la milizia che marcia a piedi e all'inizio sono freschi e pieni di energie; poi si stancano e procedono con lentezza, sempre mirando all'orizzonte dell'ultima traversa per ottenere la meritata promozione... Pertanto, a colui che viene affiancato in un colpo solo, dopo aver già faticosamente superato la metà campo, viene concessa questa facoltà. Cosa c'entra, tutto questo, con la prescrizione e la decadenza? Con la prescrizione nulla... ma con la decadenza... Apriamo un bel manuale di scacchi e leggiamo: "La facoltà del pedone in quinta traversa a catturare il Pedone spinto di due passi ha valore solo per un tempo; se la presa (detta "en passant" o "al passo") non viene effettuata subito, ad essa non si avrà più diritto, salvo ovviamente il ripetersi di simile situazione su un'altra colonna" (3). La cattura *en passant* (ovvero di passaggio: ti supero e ti prendo) pertanto, o viene eseguita immediatamente (l'espressione, del

resto, denota la simultaneità dell'azione) oppure si decade. (4) Da questa regola possiamo dunque ricavare un'immagine che scolpisce in modo efficace il concetto di decadenza la quale, sul piano giuridico, "implica (...) l'onere di esercitare il diritto nel tempo prescritto dalla legge" e può essere "impedita solo dall'esercizio del diritto mediante il compimento dell'atto previsto (per es., con la proposizione della domanda giudiziale)" (5).

Ma il gioco degli scacchi consente di dare ragione anche della prescrizione: come noto le partite vengono disputate assegnando ai giocatori un certo tempo. Si va da quelle (denominate *bullet*) di un minuto, a quelle c.d. a tempo lungo (es. 90 minuti) e in entrambi i casi possono essere previsti degli incrementi (2 secondi nel primo caso, 2 minuti a mossa nel secondo). La partita può finire con la vittoria del giocatore che, pur non avendo dato scacco matto, ha utilizzato meno tempo per eseguire le mosse. In altre parole, l'esaurimento del tempo a disposizione comporta la prescrizione del diritto che mi è stato concesso all'inizio. A loro volta, gli incrementi di tempo che vengono concessi a mossa possono essere visti come casi di sospensione della prescrizione, mentre le mosse di volta in volta compiute possono essere assimilate all'interruzione (il mio orologio infatti si ferma e corre quello dell'altro). Come si può intuire c'è una bella differenza tra la prescrizione del diritto al gioco e la decadenza dal poter effettuare, nell'ambito di quel gioco, una determinata mossa.

## 2. Una sentenza giusta perché ragionevole ed equilibrata (notifica della citazione e interruzione della prescrizione dell'azione revocatoria).

L'esempio sopra richiamato relativo alla domanda giudiziale ci consente di segnalare all'attenzione del Lettore la sentenza delle S.U. 9 dicembre 2015, n. 24822 (6) sugli effetti della notificazione dell'atto di citazione in revocatoria. La questione da risolvere era la seguente: la prescrizione dell'azione revocatoria ex art. 2903 c.c. viene interrotta dalla consegna dell'atto di citazione all'ufficiale giudiziario perché provveda alla notifica oppure nel momento in cui l'alienante lo riceve?

Le S.U. prendono le mosse dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 477 del 2002 che, come noto, ha fissato il principio della differente decorrenza degli effetti della notificazione per il notificante e per il destinatario ritenendo irragionevole far ricadere sul primo il ritardo con cui l'atto viene portato a conoscenza del secondo attraverso un altro soggetto (l'ufficiale giudiziario o il postino). Siccome l'operatività di tale principio, dicono le S.U., è stata più volte circoscritta proprio dai giudici di legittimità, occorre verificare se, anche nel caso della citazione in revocatoria, dovessero premiarsi le ragioni del notificante in luogo di quelle del destinatario. Il dubbio era se valorizzare il diritto di difesa e la certezza dei rapporti giuridici (e, quindi, ricollegare gli effetti della domanda alla ricezione della stessa) oppure il "principio di ragionevolezza" (sul quale appunto si era fondata la pronuncia della corte costituzionale) tutelando il notificante (7). L'aspetto più interessante di questa pronuncia sono le premesse di teoria generale del diritto svolte per illustrare come, da una disposizione di legge, si debba trarre una norma che sia conforme ai principi sanciti dalla costituzione. Leggendo è stato come tornare indietro, ai tempi del primo anno di università, dove la prima nozione che imparai, e che mi affascinò non poco, fu proprio il distinguo tra disposizione e norma (8). Si tratta di un distinguo che non può essere ignorato da chi deve applicare o fare applicare la legge. In particolare, le sezioni unite hanno dato al giudice ordinario un'indicazione di metodo per indirizzarlo verso scelte inter-

pretative costituzionalmente orientate. La via suggerita, se si vuole che le proprie decisioni siano animate dal principio di ragionevolezza, è quella di operare un bilanciamento dei beni in conflitto (si parla appunto di "tecnica del bilanciamento") tenendo conto di una serie di passaggi (*steps*) che, in ordine logico, vengono così individuati: a) un bene può essere sacrificato solo per garantirne un'altro di preminente valore costituzionale; b) a parità di effetti si deve operare il sacrificio minore; c) va comunque tutelata la parte che non versa in colpa; d) se nessuna parte è in colpa l'onere di diligenza va imposto a quella che vi può provvedere in modo più agevole. Rinviando alla lettura della motivazione per ciò che concerne la questione relativa all'applicazione o meno della regola di cui all'art. 1334 c.c. agli atti processuali, nonché per la critica a quella giurisprudenza che riveste l'atto di citazione in revocatoria di una duplice natura (processuale e negoziale), è interessante qui sottolineare come alla fine, al di là di tutte le sottigliezze giuridiche, il relatore abbia fondato la decisione sulla seguente considerazione: se si dovesse privilegiare la tesi per cui la prescrizione viene interrotta alla ricezione dell'atto, il notificante subirebbe "un danno senza colpa" mentre il notificato godrebbe, per "puro caso", "di un vantaggio senza merito".

Si tratta della traduzione in italiano del principio per cui è sempre preferibile anteporre *qui certat de damno vitando a qui certat de lucro captando*, brocardo che, non a caso, viene spesso menzionato proprio in tema di azione revocatoria (9).

La sentenza potrebbe essere condensata in tale principio. Ora però la cosa interessante è che questa soluzione (che, più in generale, si fonda sull'affermazione per cui il diritto di azione si esercita, diversamente dagli atti negoziali unilaterali, con la consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario) sarebbe, secondo le S.U., anche quella "più razionale" avendo il pregio di "salvaguardare il diritto di una parte incolpevole ponendo a carico dell'altra parte – parimenti incolpevole – un *patis*, cioè una situazione di attesa che non pregiudica, comunque, la sua sfera giuridica".

Quello che suscita qualche interrogativo è l'utilizzo del termine "razionale" e della locuzione sopra evidenziata. Il creditore che dorme per ben cinque anni e consegna l'atto all'ufficiale giudiziario alle 10,29 dell'ultimo giorno utile prima del compimento del quinquennio, magari non sarà in colpa, ma certamente non lo si può additare (a meno che non abbia a sua volta scoperto all'ultimo secondo la vendita) quale esempio di diligenza nella cura dei propri interessi. Del resto esiste anche un altro brocardo, altrettanto significativo (*iura non soccurunt dormientibus*) che sembrerebbe inchiodarlo... c'è davvero bisogno di scomodare la razionalità per operare una scelta di preferenza tra chi dorme ed è (almeno in apparenza) onesto, e chi invece è bello arzilla ma è (almeno in apparenza) disonesto? Non ci troviamo, più semplicemente, di fronte ad una scelta che si fonda su di un criterio di giustizia come quello di disincentivare, ove possibile, comportamenti che altrimenti favorirebbero l'inadempimento delle obbligazioni? Una soluzione che, sulla base di un bilanciamento di interessi contrapposti, salvaguardi il principio dell'*honeste vivere*, dell'*alterum non laedere* e del *suum cuique tribuere* non può essere definita (senza dover chiamare in gioco la razionalità) quella "più giusta"? Sarà forse il caso di cambiare le scritte per identificare l'edificio ove si amministra la giustizia e chiamarlo "Palazzo della ragionevolezza" o "Palazzo della razionalità"? Sembra quasi sia abbia paura a parlare di giustizia, eppure è proprio la giustizia (e non la ragionevolezza o la razionalità) che i giudici ogni giorno sono chiamati ad amministrare. Tralasciando l'ulteriore problema dei rapporti tra razionalità e ragionevolezza (10) si potrebbe pensare che, in via di prima approssimazione, il primo di

questi termini abbia a che fare con le disposizioni di legge (11), mentre il secondo con la giustizia in concreto, cioè con l'attività interpretativa, nel senso che il principio di ragionevolezza conduce ad adottare delle decisioni giuste, equilibrate e coerenti con il sistema giuridico considerato nel suo complesso. Ma allora, visto che non vi è nulla di male a dire che è più giusto tutelare chi litiga per evitare un danno piuttosto di chi litiga per trarre un vantaggio, perché non parlare direttamente (e, più semplicemente) di giustizia che deriva appunto dal fare uso della bilancia e della spada? (12)

### 3. Una sentenza giusta perché elastica e flessibile (trattative sul risarcimento del danno per investimento del pedone e interruzione della prescrizione).

Anche premiare i buoni e punire i cattivi è fare giustizia. Capita di frequente che il giudice, per decidere una controversia, debba studiare il comportamento tenuto dalle parti in conflitto rispetto ad una data situazione di fatto. In questi casi entra in gioco il concetto di buona e mala fede, la prima da tutelare, l'altra da reprimere. Un caso tipico sono le trattative stragiudiziali svolte tra avvocato e liquidatore della compagnia assicuratrice per arrivare alla liquidazione di un sinistro stradale. In generale, la Cassazione ha più volte ribadito il principio per cui le trattative, di per sé, non hanno efficacia interruttiva. Tuttavia Cass. 24.09.2015, n. 18879 (13) ha fornito interessanti indicazioni (e precisazioni) proprio su questo punto, evidenziando come il principio astratto deve essere calato nel concreto potendo condurre, in determinati casi, a scelte interpretative di segno opposto. In altre parole, il giudice, se vuole rendere giustizia, deve compiere una "accurata e completa" indagine avente ad oggetto i comportamenti delle parti che hanno condotto le trattative al fine di verificare in concreto, con specifico riferimento alla fattispecie, se vi sia stato o meno riconoscimento dell'altrui diritto (che, appunto, interrompe la prescrizione ex art. 2944 c.c.). Nel caso di specie si trattava di un investimento con esiti mortali in danno di un pedone ove i tentativi di bonario componimento erano naufragati per delle divergenze sul *quantum*. La compagnia, una volta convenuta in giudizio, ha eccepito la prescrizione del diritto essendo trascorsi i due anni dalla data della messa in mora. Tribunale e Corte d'appello di Napoli, nonostante il liquidatore non avesse mai contestato l'*an* (ad esempio deducendo un concorso di colpa del danneggiato) e neppure dedotto che l'offerta di una somma minore era stata fatta in considerazione delle incertezze sulla responsabilità, hanno accolto l'eccezione. Viceversa la Cassazione ha considerato significativo come riconoscimento del diritto altrui proprio questo "silenzio" capace (in dette condizioni, ove peraltro ricorre anche una presunzione *ex lege* di responsabilità, l'art. 2054, secondo comma, c.c.) di creare un affidamento nel creditore tale da "indurlo a soprassedere, durante le trattative, dall'invio di altro specifico atto di costituzione in mora". Una bella sferzata, insomma, ai giudici del merito che non hanno saputo neppure comprendere come la loro interpretazione rigida (e non elastica) della disposizione di legge sopra richiamata potesse condurre a legittimare abusi del debitore che protragga deliberatamente le trattative nel tempo, per poi abbandonarle una volta maturata la prescrizione. Anche in questo caso, come in quello dell'azione revocatoria, la Cassazione invita a privilegiare la sostanza delle cose stigmatizzando interpretazioni formalistiche delle disposizioni di legge (nel caso, l'art. 2944 c.c.) che spesso finiscono per impedire il legittimo esercizio dei diritti. È interessante notare come, per rafforzare questo concetto, i giudici di legittimità abbiano utilizzato come argomenti collaterali sia il fatto che la legge prevede una prescrizione "breve"

(due anni) sia la particolare gravità dell'illecito (morte del... pedone). Anche rileggendo questa bella sentenza, esempio di chiarezza ed equilibrio, si torna ai primi anni di università laddove ci è stato più volte ripetuto che le massime giurisprudenziali non possono essere utilizzate in modo astratto ed acritico, occorrendo leggere l'intera motivazione senza perdere di vista il caso concreto dal quale la controversia è scaturita!

### 4. Prescrizione presuntiva: ratio d'altri tempi...

Un altro distinguo da tenere sempre bene a mente è quello tra prescrizione ordinaria (art. 2946 c.c.) e prescrizione presuntiva (art. 2954 c.c. e segg.) in ragione della quale si presume (appunto, ma non si sancisce) l'estinzione del diritto di credito decorso un certo tempo.

Tra i vari crediti soggetti a prescrizione presuntiva (triennale) vi è quello dei professionisti per il compenso dell'opera prestata (art. 2956 n. 2 c.c.). Il codice, all'articolo successivo, detta una regola particolare sulla decorrenza del termine (che, in generale, decorre dal compimento della prestazione) solo per gli avvocati individuando questi ulteriori e specifici eventi dai quali può decorrere: la decisione della lite, la conciliazione delle parti, la revoca del mandato e, per gli affari non terminati, il momento in cui è stata compiuta l'ultima prestazione.

L'avvocato che lasci trascorre tre anni da uno di questi eventi (eventi dai quali si può pensare che lo stesso sia stato contestualmente pagato) non perde il diritto al compenso, ma si espone all'eccezione del cliente di intervenuto pagamento con la conseguenza che sarà lui a dover dimostrare (cosa assai difficile) di non essere stato pagato. L'unica salvezza (a parte la delazione del giuramento decisorio, rimedio previsto dall'art. 2960 c.c. ma piuttosto rischioso e al di là della espressa ammissione del debitore fatta in giudizio), è rappresentata dal fatto che la prescrizione presuntiva non funziona se, pur avendola eccepita in giudizio, si finisce, in un modo o nell'altro, anche implicitamente, per ammettere che l'obbligazione non è stata estinta (art. 2959 c.c.). Capita spesso, infatti, che, pur avendo sollevato l'eccezione di prescrizione presuntiva, vengano dedotti fatti incompatibili con il pagamento, come la nullità del rapporto, l'inesistenza del debito oppure si contesta l'ammontare della pretesa creditoria (mentre possono essere allegate altre cause di estinzione dell'obbligazione diverse dal pagamento, come la remissione o la novazione, la *datio in solutum* e l'impossibilità sopravvenuta).

Di recente la Cassazione si è occupata della prescrizione presuntiva dei professionisti in diverse occasioni. Tre pronunce (due delle quali riguardano gli avvocati) appaiono particolarmente interessanti. La prima (14) perché, nella parte motiva, spiega che la *ratio* di questo istituto va ricercata nella particolare natura dei rapporti obbligatori (contratto d'opera intellettuale) ai quali si applica. Merita di essere riportato alla lettera, con due piccole sottolineature a cura di chi ritrascrive, il seguente passaggio: "...si tratta, infatti, almeno nella valutazione del legislatore del 1942, di rapporti rispetto ai quali l'adempimento suole avvenire senza dilazione, o comunque in tempi brevi, e senza il rilascio di quietanza scritta. Il legislatore, pertanto, sopperisce con la presunzione alla difficoltà del solvens di fornire la prova certa del proprio adempimento."

Al di là del *decisum* (15), dobbiamo prendere atto che anche i giudici della cassazione, utilizzando l'avverbio "almeno", hanno compreso che la situazione è leggermente cambiata... forse era il caso di mutare anche il tempo del verbo "solere", da presente a imperfetto.

La seconda (16) interpreta il sintagma "ultima prestazione" e precisa che essa "va individuata con riferimento all'espletamento del contratto di patrocinio, regolato dalle norme del diritto sostan-

ziale, e non al rilascio della procura *ad litem*, che è finalizzata soltanto a consentire la rappresentanza processuale della parte”. Pertanto, “nel caso di prestazioni rese in due gradi di giudizio, il termine dal quale fare decorrere la prescrizione “coincide con quello della pubblicazione della sentenza di appello.”

La terza pronuncia (17) stabilisce che la prescrizione (sia presuntiva che ordinaria) del diritto dell’avvocato al pagamento del compenso non solo può decorrere nei casi in essa espressamente indicati “ma anche dal momento in cui, per qualsiasi causa, cessi il rapporto con il cliente, ivi compresa la morte di quest’ultimo.” Si tratta di una conferma di precedenti sentenze (C. 7281/12; C. 965/64) che avevano affermato il principio in relazione proprio alla prescrizione presuntiva e che la corte ha ritenuto di estendere anche alla prescrizione ordinaria facendo applicazione delle norme del mandato al contratto di patrocinio. (18)

### 5. Il pedone che promuove cambia natura? Sugli effetti della mancata opposizione alla cartella esattoriale...

E così siamo giunti, in compagnia del nostro pedone, in ottava traversa... circostanza, questa, che ci consente di illustrare un’altra sua importantissima prerogativa, appena accennata in apertura e fare un ulteriore parallelismo con una importante sentenza delle sezioni unite.

Prendiamo a prestito le parole di uno dei più grandi geni degli scacchi, Josè Raul Capablanca (1888 – 1942), per illustrare la regola: il pedone, “...quando raggiunge l’ottava e ultima traversa si trasforma, a scelta del giocatore, in un pezzo qualsiasi del proprio colore, a eccezione del Re” (...) “di solito (...) lo si trasforma in Donna: da qui l’espressione promuovere o andare a Donna. In definitiva, il pezzo più insignificante può diventare a volte il più potente di tutto l’esercito”. (19)

Un giusto riconoscimento, quindi, ad un milite più che valoroso il quale ha resistito fino alla fine passando indenne sotto il fuoco nemico. I giuristi medievali e quattrocenteschi, anch’essi dediti al nobile gioco, avevano da subito colto in questa regola una implicazione di carattere ontologico: “Tipica era la questione relativa alla scommessa di dare matto con un pezzo segnato, cioè con un pezzo determinato (...) Di solito questo pezzo era un pedone, che doveva mattare il Re nemico in un angolo della scacchiera (...). L’Azzio dedica a tale questione un intero capitolo, soffermandosi soprattutto sul caso del pedone fatto Donna” (20). Ci si chiedeva dunque se la scommessa potesse essere vinta ugualmente se lo scacco veniva dato con il pedone trasformato in un pezzo. Anche tra i giuristi dell’epoca vi era contrasto. Troviamo a discuterne personaggi del calibro di Bartolo da Sassoferrato (1313 – 1357) e Cino da Pistoia (1270 - 1336). Il primo, insieme ad Angelo di Arezzo, sosteneva che il pedone non mutasse natura ricevendo solamente una promozione (“*Pedona facta Domina, quia honor ejus tantum auctus, non conductio mutata*”) mentre altri giuristi sostenevano il contrario richiamando il legato del servo il quale, per il diritto romano, si estingueva se, prima della morte del testatore, il servo era fatto artefice. Per Cino (21) occorreva distinguere se la scommessa riguardasse o meno un determinato pedone. Nel primo caso il pezzo in cui si sarebbe trasformato faceva parte dello stesso corpo, e la scommessa era vinta; nel secondo caso, quello di dare matto con un pedone qualsiasi, era persa (22).

A partire da questa interessante *questio* possiamo trarre lo spunto per chiudere ricordando la sentenza 17.11.2016, n. 23397 con la quale le sezioni unite hanno silenziato sul na-

scere un possibile contrasto (lo hanno chiamato “disarmonia”) che stava per esplodere a seguito di una recente pronuncia della sezione lavoro (la n. 5060/16) che si era rifatta, tra le altre, ad una pronuncia, della sezione tributaria (la n. 17051/04) (23).

È in gioco l’applicabilità o meno dell’art. 2953 c.c. alla cartelle esattoriali non opposte. L’articolo citato, come noto, stabilisce la trasformazione (o conversione) della prescrizione breve in quella ordinaria con riguardo a quei diritti per i quali sia intervenuta una sentenza di condanna passata in giudicato (c.d. prescrizione decennale da *actio judicati*). Che fare con quegli atti (c.d. paragiudiziali) come le cartelle esattoriali non opposte e divenute definitive?

Dalla risposta a questo quesito dipendono (o meglio dipendevano) le speranze di molti soggetti (si pensi ai destinatari di cartelle esattoriali relative a sanzioni mai opposte e riguardanti violazioni del codice della strada) in odio dei quali gli uffici avevano intrapreso l’esecuzione trascorsi cinque anni da quando la cartella esattoriale era diventata inattuabile perché mai opposta.

Ebbene le sezioni unite (il caso era nato dalla opposizione all’esecuzione proposta contro un’intimazione di pagamento relativa a cartella esattoriale per omesso pagamento di contributi previdenziali della gestione commercianti INPS) hanno ribadito, richiamando precedenti pronunce, che “sia la cartella di pagamento sia gli altri titoli che legittimano la riscossione coattiva di crediti dell’Erario e/o degli Enti previdenziali e così via sono atti amministrativi privi dell’attitudine ad acquistare efficacia di giudicato” e che l’unico effetto derivante dalla scadenza del termine perentorio per proporre opposizione è quello “sostanziale della irretrattabilità del credito.”

In sostanza è stata negata, sulla scia di datata giurisprudenza (C. 1917/66 e 1482/71) la possibilità di applicare in via analogica la disciplina sulla prescrizione stante il suo carattere di “stretta osservanza” e la diversa natura tra gli atti amministrativi e le sentenze, unici atti capaci di trasformare la realtà (*res iudicata facit de albo nigrum, originem creat...*).

E con questo siamo giunti in ultima traversa (24); non ci resta quindi che ringraziare l’umile pedone (25) (il cui valore intrinseco corrisponde a 1) che a ragione è stato definito (non tanto per le sue nascoste potenzialità e la sue particolari prerogative, ma soprattutto per la forza che può assumere in stretta collaborazione con i suoi simili) l’anima degli scacchi (26).

Questa brillante intuizione ci porta a concludere che occorre sempre scavare nel profondo delle regole, individuarne la *ratio* nel contesto del sistema e applicarle con ragionevolezza al caso concreto, assicurandosi così, da un lato, la vittoria e, dall’altro, il merito di aver reso giustizia.

#### Note:

- (1) *Prescrizione, decadenza e metodo positivo*, NGL, 2016, 3, p. 37
- (2) *Prove di dialogo tra gioco degli scacchi e processo civile. In margine alla responsabilità del custode ex art. 2051 c.c.* NGL, n. 2016, II, 43.
- (3) Chicco-Porreca, *Il libro completo degli scacchi*, Mursia, 1959, p. 117.
- (4) Anche nel gioco degli scacchi le eccezioni alla regola sono sottoposte a severe limitazioni...
- (5) Torrente-Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, 1991, p. 156
- (6) Pubblicata con nota redazionale in *Foro.it*, 2016, c. 893.
- (7) Sul principio di ragionevolezza, cfr. Ilaria Rivera, *Il sindacato di ragionevolezza quale strumento di controllo della razionalità (formale e pratica) della norma. Brevi osservazioni a margine della sentenza n. 113 del 2015*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (la sentenza è quella in tema di taratura degli autovelox).
- (8) Al tempo era adottato il testo di Castignone, Guastini, Tarello, *Introdu-*

zione teorica allo studio del diritto, Ecig, 1984. Da ultimo, sul processo ermeneutico che riguarda l'interpretazione giuridica cfr. Alpa *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del Diritto nella società post-moderna*, Marietti, 2017.

(9) Cfr. Torre-Schlesinger, *cit.*, p. 489 che lo richiama a proposito del terzo presupposto dell'azione revocatoria (il *consilium fraudis*) per spiegare la differenza di trattamento tra acquirente a titolo gratuito (che cerca di realizzare un vantaggio) e acquirente a titolo oneroso (il quale, come il creditore, mira ad evitare un danno): in ragione di tale principio è indifferente che il primo sia a conoscenza del pregiudizio che l'atto arreca al creditore, mentre per ottenere la revoca dell'atto a titolo oneroso il creditore deve dimostrare la c.d. *participatio fraudis*.

(10) Cfr. Iaria Rivera, *cit.*, ove si afferma, tra le altre, che "ciò che è razionale non necessariamente si dimostra anche ragionevole". I termini ragionevole e ragionevolezza vengono usati più coerentemente nella letteratura scacchistica: cfr. Mednis, *Dall'apertura al finale*, Mursia, 1983, p. 142: "Esaminando le varianti concrete, evidenzieremo poi ulteriori difficoltà di sviluppo. Per il nero le mosse più usuali sono (...). Due altre possibilità ragionevoli sono: a) 7... c5?! Cercando di ottenere un po' di spazio al centro, ma in conseguente indebolimento dell'ala di Donna è anche peggio di un semplice handicap." Come si vede, anche in questo campo, occorre fare dei continui bilanciamenti...

(11) Per mera curiosità, riporto un passo tratto da Barbero, Liserre, Florida, *Il sistema del diritto privato*, Utet, 2001, p. 636-637 dove, sempre in tema di azione revocatoria, si fa riferimento alla razionalità e all'ingiustizia (ho sottolineato i termini che interessano), allorché si viene spiegando la regola, sancita dal comma 3° dell'art. 2901 c.c., per cui non è soggetto a revoca l'adempimento di un debito scaduto: "Il principio è razionalissimo: difatti è chiaro che se, dove non vige la disciplina della *par condicio creditorum* (...), il debitore è libero, fra più debiti concorrenti, di soddisfare taluni con danno indiretto di altri, perché questo danno non si converta in frode, occorre che i debiti soddisfatti, rispetto a quelli sacrificati, siano anch'essi scaduti; in caso diverso la preferenza è ingiusta."

(12) Cfr. <http://www.fondiantichi.unimo.it/fa/giustizia/bilanciaspada.html> dove si analizza l'evoluzione storica, in rapporto anche alle altre scienze, dei due attributi: la bilancia, a bracci uguali (simbolo di equilibrio ed equità che la Giustizia deve conservare o ristabilire) e la spada, a doppio taglio (simbolo della forza con cui la Giustizia si impone), uniti a partire dal XIII anche per la comune simmetria che li caratterizza.

(13) Pubblicata con nota redazionale in *Foro it.*, 2016, c. 169

(14) Cass. 25.06.2015, n. 13144, in *Nuova giur. civ.*, 2015, I, 568, con nota di Macrì, *Esercizio in forma societaria di attività professionale e prescrizione presuntiva*.

(15) "La prescrizione presuntiva dei crediti dei professionisti (...), proprio perché si fonda sulla natura del contratto d'opera intellettuale, non è opponibile alla società che abbia eseguito una prestazione professionale nel regime previsto dal legislatore del 1942 (ed anteriormente al mutamento del quadro normativo, avviato con la legge 7 agosto 1977, n. 266) quando le società potevano ricevere incarichi professionali (estranei alle attività "protette") solo con strumenti diversi dal contratto d'opera intellettuale, caratterizzato da personalità della prestazione."

(16) Cass. 30.06.2015, n. 13401.

(17) Cass. 23.09.2015, n. 18808, in *Foro it.*, 2016, c. 624, con nota di L. Carbone, *Prescrizione del diritto alle competenze professionali*.

(18) Tutto ciò, nonostante la regola della c.d. ultrattività del mandato che ha carattere esclusivamente endoprocessuale e che comporta, a determinate condizioni, il dovere del difensore di continuare a gestire la lite, come stabilito dalle S.U. nella sentenza 15295/14. Nella sentenza del 2015 viene poi riaffermata l'irrelevanza della mancata conoscenza in capo al difensore della morte del proprio cliente trattandosi di impedimento meramente soggettivo o di mero fatto non ricompreso nelle ipotesi di sospensione di cui all'art. 2941 c.c.

(19) José Raul Capablanca, *Il primo libro degli scacchi*, Mursia, 2015, VII ed., p. 25-26.

(20) Chicco - Rosino, *Storia degli Scacchi in Italia*, Marsilio, 1990, p. 65.

(21) E con Guittoncino si torna ancora più indietro, ai tempi del liceo, ghiotta occasione, questa, per riaprire il primo volume dell'*Antologia della Letteratura*

*Italiana* a cura di Gianni, Balestreri, Pasquali, Messina-Firenze, 1981, pp. 232-235 e rileggere i sonetti "Ciò ch' i veggio di qua m'è mortal duolo" (forse scritto nel periodo dell'esilio) e "Io fui 'n sul beato monte" ispirato dalla visita alla tomba dell'amata Selvaggia. Ma v'è n'è un altro, espressione della sua tensione religiosa e che lo riguarda come giurista, ed è quello riportato nel volume adottato, ai miei tempi, per l'esame di Storia del diritto Italiano I: Manlio Bellomo, *Società e Istituzioni in Italia dal Medioevo agli inizi dell'età Moderna*, Giannotta, 1983, p. 458: "A che Roma superba tante leggi, tutte ingiuste e vane senza la Tua, che scritta in cor si porta".

(22) Emerge anche in relazione a questa disputa l'uso della dialettica (per Cino solo uno "strumento di cui la mente umana può servirsi, ma da cui non deve dipendere") impiegato per la soluzione delle questioni giuridiche: "circa *lecturam tenebo hunc ordinem: quia primo dividam, secundum ponam causam, tertio colligam, quarto opponam, quinto queram*". Cfr. Bellomo, *cit.*, p. 456. L'Autore, per spiegare il diverso modo di intendere i rapporti tra diritto comune e *iura propria* in relazione all'equità ("Rispetto ai *praecepta*, l'interprete si pone con grande libertà e indipendenza, come colui che può e deve giudicare della conformità del precetto all'*aequitas*", p. 457), utilizza un parallelismo astronomico: il sole (l'equità, per Cino) riscalda la terra, al centro, immobile e in posizione orizzontale, che costituisce il complesso di norme (principali e accessorie). Per Bartolo, invece, diritto comune e *iura propria* non stanno sullo stesso piano, ma all'interno di uno spazio sferico e sono mossi dall'equità. Una curiosità e una coincidenza. Nel 2005, il *Minor Planet Center* ha dedicato proprio a Cino da Pistoia un asteroide ("cinodapistoa") scoperto cinque anni prima (sarebbe bello che il prossimo pianetino venisse battezzato "selvaggia") dall'Osservatorio di San Marcello Pistoiese. Ha un diametro compreso tra i 3 e i 6 Km, maggiore della media degli asteroidi, si trova nella fascia principale degli asteroidi (tra Marte e Giove) e impiega 3,79 anni per girare intorno al sole: e così Cino è destinato a ruotare attorno all'*Aequitas* (almeno ancora per un bel po' di anni)! Numeri... astronomici riguardano anche le possibili combinazioni nel gioco degli scacchi: "Lo schieramento iniziale offre al Bianco una scelta tra 20 mosse diverse e al Nero 20 possibili risposte, per un totale di 400 posizioni possibili, dopo una mossa di entrambi i giocatori. Dopo 2 mosse invece, il numero sale a 71.852. In 232 di queste posizioni il Bianco ha la possibilità di fare delle prese "en-passant", per cui, teoricamente parlando, il numero delle posizioni sale a 72.084, che possono verificarsi in 200.000 modi diversi. Dopo 3 mosse di entrambi i giocatori, il numero di mosse possibili è qualcosa di molto vicino ai 9 milioni. Se volete provare tutte le combinazioni effettuabili con le prime 4 mosse, dedicando un solo minuto per ciascuna, ci vorrebbero circa 600.000 anni." - <http://www.matean.net/scacchi-numeri>.

(23) Dopo il lungo *excursus* sulle possibili ragioni del contrasto le S.U. affermano infatti: "Tutto questo porta a concludere che la disarmonia che si è creata nell'ambito della giurisprudenza poggia su un equivoco derivante dalla erronea determinazione del contenuto della sentenza n. 17051 del 2004 cit., trascinatasi per inerzia nel tempo, senza alcun particolare approfondimento e che ha prodotto effetti giuridici validi in un solo caso (sentenza n. 5060 del 2016 cit.). Ne deriva che, nell'ambito della giurisprudenza di questa Corte, tale disarmonia non ha avuto grandi conseguenze, ma ne ha sicuramente prodotte - di molto incisive - nella giurisprudenza del merito e, in genere, nella interpretazione e nella applicazione delle norme di riferimento, in un settore di grande impatto come quello della riscossione mediante ruolo dei crediti previdenziali, tributari e così via."

(24) Situazione che capace di evocare contrapposti esistenziali: vita e morte, condanna e redenzione come nel romanzo di Maurensig, *L'ultima traversa*, 2012, Barbera editore, ove il protagonista, il giovane don Aloiz Bauer che si insedia come parroco in una piccola comunità del Tirolo, riscopre la passione per gli scacchi cadendo sotto scacco e cedendo alla tentazione proprio all'ultima traversa.

(25) *Bauer* nella lingua tedesca significa contadino e designa anche il pedone nel gioco degli scacchi.

(26) La definizione è del musicista - scacchista francese F. André Philidor (1726 - 1795). Da lui prende il nome anche la difesa: 1.e4 e5 2.Cf3 d6 che, non a caso, vede protagonisti i pedoni.

## *Le Regole di Rotterdam: verso l'uniformità di disciplina nel trasporto di cose in ambito internazionale*

**Filippo Maria Torresi**

*Avvocato, Foro di Genova*

*Dottore di ricerca in Diritto dei trasporti*

**Sommario:** 1. *Diritto internazionale uniforme e diversi modi di trasporto* – 2. *La disciplina uniforme del trasporto marittimo: le Regole di Rotterdam del 2009* – 3. *In particolare la responsabilità del vettore nelle Regole di Rotterdam* – 4. *Limiti della responsabilità; obbligazioni e responsabilità del caricatore* – 5. *I documenti di trasporto* – 6. *Giurisdizione e arbitrato nelle Rotterdam Rules 2009* – 7. *L'inderogabilità della disciplina uniforme.*

### **1. Diritto internazionale (1) uniforme e diversi modi di trasporto (2).**

Le numerose e diversificate regole di diritto uniforme che si sono sviluppate negli ultimi ottant'anni in relazione ai diversi modi di trasporto certamente oggi impongono varie ed articolate riflessioni sui loro differenziati contenuti: ciò soprattutto in rapporto alla valenza di tali regole – ma anche alla loro coesistenza – in un periodo quale quello attuale in cui, come è ben noto, l'introduzione e lo sviluppo di sempre più sofisticate metodologie trasportistiche di stampo marcatamente “globalizzato” sembrano aver comportato altre e più specifiche esigenze di regolamentazione. La circostanza che le Convenzioni, attualmente in vigore, riguardanti il trasporto marittimo, aereo, terrestre e ferroviario (3) siano state introdotte in differenti periodi storici indubbiamente costituisce una delle motivazioni a cui vanno ricollegate certe differenze per così dire “strutturali” di siffatte regole uniformi. A ciò si aggiunge l'ulteriore, naturale considerazione dipendente dalla constatazione che diverse esigenze, tipiche di ciascun modo di trasporto, hanno evidentemente indotto il legislatore internazionale ad emanare norme non sempre coincidenti per ogni singolo settore disciplinato. Ciò, pur rispettando un “copione” usuale, ovvero sia un'impostazione comune in virtù della quale si sono ritenuti degni di regolamentazione identici aspetti connessi all'esecuzione del contratto di trasporto. In questa ottica, appare dunque evidente che, di volta in volta, il legislatore uniforme, nello sforzo teso a dare una disciplina sovranazionale alle singole tratte trasportistiche, ha ritenuto di dover accentrare identicamente la sua attenzione su quelli che possono definirsi i momenti basilari di qualsiasi regime di responsabilità. Così, seppur con accenti diversi, sono stati parallelamente conferiti spazi normativi alle obbligazioni emergenti dalla conclusione del contratto, alle responsabilità del vettore in relazione alle obbligazioni assunte, alle ipotesi di esonero del vettore stesso da dette responsabilità, nonché, in ultimo, ai casi di limitazione del debito che il vettore è tenuto a corrispondere a titolo di risarcimento per danni o ammanchi alla merce (e talvolta anche per ritardo). Nell'ambito, peraltro, di una struttura di base che in buona misura si può definire simile, il legislatore uniforme si è spesso orientato verso regole particolari non sempre identicamente pensate e costruite con la conseguenza che l'esito finale della normativa di volta in volta emanata si appalesa diversamente strutturato. È dunque in conseguenza di ciò che appare giustificato l'odierno interrogativo circa l'opportunità, nella moderna era trasportistica sempre più soggetta a globalizzazione, di mantenere regole uniformi di stampo e contenuti diversi nell'ambito di settori del trasporto certamente ancor oggi differenziati ma non più così isolati come un

tempo. A tale interrogativo si aggiunge poi in oggi l'ulteriore quesito circa la possibile coesistenza della rilevata frammentazione normativa con le tendenze attualmente manifestate in sede internazionalmente uniforme, tendenze che hanno già originato nuove e più articolate forme di regolamentazione afferente alcuni settori del trasporto. Su di esse va pertanto accentrata l'attenzione, stante la loro possibile futura incidenza sulle regole in esame, rendendo così necessaria una preliminare valutazione comparata della situazione normativa in atto che meglio permetta di soppesare, in via di previsione, i più recenti sforzi di regolamentazione di diritto uniforme (4).

### **2. La disciplina uniforme del trasporto marittimo (5): le Regole di Rotterdam del 2009 (6).**

Come evidenziato nella Risoluzione del Parlamento Europeo del 5 maggio 2010 sugli obiettivi strategici e le raccomandazioni per la politica comunitaria dei trasporti fino al 2018 (7), un significativo passo in avanti verso un sistema integrato di trasporti in ambito europeo e internazionale (8) è certamente rappresentato dalla attuazione armonizzata della Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di trasporto internazionale di merci interamente o parzialmente effettuati via mare (“Regole di Rotterdam”) approvate dalla Commissione delle Nazioni Unite per la disciplina del commercio internazionale UNCITRAL (9), che modifica la disciplina sulla polizza di carico (10), con la innovativa previsione di un documento di trasporto che sia valido non solo per il segmento marittimo del trasporto di una merce, ma altresì nelle fasi di trasporto immediatamente precedenti e/o successive. Adottata dall'Assemblea generale nel dicembre del 2008, e aperta alla firma degli Stati membri (11) nel corso della cerimonia svoltasi a Rotterdam nel settembre del 2009, la Convenzione detta un regime giuridico moderno ed uniforme che disciplina i diritti e gli obblighi dei vettori, degli spedizionieri e dei distributori, nel quadro di un contratto di trasporto internazionale “door to door” (12). La Convenzione supera e costituisce una valida e moderna alternativa alla precedente disciplina del trasporto marittimo via mare, e in particolare alla Convenzione internazionale per l'unificazione di alcune regole sulla polizza di carico, c.d. “Regole dell'Aja” (Bruxelles, 25 agosto 1924) e del Protocollo di modifica (“Regole dell'Aja -Visby”), e alla Convenzione delle Nazioni Unite sul trasporto delle merci via mare (Amburgo 31 marzo 1978: “Regole di Amburgo”) (13). La novità delle Regole di Rotterdam consiste nel fatto che esse costituiscono una base legale che tiene conto degli enormi sviluppi tecnologici e commerciali intervenuti nel settore del trasporto marittimo dalla adozione delle precedenti Convenzioni, sopra citate, quali lo sviluppo dirompente del trasporto containerizzato, la crescente domanda di un trasporto porta a porta coperto da un unico schema contrattuale, e più importante tra tutti, lo sviluppo della dematerializzazione dei documenti di trasporto, e quindi la loro conversione in formato elettronico (14). La Convenzione pertanto offre ai vettori marittimi e ai trasportatori, un regime vincolante ed equilibrato, uniforme e valido in tutto il mondo, che assicura la operatività dei contratti di trasporto marittimo che implicano differenti modalità di trasporto e vantaggi economici sia per i vettori che faranno riferimento ad un unico schema contrattuale per tutte le fasi del trasporto, sia per i caricatori che potranno ottenere dai vettori una riduzione dei noli in cambio di un quadro giuridico certo ed uniforme (15). Certamente, non si possono sottacere i notevoli problemi che, soprattutto a livello comunitario, si frappongono al raggiungimento dell'obiettivo indicato: fin dalle fasi iniziali del lungo negoziato sul testo e ancora oggi, sussistono dubbi interpretativi e difficoltà applicative, che possono riassumersi nella obiezione

di fondo opposta dalle Organizzazioni internazionali e comunitarie dei trasportatori su strada e precisamente il conflitto tra le Regole di Rotterdam e le vigenti normative internazionali applicabili, che sostanzialmente rinviano alle regole nazionali del trasporto su strada. In particolare si andrebbe a scardinare il sistema della Convenzione sul trasporto internazionale di merci su strada (Convenzione CMR) (16) firmata a Ginevra il 19 marzo del 1956 e per certi aspetti la normativa sul diritto dei trattati firmata a Vienna nel 1968. Occorre tuttavia ricordare che attualmente il sistema non appare soddisfacente, ed è proprio partendo da necessità reali che sono state studiate le nuove regole: anche nell'attuale contesto, ad esempio, il terminalista (17) deve assicurare la sua responsabilità rispetto al soggetto interessato al carico, che può agire nei suoi confronti. La differenza è che ora l'azione è extracontrattuale mentre in base alle Regole di Rotterdam è contrattuale (18). Ma il terminalista ne ha notevoli vantaggi perché a) può invocare la limitazione della responsabilità prevista per il vettore; b) può avvalersi della inversione dell'onere probatorio prevista dall'art. 17.3 e, c) la prescrizione applicabile è quella biennale di cui all'art. 62 delle Regole di Rotterdam. Appare quindi evidente che un lungo e puntuale approfondimento giuridico e tecnico dovrebbe essere portato avanti dai paesi membri in collaborazione con i servizi della Commissione prima di poter giungere alla formulazione di una proposta redazionale di strumento normativo comunitario finalizzato non soltanto alla attuazione armonizzata delle Regole di Rotterdam, quanto piuttosto alla predisposizione di una disciplina comune idonea a semplificare e riconvertire in formato elettronico la documentazione del trasporto merci a prescindere dalla modalità.

### 3. In particolare la responsabilità del vettore nelle Regole di Rotterdam

La disposizione dell'art. 17 disciplina la responsabilità del vettore, prevedendo da un lato la possibilità per il vettore di esonerarsi da responsabilità con la dimostrazione che la causa della perdita, del danno o del ritardo non era imputabile a colpa sua o dei suoi preposti oppure dimostrando che uno dei pericoli eccettuati era stato la causa di tale perdita, danno o ritardo. Tuttavia, se il danneggiato fornisce la prova che il pericolo eccettuato invocato dal vettore si è verificato per colpa sua o che un evento diverso ha contribuito a causare la perdita, il danno o il ritardo, il vettore sarà comunque responsabile in tutto o in parte. I capitoli 5 e 6 delle Regole di Rotterdam definiscono, da un lato, gli obblighi del vettore e, dall'altro, le sue responsabilità. Agli obblighi delle Regole dell'Aia-Visby (19) è stato poi aggiunto quello di trasportare la merce a destinazione e di riconsegnarla al destinatario (art. 13). È ricomparso anche l'obbligo di mettere la nave in stato di navigabilità, estendendone però la portata a tutta la durata del viaggio (art. 16.1). Un altro aspetto che è stato oggetto di trattazione durante i lavori del testo della Convenzione, è il mantenimento e la natura dei pericoli eccettuati. Le differenze più rilevanti rispetto alle Regole dell'Aja non riguardano la ripartizione degli oneri probatori, bensì il trattamento della colpa nautica e dell'incendio, che è conforme a quello delle Regole di Amburgo. È stato, infatti, al centro di un lungo dibattito la necessità di mantenere o no nel testo della nuova Convenzione, l'elenco di pericoli eccettuati previsti nell'art. 4 (2) delle Regole dell'Aja e dell'Aja-Visby oppure di considerare tale elenco semplicemente come una figura illustrativa del principio generale secondo cui il vettore non è responsabile in assenza di una causa imputabile a colpa sua o dei suoi preposti (20).

Il dibattito ha avuto luogo tra i sostenitori della *common law tradition* (21) e quelli della *civil law*. Nella tradizione di *common law* è consueto che il legislatore stabilisca un elenco di casi concreti so-

vratati da una regola generale. In tal senso la conservazione di un elenco tassativo di pericoli eccettuati non sarebbe stato insolito nella realtà di *common law*. Diversamente, invece, sarebbe stato percepito tale elenco nella tradizione della *civil law*, ove, generalmente il legislatore sancisce un principio generale e rinvia alle Corti la sua applicazione lasciando ad esse l'esame specifico di ogni singolo caso. Di conseguenza, un elenco simile di pericoli eccettuati sembra essere fuori luogo nella tradizione di *civil law*. Alla fine, i redattori del testo della Convenzione hanno ritenuto opportuno di mantenere l'elenco tradizionale degli eventi esonerativi considerato che esso abbia avuto un ruolo importante e produttivo nei paesi di *common law*. La formulazione dell'art. 17(1) stabilisce la regola generale secondo cui il "claimant" deve dimostrare che l'evento (ossia, la perdita, il danno o il ritardo delle merci) si sia verificato durante il periodo in cui il vettore fosse responsabile, per potere ottenere un *fumus boni iuris* di fondatezza della domanda. Tuttavia, può accadere che la perdita o il danno si sia verificato al di fuori del periodo in cui il vettore fosse responsabile ma il fatto o le circostanze che abbiano causato tale perdita o danno, siano avvenute durante tale periodo. Questo sarebbe egualmente sufficiente per il danneggiato (*claimant*) di stabilire un *fumus boni iuris* di fondatezza della domanda. In secondo luogo, una perdita potrebbe essere determinata da una molteplicità di cause. Tale eventualità trova riscontro nella formulazione dell'art. 17 (1): "... for events or circumstances that cause or contribute to the loss, damage, or delay", e nei successivi paragrafi dello stesso articolo. Il *fumus boni iuris* segnala l'inizio di un eventuale percorso legale nei confronti del vettore, ma i successivi commi dell'art. 17 daranno, tuttavia, la possibilità al vettore di sottrarsi alla presunzione di responsabilità designata dall'art. 17 (1). La formulazione dell'art 17 (2) sancisce due principi familiari che sono in primo luogo, la possibilità per il vettore di esonerarsi da responsabilità dimostrando che la causa della perdita, del danno o del ritardo non era imputabile a colpa sua o dei suoi preposti. Questa disposizione segue in sostanza l'orientamento dell'art. 4 (2) (q) delle Regole dell'Aja e dell'Aja - Visby. (22) In secondo luogo, la Convenzione utilizza l'inversione dell'onere probatorio in quanto il vettore deve provare l'assenza di colpa sua e dei suoi preposti per potere esonerarsi da responsabilità diversamente da quello che normalmente è previsto e cioè che il danneggiato provi che la perdita o il danno delle merci sia imputabile a colpa del vettore o dei suoi preposti. (23) Il beneficio sostanziale della formulazione dell'art. 17(3) sta nell'onere della prova, in quanto ai sensi dell'art. 17(2), il vettore deve provare l'assenza di ogni colpa (sua o dei suoi preposti), provando generalmente la causa della perdita, del danno o del ritardo, mentre l'art. 17(3) richiede che il vettore provi la causa ma nello stesso momento concede al vettore stesso una presunzione di non responsabilità per i casi in cui il pericolo eccettuato dell'elenco dell'art. 17(3) non si era verificato per colpa sua o dei suoi preposti. Se, per esempio, la perdita era stata causata da un incendio sulla nave, ai sensi dell'art. 17(2) il vettore deve provare che tale evento non si era verificato per colpa sua (prova che diventa piuttosto ardua nel caso di un incendio per cause ignote), mentre ai sensi dell'art. 17(3) (f) il vettore deve solamente provare che l'incendio sia stato la causa di tale perdita. In quest'ultimo caso, il vettore gode di una presunzione di non responsabilità a meno che il danneggiato provi la colpa del vettore ai sensi dell'art. 17(4) (che diventa comunque difficile da provare specialmente nei casi di incendio per cause ignote) (24).

### 4. Limiti della responsabilità; obbligazioni e responsabilità del caricatore (25).

I limiti, previsti dalle Regole dell'Aja-Visby (come modificati dal Protocollo SDR) in 2 d.s.p. (corrispondenti € 2,325) per chilo

e in 666,67 d.s.p. (corrispondenti a € 775,58) per collo o unità, sono stati aumentati, dopo un lungo dibattito, rispettivamente a 3 d.s.p. (corrispondenti a € 3,448) ed a 875 d.s.p. (corrispondenti a € 1.017,44) (26) Il limite per danni economici da ritardo è fissato dall'art. 60 in due volte e mezzo il nolo pagabile per le merci che hanno subito il ritardo. Le Regole dell'Aja-Visby non contengono alcuna disposizione con riguardo alle obbligazioni del caricatore nei confronti del vettore. Esse si limitano a prevedere, in disposizioni disseminate in varie parti del testo, la responsabilità del caricatore per perdita, danni e spese dipendenti dalla inesattezza della descrizione delle merci (art. 3 § 5), l'esclusione della sua responsabilità per perdite o danni subiti dal vettore non imputabili a sua colpa e quindi, implicitamente, la sua responsabilità per i danni e le spese dipendenti da sua colpa (art. 4 § 3) nonché la sua responsabilità per la caricazione di merci pericolose (art. 4 § 6). Sebbene la base della responsabilità non sia indicata, deve ritenersi che essa nel primo e nel terzo caso abbia carattere oggettivo. Le Regole di Rotterdam contengono invece una adeguata disciplina delle obbligazioni del caricatore e della sua responsabilità nel caso di inadempimento. Esse infatti prevedono che il caricatore a) deve consegnare le merci confezionate in modo da sopportare il viaggio previsto e le operazioni connesse e che nel caso di merci stivate in un container esse vi siano stivate con cura e siano assicurate onde resistere ai movimenti ai quali il container può essere soggetto (art. 27), b) deve tempestivamente fornire al vettore informazioni per la movimentazione (*handling*) delle merci e per l'osservanza da parte del vettore delle norme previste dalle competenti autorità in relazione al trasporto delle merci e i documenti necessari (art. 29), c) deve fornire adeguate informazioni per la redazione del documento di trasporto (art. 30), d) deve informare il vettore circa l'eventuale natura pericolosa delle merci e deve applicare sulle stesse o sui loro imballaggi i contrassegni previsti dalle leggi e dai regolamenti. Inoltre la base della responsabilità è precisata in modo chiaro (art. 30): in linea generale la responsabilità è basata sulla colpa; essa è obbiettiva con riguardo alle informazioni relative alle merci per la redazione del documento di trasporto e per le merci pericolose. La diversità tra il regime attuale e quello futuro peraltro non è sostanziale, ma consiste nella chiarezza del nuovo regime rispetto a quello attuale, molto generico.

### 5. I documenti di trasporto

Le Regole dell'Aja-Visby contengono inspiegabilmente una norma, già allora e ancor oggi lontana dalla pratica, secondo la quale il vettore può rifiutarsi di inserire nella polizza di carico i dati relativi alla merce che ha una seria ragione di sospettare non rappresentino esattamente la merce ricevuta o che non ha avuto mezzi ragionevoli di verificare, laddove la prassi era ed è tuttora nel senso di inserire in tal caso delle riserve. Inoltre la norma in questione male si adatta ai trasporti containerizzati ed ha creato problemi e contrasti giurisprudenziali. Le Regole di Rotterdam ampliano anzitutto l'ambito di applicazione della normativa, estendendola a tutti i documenti di trasporto, negoziabili e non negoziabili, e disciplinano la materia in modo molto più circostanziato, tutelando da un lato il vettore e dall'altro il ricevitore terzo giratario della polizza di carico o cessionario del documento di trasporto non negoziabile, che è normalmente il compratore della merce. Esse distinguono due tipi di situazioni, e cioè quella in cui il vettore ha l'obbligo di inserire riserve e quella in cui egli ne ha la facoltà, ma non l'obbligo. Le situazioni del primo tipo, contemplate nel § 1 dell'art. 40, sono quelle in cui il vettore è effettivamente a conoscenza che la descrizione delle merci è falsa o ingannevole (*misleading*) ovvero ha ragionevoli motivi di ritenere che lo sia. Le situazioni del secondo tipo, in cui il vettore ha la facoltà, ma non l'obbligo, di in-

serire riserve, sono oggetto di separata disciplina nei §§ 3 e 4 dell'art. 40, rispettivamente con riguardo alle merci che non sono consegnate al vettore in un container chiuso (quindi la normativa non si applica ai containers riempiti dal vettore) o in un veicolo chiuso (quindi la normativa in linea generale si applica anche ai veicoli ed ai carri ferroviari). Nel primo caso i presupposti della facoltà di inserire riserve corrispondono praticamente a quelli indicati nelle Regole dell'Aja-Visby, anche se meglio precisati. Nel secondo caso i criteri sono diversi per quanto riguarda le informazioni relative alla descrizione, alle marche e al numero o quantità delle merci da un lato e quelle relative al peso dall'altro. Per le prime la facoltà è riconosciuta se il vettore non ha ispezionato le merci nell'interno del container o non ne ha conosciuto altrimenti le caratteristiche prima di emettere il documento di trasporto. Con riguardo invece al peso, la facoltà di inserire riserve sussiste quando il vettore non ha pesato il container o il veicolo o non ha convenuto con il caricatore di provvedere alla sua pesatura prima dell'imbarco.

### 6. Giurisdizione e arbitrato nelle Rotterdam Rules 2009.

Le Regole dell'Aja-Visby non disciplinano giurisdizione (27) e arbitrato (28). Sulla opportunità o meno di includere norme al riguardo nel progetto UNCITRAL vi è stato un considerevole dibattito, che per la giurisdizione ha coinvolto, con riguardo alle delegazioni degli Stati membri della Unione Europea, la Commissione Europea, in quanto si tratta di materia di competenza della medesima. La normativa sulla quale era stato raggiunto un certo consenso è basata sulla attribuzione all'avente diritto alle merci della facoltà di scelta del foro tra quello del domicilio del vettore, del luogo di ricevimento e di consegna previsti in contratto e del luogo del loro imbarco iniziale su una nave e del loro sbarco finale (ciò onde evitare la competenza del luogo dell'eventuale trasbordo) e sul riconoscimento della validità nel rapporto tra i contraenti delle clausole di giurisdizione esclusiva nell'ambito dei contratti di volume. La loro validità nei confronti dei terzi (giratario del titolo all'ordine, cessionario di quello non negoziabile) è invece condizionata alla tempestiva (cosa forse non facile di stabilire) comunicazione della clausola e alla sua opponibilità al terzo in base alla *lex fori*; per cui, ad esempio, una clausola di questo tipo sarebbe riconosciuta opponibile al terzo in Italia ma non in Francia. La normativa accolta disciplina anche il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze. Poiché peraltro non è stato possibile ottenere su questa normativa un largo consenso ed i tentativi di raggiungere un compromesso e naturalmente di coinvolgere la Commissione sono stati senza successo, alla fine è prevalsa l'opinione di rendere il capitolo sulla giurisdizione opzionale: e nella alternativa tra opzione di escluderne l'applicazione (c.d. *opting out*) e di includerla (c.d. *opting in*) è prevalsa la seconda, in quanto essa consente agli Stati membri della UE di ratificare la Convenzione senza necessità di ottenere il preventivo consenso della Commissione, salvo una loro (allo stato abbastanza improbabile) decisione di esercitare in seguito l'opzione di estendere l'applicazione della nuova normativa uniforme anche al capitolo sulla giurisdizione. La disciplina dell'arbitrato, parallela a quella della giurisdizione, presenta alcuni inconvenienti nel caso di arbitrato condotto secondo le regole e sotto la supervisione di una istituzione arbitrale, la scelta di un luogo diverso da quello in cui tale istituzione ha la sua sede potendo presentare problemi non indifferenti, in quanto il regolamento arbitrale applicabile è in molti casi predisposto con riferimento alla disciplina dell'arbitrato vigente nel luogo in cui l'istituzione ha la sua sede (si consideri ad esempio la Chambre Arbitrale Maritime di Parigi e la Association of Maritime Arbitrators di Londra). È stato quindi deciso di estendere il principio accolto per la giurisdizione

anche all'arbitrato, per cui, se la facoltà di *opting in* non è espressamente esercitata, la ratifica della Convenzione non include il capitolo sull'arbitrato. Premesso che uno Stato può avvalersi liberamente della facoltà di esercizio della opzione, non essendo condizionato dalle decisioni della Commissione in merito al capitolo sulla giurisdizione, occorre considerare gli aspetti positivi e negativi della adozione del regime previsto dalle Rotterdam Rules. Tra questi ultimi vi è quello sopra menzionato e, inoltre, quello della maggiore difficoltà e del probabile maggiore costo di un procedimento arbitrale ove uno o più degli arbitri nominati risieda in luogo distante dalla sede dell'arbitrato prescelta dalla parte che fa valere una pretesa nei confronti del vettore. Tra gli aspetti positivi vi è forse quello che la facoltà di scelta della sede dell'arbitrato può consentire di svincolarsi dal predominio di Londra e New York come sedi degli arbitrati marittimi.

### 7. L'inderogabilità della disciplina uniforme.

In via generale l'art. 3, par. 8, delle Regole dell'Aja-Visby prevede la nullità di ogni intesa volta ad escludere o limitare la responsabilità del vettore, nonché di ogni accordo diretto a cedere il beneficio previsto dall'assicurazione (29). Solamente all'art. 6 della Convenzione viene prevista una eccezione a tale regola in virtù della quale è possibile prevedere determinate clausole di esonerazione da responsabilità qualora tali previsioni non siano contrarie all'ordine pubblico, non venga emessa una polizza di carico ed il trasporto abbia per oggetto carichi tali da spiegare l'adozione di uno specifico accordo in tal senso (30). Le Regole di Rotterdam, adottando una formulazione simile a quella adottata dalle Regole dell'Aja-Visby, conservano ed ampliano la possibilità di derogare, a determinate condizioni, alle disposizioni obbligatorie della disciplina uniforme. Esse prevedono, in particolare, che qualsiasi clausola di un contratto di trasporto debba essere nulla se e nei limiti in cui essa, direttamente o indirettamente, escluda o limiti le obbligazioni del vettore o di una *performing party* marittima, nei casi in cui escluda o limiti la responsabilità del vettore o di una *performing party* marittima per l'inadempimento di una di tali obbligazioni ovvero qualora preveda la cessione del beneficio dell'assicurazione delle merci in favore del vettore o di una persona menzionata nell'articolo 18(31). Non solo, ma qualsiasi clausola di un contratto di trasporto deve altresì essere ritenuta nulla se e nei limiti in cui essa, direttamente o indirettamente, escluda, limiti o accresca le obbligazioni del caricatore, del destinatario, della parte controllante, del portatore o del caricatore documentale previste dalla Convenzione stessa ovvero nel caso in cui tale clausola escluda, limiti o aumenti la responsabilità di tali soggetti in relazione all'inadempimento di una qualsiasi di tali obbligazioni. Regole speciali, inoltre, sono previste per il trasporto di animali vivi e di determinate merci, ciò che costituisce una novità assoluta rispetto alle previsioni delle Regole dell'Aja-Visby. Nella specie, le Regole di Rotterdam prevedono che il contratto di trasporto possa escludere o limitare le obbligazioni o le responsabilità del vettore e di una *performing party* marittima qualora le merci siano animali vivi. Tale esclusione o limitazione, tuttavia, non è operante se il creditore prova che la perdita, il danno o il ritardo nella consegna della merce è dovuto ad un atto o ad una omissione del vettore o di una persona menzionata nell'articolo 18, compiuto allo scopo di causare la perdita, il danno o il ritardo o comunque realizzato con la consapevolezza che tale perdita, danno o ritardo si sarebbe probabilmente verificato. Un'ulteriore possibilità di prevedere l'esclusione o la limitazione delle obbligazioni o della responsabilità del vettore o di una *performing party* marittima è prevista nel caso in cui la condizione propria delle merci o le circostanze, i termini e le condizioni in base alle quali il trasporto deve essere eseguito siano tali da giu-

stificare una convenzione speciale, purché tale contratto di trasporto non sia relativo a spedizioni commerciali ordinarie effettuate nel corso operazioni commerciali abituali e non sia stato emesso alcun documento di trasporto né alcuna registrazione elettronica negoziabile. Regole speciali sono previste, infine, per i *volume contracts*. (32)

### Note:

(1) CARBONE S.M.-LUZZATTO-SANTA MARIA, *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2015.

(2) Sul punto si rinvia alla relazione tenutasi a Genova dalla A.I.D.M. (Relatori Prof. Avv. Francesco Berlingieri, Avv. Giorgio Berlingieri, Prof. Avv. Sergio Maria Carbone, Prof. Avv. Stefano Zunarelli) nei giorni 19-20 ottobre 2009, *Dalle Regole dell'Aja-Visby alle Regole di Rotterdam Effetti del cambiamento sul commercio marittimo*, consultabile all'indirizzo [http://www.aidim.org/pdf/Aja\\_Rotterdam.pdf](http://www.aidim.org/pdf/Aja_Rotterdam.pdf).

(3) Ai fini del presente lavoro sono state prese in considerazione la Convenzione di Bruxelles del 1924 sulla polizza di carico, la Convenzione di Amburgo del 1978 sul trasporto marittimo di merce, la Convenzione di Ginevra del 1956/1978 sul trasporto terrestre di merci (CMR), la Convenzione COTIF-CIM del 1980 e la Convenzione COTIF-CIM del 1999 sul trasporto ferroviario di merci; nonché per il trasporto aereo il complesso normativo delle Regole di Varsavia-L'Aja-Montreal e la Convenzione di Montreal del 1999.

(4) Ci si riferisce in particolare modo al *Draft Instrument on Transport Law* elaborato dal Comité Maritime International (CMI) e sottoposto all'UNCITRAL per il suo vaglio. Vedasi il testo in CMI Yearbook 2002 e per ulteriori approfondimenti e aggiornamenti il sito CMI [www.comitemaritime.org](http://www.comitemaritime.org).

(5) Autorevole dottrina, Carbone S.M. e Berlingieri F., grazie alla loro costante presenza nel mondo dell'insegnamento accademico, hanno dato notevole impulso alla tanto auspicata uniformità di disciplina; non si può quindi tacere, a parere di chi scrive, il ruolo fondamentale che ha svolto il CMI sotto la presidenza del Prof. Francesco Berlingieri.

(6) Thomas, *And then there were the Rotterdam Rules*, in *J.I.M.L.*, 2008, pag. 189; ID., *An analysis of the liability regime of carriers and maritime performing parties*, in ID. (ed.), *A New Convention for the Carriage of Goods by Sea — The Rotterdam Rules*, Oxon, 2009, pag. 52 ss.; Sturley, *The UNCITRAL Carriage of Goods Convention: Changes to Existing Law*, in *CMI Yearbook*, 2007-2008, pag. 255; Mbiah, *The Convention On Contracts For The International Carriage Of Goods Wholly Or Partly By Sea: The Liability and Limitation Of Liability Regime*, *ibidem*, pag. 290. Per approfondimenti sul tema degli eventi esonerativi della responsabilità del vettore marittimo, si rinvia a CARBONE S.M. in collaborazione con La Mattina Andrea, *Contratto di trasporto marittimo di cose*, Milano, 2010. Convegno AIDIM-CCIA Genova-A.L.C.E. Genova 19-20 ottobre 2009, *Dalle Regole dell'Aja-Visby alle Regole di Rotterdam - Effetti del cambiamento sul commercio marittimo*, consultabili all'indirizzo <http://www.aidim.org/documenti.html>.

(7) Consultabile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=it>. Munari, *Le norme del cd. terzo pilastro nel sistema dell'Unione Europea: profili istituzionali, problematiche e prospettive* (con Amalfitano Chiara), in *Dir. Un. Eur.*, 2007, pagg. 773-809.

(8) La competenza comunitaria in materia di trasporti è oggetto, nell'ambito del *Rapporto Federtrasporto 2001* di un apposito contributo, al quale si rinvia anche per i necessari riferimenti. Ci si limita pertanto a citare, tra i numerosi scritti in materia, Fortunato, *I trasporti*, in Tizzano (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Tomo I, nel *Trattato di diritto privato diretto da Mario Bessone (Vbl. XXVI)*, Torino, 2000, pag. 455; Munari, *Il diritto comunitario dei trasporti*, Milano, 1996; GREAVES, *Transport Law of the European Communities*, London - Atlantic Highlands, NJ, 1991. Per un'analisi dell'influenza della normativa di origine comunitaria su particolari tipologie di trasporto si possono utilmente consultare, tra gli altri, Baena Baena, *La politica comunitaria de los transportes maritimos*, Madrid, 1995; Power, *E.C. Shipping Law*, London - New York - Hamburg - Hong Kong, 1992; Bredina - Savonopoulou - Tzoannos, *The Common Shipping Policy of the E.C.*, Amsterdam - New York - Oxford - Tokyo, 1990; Tufa-

no, *I trasporti terrestri nella C.E.E.*, Milano, 1990.

(9) Così Zunarelli, *Elementi di novità e di continuità della regolamentazione della responsabilità del vettore marittimo di cose nell'attività del Gruppo di Lavoro dell'UNCITRAL*, relazione presentata al Convegno dell'Associazione Italiana di Diritto Marittimo del 19 maggio 2006 "Il trasporto marittimo di persone e cose. Novità sulla unificazione della loro disciplina", in *Dir. Mar.*, 2006, pag. 1024, altresì reperibile sul sito [www.aidm.org](http://www.aidm.org)

(10) La polizza di carico, conosciuta anche con la dicitura B/L – definita più precisamente in inglese come Bill of Lading – si contraddistingue come un importante documento utile nel trasporto marittimo, siccome viene utilizzato come un contratto di trasporto per le merci su una nave di linea, in virtù di un contratto di noleggio o trasporto. Righetti, *Trattato di diritto marittimo*, Tomo II, Milano, 2000; Berlingieri F., *Le convenzioni internazionali di diritto marittimo e il codice della navigazione*, Milano, 2009.

(11) Tali Paesi sono: Armenia, Camerun, Congo, Danimarca, Francia, Gabon, Ghana, Grecia, Guinea, Madagascar, Niger, Nigeria, Norvegia, Olanda, Polonia, Senegal, Spagna, Svizzera, Togo e Stati Uniti d'America.

(12) Sulla nozione di tale fattispecie di trasporto si rinvia a La Mattina, *La responsabilità del vettore multimodale profili ricostruttivi e de iure condendo*, in *Dir. Mar.*, 2005, pagg. 4 e ss.

(13) Carbone S.M., *La disciplina giuridica del traffico marittimo internazionale*, Bologna, 1982.

(14) Il fatto che i *charter-parties* e i *bill of lading* mirino a soddisfare esigenze differenti del commercio è dimostrato dalle circostanze storiche nelle quali è venuto ad essere impiegato il *bill of lading*: a partire dal XIX secolo, l'evoluzione del commercio marittimo ha visto il ricorso al trasporto marittimo non più solamente da parte dei grandi commercianti (in grado di sfruttare, con le merci da trasportare, l'intera capienza di una nave), ma anche dei piccoli commercianti. Il contemporaneo diffondersi dei trasporti di linea, che hanno consentito anche ai piccoli commercianti di fare ricorso al trasporto marittimo per la consegna di colli individuali, ha reso evidente l'esigenza di creare un documento ed un regime giuridico particolare, da applicarsi soltanto a tale tipo di trasporti. Si vedano: Tetley, *Marine Cargo Claims*, 3th ed., Montreal, 1968, pag. 10 e ss., 247 e ss. e 298 e ss.; Bonassies - Scapel, *Droit maritime*, Paris, 2006, spec. pag. 476 e ss.; Scrutton, *On charterparties and bills of lading*, London, 2008, pag. 2 e ss.

(15) Carbone S.M., *Contratto di trasporto marittimo di cose*, cit., 288. In tal senso anche Zunarelli, *Elementi di novità e di continuità della regolamentazione della responsabilità del vettore marittimo di cose nell'attività del Gruppo di Lavoro dell'UNCITRAL*, relazione presentata al Convegno dell'Associazione Italiana di Diritto Marittimo del 19 maggio 2006 "Il trasporto marittimo di persone e di cose. Novità sulla unificazione della loro disciplina" in *Dir. Mar.*, 2006, 1024. Per un approfondimento critico in relazione al ritorno da parte della Convenzione di Rotterdam alla disciplina precedentemente adottata dalla Convenzione di Bruxelles del 1924, si veda Romanelli, *Il regime di responsabilità del vettore, in La disciplina del trasporto di cose: presente e futuro* – Atti della tavola rotonda, Genova, 2-3 febbraio 2001, in *Dir. Mar.*, 2001, 549, 558.

(16) Pesce, *Il contratto di trasporto internazionale di merci su strada*, Padova, 1984; Antonini, *Corso di diritto dei trasporti*, Milano, 2008; Casanova-Brignardello, *Diritto dei trasporti*, Milano, 2011.

(17) Carbone S.M., *Il diritto marittimo. Attraverso i casi e le clausole contrattuali*, Torino, 2015.

(18) Lopez De Gonzalo, *Il concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nelle Hague-Visby Rules e nelle altre convenzioni di diritto uniforme dei trasporti*, in *Dir. Mar.*, 1986, pag. 611.

(19) Bonelli, *Il limite del debito del vettore marittimo*, in *Dir. Mar.*, 1996, 541,

(20) Vedi art. 4 (2) (q) delle Regole dell'Aja e delle Regole dell'Aja-Visby. Nel testo della nuova Convenzione tale principio è espresso nella formulazione dell'art. 17 (2).

(21) Michael F. Sturley, *Transport Law for the twenty-first century: an introduction to the preparation, philosophy, and potential impact of the Rotterdam Rules*, in (Special 5 G Issue) "The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (The Rotterdam Rules)", in *International Maritime Law*, vol. 14, issue 6, 2008.

(22) Rhidian Thomas, *The fundamental duties of the carrier under the Rotterdam*

*Rules*, in (Special Issue) "The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (The Rotterdam Rules)", in *International Maritime Law*, vol. 14, issue 6, 2008.

(23) Theodora Nikaki, *Exclusion and Limitation of Liability*, in (Special Issue) "The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (The Rotterdam Rules)", in *International Maritime Law*, vol. 14, issue 6, 2008.

(24) L'elenco dei pericoli eccettuati dell'art. 4 (2) delle Regole de l'Aja – Visby viene in larga misura, riprodotta nel testo della nuova Convenzione, e precisamente nell'art. 17(3), ma con due sostanziali differenze. In primo luogo, la nuova Convenzione abolisce la colpa nautica e la colpa nell'*administration du navire* (*management of the ship*) che è prevista nell'art. 4(2)(a) delle Regole dell'Aja – Visby. In secondo luogo, viene radicalmente modificata la configurazione della situazione o circostanza dell'incendio non provocato da fatto o colpa del vettore e come tale suscettibile di condurre ad un suo esonero dalla responsabilità per la perdita o l'avaria della merce trasportata. Di preciso, ai sensi dell'art. 4(2)(b) delle Regole de l'Aja – Visby il vettore potrebbe esonerarsi da responsabilità fornendo la prova che l'incendio sia stato la causa dell'avaria o della perdita della merce (anche se l'incendio fosse stato causato per colpa dei suoi preposti). Ai sensi dell'art. 17(3)(f) della nuova Convenzione, invece, l'incendio viene configurato come ogni altro evento o circostanza e, di conseguenza, il vettore non gode dell'esonero da responsabilità qualora la causa dell'incendio fosse stata per colpa dei suoi preposti e sul punto si rinvia ancora a CARBONE S.M., *Contratto*, cit.

(25) Alvisi- Berlingieri F.- Zunarelli, *Draft Convention on international carriage of goods wholly or partly by sea*, in *Dir. Mar.*, 2008, I, 299 – 306.

(26) Berlingieri F., *Limite del vettore: modalità di calcolo*, in *Dir. Mar.*, 1986, pag. 556; Bonelli, *Il limite del debito per danni alle merci*, in *Dir. Mar.*, 1986, pag. 541; Boi, *Applicazione del limite del debito del vettore ai containers*, in *Dir. Mar.*, 1986, pag. 574; Spasiano, *Rapporto tra la limitazione del debito del vettore e la limitazione globale della responsabilità*, in *Dir. Mar.*, 1986, pag. 593.

(27) Sul punto si veda Tuo C., *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni sul sequestro conservativo: tra Regolamento Bruxelles I e convenzioni internazionali*, in *Dir. Mar.*, 2011, 1220.

(28) La figura dell'arbitrato marittimo è stata oggetto di un seminario organizzato presso l'Università di Genova dall'Associazione Italiana per l'Arbitrato (AIA) di Roma, con l'ausilio dell'Accademia di Diritto, Mediazione e Arbitrato s.r.l. (ADMA) di Genova e il patrocinio dell'Associazione Italiana di Diritto Marittimo (AIDIM). Dopo gli indirizzi di saluto del Prof. Realino Marra (Vice Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università), della Prof.ssa Maria Beatrice Deli, dell'Avv. Cesare Bruzzone e dell'Avv. Giorgio Berlingieri (in rappresentanza dei tre organismi predetti), il Prof. Sergio La China – moderatore dell'incontro – ha dato la parola all'Avv. Mario Riccomagno per la relazione introduttiva. Si vedano all'uopo gli atti del seminario del 15 novembre 2013 all'indirizzo [www.dirmar.com](http://www.dirmar.com).

(29) Cfr. l'art. 3, par. 8, delle Regole dell'Aja-Visby: «Any clause, covenant, or agreement in a contract of carriage relieving the carrier or the ship from liability for loss or damage to, or in connection with, goods arising from negligence, fault, or failure in the duties and obligations provided in this article or lessening such liability otherwise than as provided in these Rules, shall be null and void and of no effect. A benefit of insurance in favour of the carrier or similar clause shall be deemed to be a clause relieving the carrier from liability».

(30) Cfr. l'art. 6 delle Regole dell'Aja-Visby.

(31) Cfr. l'art. 79, par. 1, delle Regole di Rotterdam.

(32) I contratti di volume sono accordi contrattuali nell'ambito dei quali si prevede il trasporto di una serie di carichi in una serie di viaggi entro un dato periodo; in un primo momento i contratti di volume sono stati ricompresi nell'ambito dei *contracts of affrayment* ed utilizzati nei traffici non di linea, mentre, successivamente, con l'impiego di navi porta containers nel traffico di linea, gli stessi si sono diffusi anche in tale diverso tipo di traffico e si rinvia a Vernizzi, *Le (future) Regole di Rotterdam: alcune considerazioni sulla nuova convenzione in materia di trasporto internazionale di merci che si svolga in tutto o in parte per mare*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 5, 1154.

## Ricordo di Stefano Rodotà

**Guido Alpa**

*Ordinario dell'Università La Sapienza di Roma*

1. Non avrei mai immaginato, il giorno in cui discussi la tesi di laurea con Stefano Rodotà, a Genova, il 16 luglio del 1970, che, per una curiosa scelta del destino, sarei stato io – come decano dei civilisti ancora in servizio presso la Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza – a dargli l'estremo commosso saluto nell'Aula III, l'aula in cui Stefano Rodotà aveva seguito i corsi di Giurisprudenza all'inizio degli anni Cinquanta, l'aula in cui, dal 1973, avrebbe impartito il suo insegnamento, dapprima di Diritto agrario e poi di Diritto civile, l'Aula nella quale avevamo festeggiato la sua collocazione in quiescenza, ed ancora l'Aula in cui avevano onorato il compimento degli ottant'anni. Un arco di tempo così lungo, nel quale eravamo sempre rimasti a contatto, io, come allievo, lui, come Maestro, in un colloquio creativo e sempre per me proficuo. Vorrei raccontare ancora alcune cose che mi sembrano illuminanti della sua personalità, del suo ingegno, della sua cultura.

Il mio primo incontro con Rodotà avvenne a Genova, il giorno di avvio del corso di Diritto civile, nel novembre 1968. Il corso era dedicato alla proprietà, e il Maestro aveva consigliato, per preparare l'esame, di studiare, quale modello di costruzione dogmatica moderna, le *Dottrine generali* di Francesco Santoro-Passarelli e, per seguire meglio il corso, le dispense su *La proprietà* di Ugo Natoli. Ci accorgemmo subito di essere di fronte ad un docente speciale: colto, elegante, gentile, disponibile, e soprattutto straordinariamente intelligente e vivace. E grande oratore.

Con un gesto naturale estrasse dalla tasca alcuni foglietti di appunti in cui aveva riportato alcuni brani delle lettere che i soldati scrivevano a Oliviero Cromwell sul modo nel quale la Rivoluzione che si era incamminata doveva procedere speditamente, coinvolgendo la disciplina della proprietà, travolgendo le *enclosures* e distribuendo le terre ai cittadini. La proprietà come appartenenza, la proprietà come istituto egoistico, la proprietà come motore dell'economia e come cemento della società. Ritrovai anni dopo quelle lettere in una edizione sui *Livellers*. Ma era John Locke a farla da padrone, e Rodotà seguiva, discutendone in modo critico, le tesi, da poco pubblicate, dello storico Macpherson. Per noi giovani, iscritti al terzo anno del corso di Giurisprudenza, abituati a ragionare secondo le regole esegetiche, su codici e leggi speciali, ma soprattutto ad imparare i rudimenti delle varie branche del diritto su manuali aridi e grigi, si apriva un mondo: il mondo del diritto calato nel suo contesto politico, le regole collocate nel loro svolgimento storico, il diritto presentato come strumento di mediazione sociale, ma anche di inclusione e di esclusione. Avevamo imparato il rapporto tra diritto ed economia dalle lezioni di Pietro Trimarchi, altro astro della dottrina giuridica, dalle lezioni di Istituzioni di diritto privato. Ma qui il mondo era diverso: era un mondo che ci avvolgeva, ci irretiva, ci affascinava.

Le lezioni erano dialogiche: chi se la sentiva, faceva domande che ricevevano pronta e compiuta risposta. E la gran parte degli studenti, per approfittare di questa grande opportunità, stare vicino al Maestro e abbeverarsi alla sua scienza, frequentava non solo tutte le lezioni, ma anche i seminari. Ed è proprio seguendo i seminari, nel quarto anno del corso, dedicato alla responsabilità civile, che ebbi modo di leggere le poche

– interessanti – sentenze sulla responsabilità del produttore di beni di consumo, e di scegliere dunque l'argomento che avrei voluto proporre al Maestro, per la tesi di laurea.

Queste sgorgano dalla mente seguendo il filo della memoria, condite di un sentimento di gratitudine commisto a tristezza. Dirò soltanto che la presenza di Stefano Rodotà, nei quattro anni in cui insegnò a Genova, dal 1968 al 1972, prima della chiamata alla Facoltà giuridica romana, lasciò una traccia profondissima, e, in qualche modo, rappresentò l'inizio di una vera e propria rivoluzione nel mondo del diritto.

A Genova si frequentavano, e frequentavano l'Istituto di diritto privato, in cui noi giovani lavoravamo indefessamente ogni giorno, compresa la domenica (sotto la guida severa di Mario Bessone) personaggi di grande cultura, come Giovanni Tarello e Franca De Marini Avonzo, Silvana Castiglione, Flavo Baroncelli, Carlo Federico Grosso, Gianni Ferrara, Pietro Craveri, e poi i Colleghi invitati a tenere lezioni e seminari, come Gino Giugni e Umberto Romagnoli, Franco Galgano, Sabino Cassese, Giuliano Amato, Federico Mancini, e tanti altri prestigiosi giuristi. E noi, più giovani, mi riferisco a Enzo Roppo, Luciana Cabella Pisu, Maria Rosa Spallarossa, Gilda Ferrando, seguivamo i loro discorsi, partecipavamo ai seminari, svolgevamo il lavoro che a quel tempo era considerato formativo e quindi ineliminabile: imparare le lingue straniere, proporre e svolgere traduzioni, predisporre note a sentenza (la gran parte anonime) per le più importanti riviste giuridiche. Assistemmo così alla nascita di *Politica del diritto*, di *Laboratorio politico*, e, anni dopo, della *Rivista critica di diritto privato*. Ma correggevamo anche le bozze: ricordo in particolare le bozze del terzo corso, su *Il controllo sociale delle attività private*, e dell'antologia intitolata *Il diritto privato nella società moderna*.

La chiamata romana del 1972 non spezzò i legami, anzi: crescendo nell'accademia via via seguivamo i consigli del Maestro per la nostra formazione, e per la redazione dei nostri scritti, mai pubblicati senza il suo avallo e la sua autorizzazione. Non aggiungerò altro di personale, perché i momenti conditi dall'affetto e dalla gioia, i sentimenti in generale, a quel tempo non erano espressi se non con estrema discrezione. Mi rifaccio dunque a quanto dissi di Stefano Rodotà nel corso di un seminario in suo onore, che prese il titolo dal libro composto a Genova negli anni del suo magistero presso l'Università di quella città.

Il titolo del seminario richiama quello della prima antologia pubblicata da Rodotà nel 1971, *Il diritto privato nella società moderna*, ma l'immagine del diritto privato che quell'opera ci restituisce appare così distante da quella che ora possiamo dipingere da farci ritrovare con fatica i segni della continuità. La rapidità dei mutamenti impone l'elaborazione di nuove strategie di pensiero e di più sofisticati strumenti di adattamento: il tempo non è più un "grande scultore" ma si rivela un grande manipolatore. E la società dell'effimero in cui abitiamo esige regole che condividano con essa i caratteri della mutevolezza e della caducità.

Il diritto civile che si affaccia al terzo millennio è inquietamente proteso alla ricerca di una nuova identità: avendo perduto le illusorie ma consolanti certezze del dogma ed essendosi assunto compiti onerosi a fronte di una giuridificazione degli interessi sempre più estesa, questa branca del diritto (unitamente al diritto commerciale) rischia di divenire l'unico modello di disciplina dei rapporti nell'età della globalizzazione.

L'ordine del discorso è scandito in tre capitoli che, svolti nelle rispettive tre sessioni del seminario, corrispondono alla tri-

plice direzione di impegno del Maestro che onoriamo: l'impegno scientifico nella rifondazione del diritto privato, l'impegno civile nella definizione della nuova cittadinanza, l'impegno istituzionale rivolto alla affermazione dei diritti della persona come diritti fondamentali irrinunciabili, al tempo stesso garanzia di un ordinamento autenticamente democratico e baluardo alla dilagante imperiosità della mercificazione degli interessi.

Vero è che la scansione del discorso è da imputare a ragioni meramente organizzative: l'impegno che vorrei testimoniare va ben al di là della partizione delle sessioni di lavoro, in quanto riflette in tutta la sua ricchezza una coraggiosa attività intellettuale, un rigore etico alieno da compromessi, una fiducia indelebile nelle ragioni del diritto, cioè nella "autorità dei diritti". È un impegno, a ben considerare, che si mantiene fedele a questi principi, a questi valori essenziali, e che per questo ci induce a cogliere un filo coerente in un programma di ricerca che pure si dirama in varie e multiformi direzioni, a testimonianza, ad un tempo, di una sensibilità culturale e di un rigore intellettuale di certo non comuni.

2. Il nostro è dunque un discorso che si fonda essenzialmente sul metodo, ed assume un andamento descrittivo ma anche critico, per uniformarci alla lezione che Stefano Rodotà ci impartisce nelle sue opere, nelle riviste che dirige, nelle iniziative che coltiva; mi riferisco, in particolare, a *Politica del diritto*, che copre ormai lo spazio di una generazione, alla *Rivista critica del diritto privato*, che data dal 1983, ai corsi che ha professato.

È un metodo che affonda le sue radici nel divenire storico degli istituti e delle regole, nella connessione tra le regole e i valori, nella intersezione del diritto con l'economia, la politica e l'etica, nella traduzione del diritto nella prassi istituzionale, soprattutto nella vocazione del diritto alla soddisfazione della domanda di giustizia e della tutela degli interessi deboli. È tutta qui la risposta all'interrogativo che proprio Rodotà poneva ai civilisti italiani convenuti nel 1989 al congresso di Venezia: se lasciar cadere lo statuto forte della scienza giuridica oppure tentare un'altra strada, quella che porta a ritenere che "(l)uso degli strumenti giuridici non sia esercizio dell'indifferenza, ma giudizio, e che i principi fondativi di questo debbano in qualche modo essere ritrovati, o ricostruiti. In un tempo nel quale si riapre la discussione e si dichiarano nuovi diritti fondamentali, e proprio per ciò si controverte intorno al ruolo delle corti costituzionali, possono i giuristi praticare la politica non solo dell'indifferenza, ma della registrazione pura dell'esistente?"

Le premesse fondative di questo metodo si possono collocare già all'inizio della sua speculazione: mi riferisco a quegli autentici manifesti culturali che sono racchiusi nelle dirompenti pagine di *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile* (la prolusione maceratese al corso di Diritto civile dell'anno accademico 1966-1967), riprese nelle *Ipotesi sul diritto privato* del 1970, nell' *Editoriale* del primo numero di *Politica del diritto* e in *Tecniche privatistiche e controllo sociale* del 1971; idee ulteriormente affinate nella *Relazione di sintesi* svolta al convegno su *Il metodo della ricerca civilistica* organizzato dalla *Rivista critica* nell'autunno del 1988, e nelle *Riflessioni sulle riflessioni dei privatisti*, del 1998, che riflettono, come lo "specchio di Stendhal", i tanti volti della modernità.

È una ricerca che promuove, accompagna e orienta l'evoluzione del diritto civile apprezzandone la valenza normativa, sociale e politica.

Il diritto civile della tradizione diviene un "laboratorio", per ricordare il titolo di un'altra iniziativa editoriale, il *Labora-*

*torio politico*, frutto di una stagione breve ma vivace nel panorama degli anni Ottanta, e per richiamare un termine ricorrente nel vocabolario di Rodotà. In questo laboratorio la prospettiva storica, il fondamento costituzionale, le finalità liberali – dovrei dire più correttamente "libertarie" – e la coscienza sociale concorrono a definire il ruolo del giurista quale critico delle strutture normative esistenti, quale soggetto propulsivo di una mediazione più compiuta ed equa degli interessi in conflitto, quale forgiatore degli strumenti di controllo della democrazia e della società civile. Quel giurista che, lungi dall'appagarsi di geometriche astrazioni, assume il proprio lavoro come un compito; vorrei dire, senza indulgere a toni retorici, come una missione.

Il lavoro del civilista deve dunque affiancare il lavoro del legislatore e il lavoro del giudice: è una scelta di metodo che Rodotà faceva propria, con accenti premonitori nella relazione presentata alla tavola rotonda organizzata nel 1966 a Camerino sul tema dei rapporti tra diritto pubblico e diritto privato nel diritto dell'economia

*(...) Le modifiche qualitative – aveva modo di osservare in quella circostanza – devono investire anche l'attività dei giudici, la struttura delle leggi, la preparazione delle riforme. Il sistema di coordinamento degli interessi (...) esige una partecipazione più diretta del giudice, al quale non si chiede soltanto di applicare una legislazione di tipo regolamentare, ma di giudicare intorno ai comportamenti secondo criteri elastici, manifesti nella legislazione civile o ricavati da una espansione dei principi costituzionali. D'altra parte, è la stessa legge a dover mutare struttura e modo di formulazione, attribuendo più larga parte proprio a quei criteri elastici o clausole generali. E la riforma legislativa, in tale prospettiva, non si presenta più come impresa che possa esser portata a compimento con gli strumenti tradizionali, ma esige essa stessa la messa a punto di nuovi e diversi strumenti istituzionali".*

Nel delineare i compiti del diritto privato, in una Germania risorta dalle ceneri della dittatura, Ludwig Raiser si affidava al principio di eguaglianza e agli altri valori poi consacrati nella Legge fondamentale di Bonn.

Agli occhi di Rodotà il compito del giurista è più complesso e perciò irto di difficoltà: certo già nella trama delle norme vigenti si possono rinvenire, con l'ausilio dell'ermeneutica, i valori e gli strumenti utili a rivalutare la posizione della persona nell'ordinamento, a sottrarla alla morsa del mercato, così come alla ristrettezza dei dogmi, per operare fattivamente in un "sistema normativamente chiuso ma conoscitivamente aperto".

Tuttavia, privato delle costanti e solide categorie ordinanti consegnate dalla tradizione il giurista di oggi si trova immerso nelle contraddizioni del reale, che deve ricondurre a ragione e sistema.

Il compito del civilista richiede perciò un lavoro sperimentale: tendere la norma fino al massimo, per sfruttarne tutte le opportunità, apprezzarne l'elasticità, rivalutare le clausole generali, ricorrere ad una interpretazione realistica per non trascurare gli interessi sottostanti alle forme, e finalmente proporre nuove norme, ma solo quando il tentativo di raggiungere l'obiettivo della "compatibilità dei valori" dovesse rivelarsi infruttuoso. Questa sperimentazione non è tuttavia fine a se stessa, dovendo essere associata "ad una adeguata ricostruzione dei principi fondanti del sistema".

3. In questa formula si può dunque condensare il suo insegnamento: il compito del civilista consiste nell'essere al tempo stesso precursore del cambiamento e modellatore

dell'adattamento, non all'insegna dell'arbitrio ma entro la cornice dei principi che connotano l'esperienza ricostruita in "sistema".

Quali sono i suoi interlocutori? A chi è diretta questa fine riscoperta dei segni e la costruzione delle tecniche per decifrarli? Il suo discorso è parimenti rivolto alla scienza giuridica ufficiale, ai giudici e al legislatore, e si avvale di tutti i veicoli di comunicazione, di tutti i generi letterari, di tutte le iniziative di discussione, anche occasionali, per renderla percepibile.

È un dialogo che supera ovviamente i confini nazionali: si intreccia per anni con quello di John Merryman, di Guido Calabresi, di Spiros Simitis, con i colleghi della Stanford University e dell'All Souls College di Oxford.

Il confronto e il rapporto dialettico che si può idealmente istituire con le esperienze di altri sistemi e di altri mondi culturali dà linfa vitale alla ricerca e alla valutazione critica. Ecco dunque gli studi sul diritto soggettivo nella Germania orientale, gli studi sulle clausole generali, la comparazione dei casi nella composizione del conflitto tra interessi proprietari e ragioni dell'industria, gli studi sulla codificazione e sui progetti di un "codice civile europeo". E poi gli studi sulla configurazione giuridica del corpo umano, sulla genetica, sul trattamento dei dati personali, sui diritti civili e la protezione dei consumatori. Il suo quadro di riferimenti si iscrive nella *Drittwirkung* delle norme costituzionali ai rapporti tra privati, nella valutazione sociologica di weberiana e giusrealistica memoria, nella "giuridificazione" degli interessi negletti.

Ma per non appiattare un discorso che potrebbe apparire troppo sintetico e semplicistico, mi sembra appropriato dedicare qualche considerazione ancora al ruolo del nostro Maestro nel rinnovamento del diritto civile.

4. All'inizio, certamente, l'insegnamento di Emilio Betti e di Rosario Nicolò, figure luminose, pur tra loro così diverse, possono porsi alla base della sua formazione. Nell'individuare i fondamenti dogmatici degli istituti rivisitati (la proprietà, la responsabilità civile, il contratto) Betti e Nicolò, Barassi e Vassalli, Pugliatti e Stolfi, Branca e Orestano, per menzionarne solo alcuni, costituiscono il solido fondamento culturale in cui affonda le proprie radici un discorso che investe via via i cultori dell'Esegesi, i Pandettisti, i formalisti del primo dopoguerra; ma sono soprattutto i protagonisti della cultura francese dell'Ottocento e del Novecento ad incidere decisamente su queste prime scelte di campo. A cominciare da Gény, il grande Gény, del quale siamo tutti debitori (un Gény da rivedere, come ci ha suggerito Paolo Grossi nel suo volume su *Assolutismo giuridico e diritto privato*).

Sono interlocutori di diversa provenienza: essi emergono non solo dal diritto civile, e neppure soltanto dalla letteratura giuridica *tout court*, come ci rivelano, ad esempio, gli studi sulla proprietà in cui il pensiero degli scrittori della Francia rivoluzionaria e il dibattito dei Puritani costituiscono le fonti primarie nella ricostruzione della tavola dei valori che segna il distacco della concezione moderna del "terribile diritto" dalla concezione quiritaria e dalla concezione medievale.

In anni di algido formalismo è una proposta coraggiosa che rivela una raffinata sensibilità culturale, e anche letteraria. Sì, perché la concezione metodologica di Rodotà sollecita il giurista a ricomporre con intelligenza e curiosità le diverse componenti del mondo intellettuale: l'Auerbach di *Mimesis* e il Musil de *L'uomo senza qualità*, sono solo due tra i molti riferimenti che occhieggiano tra le note a pie' di pagina delle sue opere.

Questo progetto culturale può dirsi già compiutamente delineato nell'arco di un decennio, compreso tra il 1960, con la pubblicazione delle *Note critiche in tema di proprietà* e il 1971, con il saggio su *Elaboratori elettronici, strutture amministrative e garanzie della collettività*.

Credo che si possano inscrivere in questo progetto tutte le opere successive, dalle voci enciclopediche alle monografie ai trattati che hanno fatto di Rodotà un protagonista della vita culturale del nostro Paese.

Quel passato oggi ci sembra lontano, ma non per le idee manifestate, che conservano la loro intatta freschezza, quanto per la difficoltà che incontrarono nel radicarsi e sedimentare. Si tratta di un arco di tempo singolare, perché si colloca proprio nella fase di transizione in cui si registrano in Italia grandi trasformazioni non solo nella dimensione politica, economica e sociale, ma anche nella dimensione culturale. È una fase di crescita, in cui esplodono le contraddizioni, in cui le forme giuridiche – così come erano state concepite e attuate – si rivelano largamente insufficienti a governare la modernità. La carica innovativa del suo pensiero non trascura la tradizione, intesa come esperienza del diritto. È il diritto civile nel senso più nobile della parola il lido da cui muove l'avventura culturale di un giovanissimo Stefano Rodotà.

5. Proponendo questa lettura del suo programma mi si potrebbe imputare di voler compiere una duplice falsificazione: per un verso riassorbire nel decennio considerato tutte le potenzialità del suo messaggio – il che non è, ovviamente, poiché non è mia intenzione sminuire i successivi arricchimenti e i nuovi traguardi del suo progetto; per altro verso sublimare il ricordo degli anni del suo insegnamento genovese, quei quattro anni (dal 1968 al 1972) che ci videro suoi studenti, laureati e collaboratori. Questo, lo ammetto, può essere vero.

Ma vorrei tornare al progetto culturale originario di Stefano Rodotà. Lo sfondo storico e il dettato costituzionale stanno alla base delle *Note critiche*. Siamo al 1960. Il superamento dei dogmi, e l'ammissione della responsabilità per la lesione di interessi legittimi sono l'oggetto della relazione che Rodotà (insieme con Nicolò) predispone per il convegno degli amministrativisti del 1963; dovranno trascorrere ben sette lustri per arrivare alla pronuncia con cui la Suprema Corte finalmente sancirà la cittadinanza giuridica di questo tipo di danno. Al 1964 appartengono alcune sintetiche considerazioni sul principio di buona fede, gli *Appunti* affidati al *Foro padano* diretto da Giuseppe Stolfi. Discutendo un arresto della Cassazione e muovendo dalle pagine di Gino Gorla, Rodotà delinea un nuovo modo di concepire le clausole generali, svincolato dalla "reticenza a servirsi di esse" e orientato a dare vita ad un principio che "esprime una delle idee fondamentali della nuova legislazione" e appare applicazione del limite costituzionale della solidarietà.

Sempre al 1964 appartiene il saggio sulla responsabilità civile. L'intero istituto è rivisitato in una ottica problematica (e *pour cause* si intitolerà *Il problema della responsabilità civile*). La lettura restrittiva della clausola generale dell'ingiustizia del danno, già peraltro contestata da Rodolfo Sacco e Piero Schlesinger, è definitivamente superata; il criterio di imputazione della responsabilità viene fondato non più sull'esclusivo principio della colpa, ma sui criteri di collegamento fondati sulla proprietà, sulla custodia, sulla committenza, e così via. Passeranno decenni prima che la Corte di Cassazione possa convincersi che vi può essere responsabilità

senza colpa e che l'art. 2043 non è norma secondaria, meramente ricognitiva della tutela di interessi già protetti da altre disposizioni, ma norma primaria, e perciò stessa priva di insospettabili potenzialità.

Del 1965 è un altro saggio, destinato agli Studi in onore di Edoardo Volterra, *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 C.C.*, anticipazione della ricerca su *Le fonti di integrazione del contratto*, che vedrà la luce in veste monografica nel 1969. Ancora una volta una clausola generale viene richiamata alla vita dal suo oblio nel diritto contrattuale provincia nella quale i rapporti fondati sull'autonomia privata apparivano pressoché intangibili, del tutto impermeabili alle fonti eteronome di regolamentazione. Lo "Stato ficcanaso" – così si esprimeva Domenico Rubino – non poteva arrogarsi il potere di penetrare nella sfera sacrale della volontà dei singoli. Solidarietà, equità, formule fino ad allora esili, quasi evanescenti, se non addirittura pericolose, si ravvivano nelle pagine sulle fonti di integrazione, sino ad acquisire specifici significati precettivi. Anche in questo caso occorreranno decenni perché la Corte di Cassazione ne prenda coscienza, e tutti siamo consapevoli di quanto sia difficile ancor oggi, scavando nei repertori di giurisprudenza, individuare qualche applicazione dell'art. 1175 e dell'art. 1374 in funzione integrativa. Il diritto civile tradizionale, pur sempre rivisitato con acume e intenti ricostruttivi, è indagato, nello stesso torno d'anni, con riguardo all'atto di gradimento, alla dazione in pagamento, alla diligenza, all'espromissione, e ancora alla proprietà (indagini, queste ultime, che troveranno una più compiuta veste con la pubblicazione de *Il terribile diritto*, nel 1981).

L'osservatore poco avvertito, inteso a cogliere solo apparenze senza preoccuparsi di acuire lo sguardo per penetrare la superficie, potrebbe riscontrare una sorta di contraddizione tra la spinta verso una modernità prorompente ed esigente, e l'indugio su temi tecnicamente così complessi che, salvo per lo standard della diligenza o i profili della proprietà, non parrebbero prestarsi ad una lettura innovativa. Ma così non è, perché il giurista deve saper "rimanere nel solco della tradizione", deve saper ritessere la tela del dialogo con i suoi predecessori oltreché con i suoi contemporanei per poter essere giurista a tutto tondo, giovandosi di tutti gli indirizzi interpretativi e di tutti i metodi di analisi più affidabili.

"Rimanere nel solco della tradizione" è una disciplina alla quale si mantiene fedele il giurista che voglia innovare il diritto senza trascendere nel "meta-diritto": è il connotato che lo stesso Rodotà ravvisa nelle scelte intellettuali di Paul Vinogradoff, di cui, nel 1965, cura la traduzione dell'opera più nota e più significativa: *Il senso comune nel diritto* inserita nel pantheon della collana *Civiltà del diritto* curata da Calasso e Mercadante. Forte degli studi antropologici, armato di intenti pedagogici, fiducioso nello spirito pratico e popolare delle regole giuridiche, Vinogradoff propone una rilettura dell'intero impianto del sistema inglese che diventa anche una narrazione semplice e compiuta del fenomeno "diritto". Vinogradoff tratta degli aspetti sociali delle norme giuridiche, trascorre dal fatto all'atto giuridico, indaga la *case law* – un portentoso pilastro di un ordinamento tecnicamente complesso e difficilmente riducibile a sistema – discute la funzione del precedente giudiziario, dell'*equity* e del diritto naturale. La sua fiducia negli strumenti giuridici assomiglia molto, e non a caso, a quella che Stefano Rodotà manifesta nel suo diuturno lavoro.

Questa fiducia negli strumenti giuridici – risponde Rodotà – «può ricordarci che nessuna rivoluzione sociale può veramente

compiersi senza consapevolezza degli strumenti giuridici che impiega, e che soltanto l'ignoranza o il cinico abbandono possono far ritenere che, nei nostri tempi, al diritto sia riservata soltanto una oscura ed indifferente funzione tecnica».

Arriviamo dunque alla fine del decennio destinato al programma, cioè al 1971, anno nel quale compare il saggio sugli *Elaboratori elettronici*, in cui la sua capacità di cogliere i segni stimolanti del cambiamento si coniuga con la preoccupata denuncia delle insidie e dei pericoli che i rapporti civili e i rapporti del cittadino con la pubblica Amministrazione derivano dall'uso delle nuove tecnologie informatiche.

Insomma, il cultore del diritto civile non si può accontentare di ricostruire il sistema, né di individuare nel suo corpo le tecniche di controllo sociale, dovendo piuttosto capire come quel sistema sia frantumato dalla realtà che si viene delineando e possa essere ricomposto di momento in momento sulla base di una tavola di valori condivisi e garantisti.

Si deve quindi ripartire dalle fondamenta, dall'educazione e dalla formazione del giurista.

Ma come preparare i futuri giuristi a governare questa difficile realtà? Le pagine del *Foro italiano* del 1965 recano una concreta proposta di riordinamento degli studi della facoltà di giurisprudenza in cui Rodotà, insieme a Cassese, Conti, Craveri e Spantigati, prova a riformulare il piano di studi secondo un percorso ideale, consapevole del fatto che "un riordinamento degli studi non è un mero fatto tecnico: è lo strumento per indirizzare gli orientamenti metodologici e i contenuti della scienza giuridica nei decenni a venire". Si sottolinea qui l'esigenza di affiancare agli studi di storia del diritto gli studi sul metodo, di coniugare le lezioni *ex cathedra* con seminari immersi nella prassi giudiziaria, di moltiplicare le modalità di controllo della preparazione degli studenti con prove scritte, con colloqui e verifiche inter-annuali; ciò per realizzare il risultato di una maturazione compiuta in ambito universitario piuttosto che nell'isolamento della preparazione individuale, nel clima dialogico di una comunità societaria piuttosto che nell'asettico contatto di un esame di massa. Si definivano così – cinquant'anni or sono – modelli educativi che ancor oggi dopo aver registrato il fallimento di tante riforme, ci appaiono un miraggio.

Ma la situazione esterna – non solo quella interna – alle Università è così cambiata da allora. E come giuristi, come cultori del diritto civile, avvertiamo la pesante responsabilità di chi è consapevole di dover dispiegare il massimo impegno per adattare il sistema ad un mondo sempre più vorticoso, il cui il ritmo di evoluzione è così accelerato da apparire travolgente e inafferrabile.

6. Dove ci conduce questo impegno? Ci conduce all'esplorazione dei confini più distanti del nostro mondo immaginario: alla fondazione dei principi che regolano l'uso del corpo, delle cellule, delle tecniche riproduttive, del codice genetico; è il diritto inteso come strumento di difesa dalla mercificazione della persona, dalla riduzione dell'individuo a mero consumatore e dalla sua configurazione come automa disumanizzato nel mondo della tecnologia, che tutto riduce a numeri e dati: una *Metropolis* rinnovata, in cui la schiavitù fisica è sostituita dall'addomesticamento delle coscienze, da un Panopticon che non riveste neppur più le tinte tragiche descritte da Bentham e Orwell, ma si rivela non meno insidioso nelle accattivanti forme di un intrattenimento volgare.

Ecco perché l'insegnamento di Rodotà non si limita a rinnovare il metodo, non si confina entro i limiti di un contri-

buto intellettuale, ma si corrobora con l'impegno civile: la sua personale milizia per i diritti civili (espressione che proprio grazie a lui penetra nella cultura giuridica degli anni Settanta) eretti a nuova categoria dei diritti della persona, dopo quelli politici e sociali, fa sì che anche nell'ambito del diritto privato trovino cittadinanza i temi delle minoranze e delle differenze, della eguaglianza e della solidarietà, in una parola della *dignità* della persona. È una concezione laica, priva di ogni orpello mistico, come pure di ogni fondamento trascendente; è una concezione basata sulle categorie tradizionali del diritto, perché è attraverso la trama dei concetti usuali che si possono costruire nuovi percorsi con cui eliminare le discriminazioni, prevenire le prevaricazioni, vincere l'assedio permanente alla cittadella della democrazia. È la felice democrazia raffigurata nella Carta di cui si è dotata la Repubblica. È la democrazia che vive stagioni complesse e accidentate, raccontate con passione nell'affresco su *Libertà e diritti in Italia dall'Unità ai nostri giorni*, monitorata senza tregua attraverso la collaborazione a quotidiani ed ebdomadari, ricostruita nelle sue pieghe più riposte nei volumi recenti sui riflessi politici e sui pericoli derivanti alle democrazie moderne dalle nuove tecnologie.

Un'attività tanto più meritoria in questa fase di riflusso in cui le progressive conquiste sembrano dare non solo un segnale di arresto, ma addirittura di arretramento.

All'impegno scientifico, all'impegno civile si affianca l'impegno istituzionale: è appena il caso di menzionare le presentazioni delle relazioni annuali dell'Ufficio del Garante per ritrovare il filo conduttore del progetto culturale di cui ho parlato all'inizio; e il testo unico della normativa riguardante i dati personali, da lui ispirato, è la conferma che oggi siamo in presenza di un nuovo statuto della persona, non più affidato alle occasionali pronunce sul nome e sull'immagine, sulla riservatezza e l'identità personale, ma ad un autentico codice delle libertà personali nell'età dell'informatica e di Internet.

7. Vorrei allora concludere richiamando le sue pagine sul progetto di un *Codice per l'Europa*, la relazione presentata al convegno sui codici organizzato da Paolo Grossi a Firenze alle soglie del nuovo millennio ed ora pubblicate nei *Quaderni fiorentini*

La descrizione dei nuovi confini del diritto privato nella società moderna postula una sua complessiva rivisitazione nella dimensione europea. Deve abbracciare il diritto privato comunitario, il diritto interno di derivazione comunitaria, l'espansione dell'influsso del diritto comunitario sugli istituti del diritto civile tradizionalmente inteso, nonché i progetti di uniformazione e codificazione.

Il tema è congeniale al Nostro, dal momento che investe direttamente la nozione di "codice", la storia dei codici, il senso di una unificazione normativa in ambito europeo che affianchi l'unificazione di livello costituzionale, attualmente in corso di elaborazione.

È un tema sul quale si sono cimentati tanti civilisti. In questo contesto vorrei richiamare le preziose pagine scritte da Pietro Rescigno sul codice civile del 1942, e le più recenti considerazioni sulle diverse opzioni prospettate dalla Commissione delle Comunità europee nella Comunicazione n. 398 del 2001 a proposito della armonizzazione del diritto contrattuale europeo.

Rescigno osserva, tra l'altro, che *"la legge mercatoria, come normativa elaborata dagli operatori economici, non garantisce, ed anzi sicuramente pregiudica la co-*

*struzione di un diritto fondato sull'idea di parità, da perseguire nella misura più larga, delle parti contraenti"; neppure è sufficiente la promozione di un complesso di principi comuni che favorisca una crescente convergenza degli ordinamenti nazionali"; "la preferenza (...) va (...) espressa in favore di una normativa formulata a livello comunitario, sippure privilegiando il ricorso a regole di natura dispositiva e in ragione di tale indole adottando la fonte più conveniente (raccomandazione o direttiva, e in caso di regolamento lasciando alle parti la libertà di sottomettere le patteggiamenti alla disciplina)" (...).*

È un tema che mi trova particolarmente sensibile perché non riguarda solo il futuro della nostra identità culturale, che rischierebbe, se non potesse confluire in un codice unitario, di essere respinta sullo sfondo da altri modelli assistiti da un maggior credito e da una migliore conoscenza perché favoriti dall'essere espressi in lingue più diffuse della nostra, ma riguarda anche il futuro delle professioni legali, quella forense in particolare, astretta in un mercato che profitta di normative per l'appunto imposte dalla maggiore praticabilità dei modelli stranieri.

Le premesse da cui muove Rodotà non sono contestabili: l'idea di un codice come elemento cementante dell'unità nazionale e della identità di una collettività è tramontata già all'inizio del Novecento; l'idea di un codice come tavola dei valori borghesi conclusi nel diritto patrimoniale è anch'essa tramontata con l'erompere delle classi sociali estromesse dalla gestione del potere e della disciplina dei rapporti economici; l'idea di codice inteso come complesso di regole destinate a disciplinare i rapporti tra privati è tramontata con l'assunzione al livello costituzionale – è il modello di Weimar – di valori che erano precedentemente affidati alla legge ordinaria; l'idea di codice come norma stabile ed universale insensibile al mutamento dei tempi è tramontata con il progressivo erodersi dell'unità del diritto privato e nel suo frammentarsi in tante materie assoggettate a leggi più che speciali, transeunti; l'idea di codice come fonte primaria è tramontata in ragione del declino del monismo giuridico e dell'emergere di una più complessa articolazione delle fonti e della proliferazione dei centri di produzione del diritto.

A quale tipo di codice dunque si pensa quando si parla di un "codice civile europeo"? E prima ancora, è necessario ricorrere ad un "codice" per cementare l'unione dei Paesi europei? La giustificazione offerta dalla Commissione non sembra appagante, perché se il codice in programma fosse funzionale alla unificazione del mercato interno si evincerebbe che in sede comunitaria la concezione del diritto, in particolare del diritto privato, sarebbe apprezzata come puramente strumentale. Di più. Se il codice fosse funzionale all'unificazione europea, quella giustificazione strumentale al sistema economico risulterebbe superata da una funzione di natura squisitamente politica.

L'onestà intellettuale di Rodotà tuttavia non arresta il discorso ad una ricognizione critica delle iniziative in corso. Le argomentazioni contrarie ad una codificazione europea – l'annichilimento delle identità nazionali, la contestata legittimazione dei promotori di queste iniziative privi al momento di investiture ufficiali, l'impossibilità di importare un codice nei sistemi non codificati – gli appaiono tutte deboli e facilmente controvertibili.

Ed allora la domanda più intrigante è un'altra: in un'epoca nella quale la produzione del diritto privato obbedisce alla *de-regulation*, è frutto delle prassi, dei modelli contrattuali e dei codici di autodisciplina elaborati dagli stessi operatori, insomma è frutto di una ormai diffusa tendenza a "privatizzare

i processi di produzione del diritto”, ha un senso proporre di codificare in modo uniforme e imporre in via autoritativa regole che ormai sembrano sfuggire ad ogni intervento dall’alto? In un’epoca in cui il diritto assume sempre più i caratteri della flessibilità e della mitezza, ha senso pensare ad un testo destinato di per sé a rimanere fermo nel tempo? E si può circoscrivere questo intervento soltanto alle relazioni che hanno contenuto economico?

Per rispondere a questi interrogativi – seguendo il filo del ragionamento di Rodotà – occorre tener conto della realtà attuale, che è informata al processo di commercializzazione dei rapporti su scala globale, ed è quindi svincolata dal riferimento alla territorialità; nel contempo, esprimendo una inevitabile contraddizione, è informata all’individualismo più crudo. È la società indagata da Norbert Elias, è la società orizzontale che ci ha descritto Lawrence Friedman, è la società costretta a vivere nella “modernità liquida”, per usare le categorie di Zygmunt Bauman. In questo mondo, il baluardo che rimane, di fronte ad una società senza terra, è il *nomos* dei diritti individuali: sono i diritti della persona, intesi come diritti fondamentali, liberati dal vincolo della sovranità popolare ma pure dal vincolo della sovranità nazionale.

Ecco allora che un codice civile europeo può avere un significato diverso e nuovo rispetto a quello assegnato ai codici della tradizione; può rivestire un alto valore morale, oltre che politico, se ad esso si assegna il compito di superare i confini economici dei rapporti tra privati e di divenire fattore di razionalizzazione dei rapporti; più propriamente di “democratizzazione della regolazione giuridica del mondo globalizzato”. I diritti fondamentali garantiti dal codice non

solo rafforzano la loro universalità ma pure la loro “visibilità”. Per poter offrire attendibili garanzie, un codice così inteso deve provenire dall’alto, da una autorità corredata di legittimazione e al tempo stesso degli strumenti di sanzione. Ciò per impedire che un codice di questo tipo sia posto nel nulla dalle deroghe pattizie. Un testo di tal fatta non può che essere composto di principi, per evitare “la tensione tra realtà mobile e regole irrigidite”.

È un compito difficile ma non impossibile, come auspica nelle sue risoluzioni il Parlamento europeo.

Siamo nel vivo dell’attualità, ma anche all’interno di un sogno che mi auguro possa divenire realtà.

Quando all’inizio sottolineavo lo straordinario contributo dato da Stefano Rodotà all’analisi critica del diritto civile e alla rifondazione delle sue strutture, volevo proprio ricollegare il suo programma culturale ai più recenti risultati della sua riflessione.

Quel programma – cito ancora dalla prolusione maceratese – si apriva con parole memorabili che vorrei porre all’insegna di queste giornate di studio:

*“Con quale spirito lo studioso del diritto civile deve oggi muovere verso le frontiere della sua scienza? Nei tempi nuovi, di certo, non gli si addice la tranquilla coscienza di chi è pago della saldezza e dell’armonia delle costruzioni edificate dai suoi predecessori, ma l’animo ardito ed inquieto di chi si accinge a percorrere intero un difficile cammino di metodi e di esperienze”.*

È con questo animo che vorrei testimoniare al Maestro che ci ha lasciati la mia devozione e la mia infinita gratitudine: tra le cose belle della mia vita spiccano il suo insegnamento, la sua frequentazione, la sua amicizia, e non lo dimenticherò mai.

## Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

# Sentenze per esteso

T.A.R. Liguria, sez. II, ord. 29 marzo 2017, n. 263 – Pres. Pupilella - Est. Morbelli - Amt Azienda Trasporti e Mobilità S.p.A. (Avv.ti Mauceri e Momigliano), Atc Esercizio S.p.A (Avv. Mauceri), Atp Esercizio S.r.l. (Avv. Mauceri), Riviera Trasporti S.p.A. (Avv. Mauceri) e Tpl Linea S.r.l. (Avv.ti Mauceri e Romani) c. Atpl Liguria (Avv.ti Pericu e Bettini) e Regione Liguria (Avv.ti Sommariva e Baroli).

**CONTRATTI pubblici – gara per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico – impugnazione degli atti di gara – operatore economico che non ha partecipato alla gara – legittimazione ad agire – omesso riconoscimento – possibile contrasto con le norme UE – rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea.**

(Art. 267 TFUE; art. 1, parr. 1, 2 e 3, art. 2 par. 1 lett. b) dir. n. 89/665 CEE; art. 9 e 14 l. r. Liguria n. 33/2013; art. 100 c.p.c.)

È rimessa alla Corte di giustizia dell'Unione Europea la seguente questione pregiudiziale: “Se gli artt. 1, parr. 1, 2 e 3, e l'art. 2, par. 1, lett. b), della direttiva n. 89/665 CEE, avente ad oggetto il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, ostino ad una normativa nazionale che riconosca la possibilità di impugnare gli atti di una procedura di gara ai soli operatori economici che abbiano presentato domanda di partecipazione alla gara stessa, anche qualora la domanda giudiziale sia volta a sindacare in radice la procedura, derivando dalla disciplina della gara un'altissima probabilità di non conseguire l'aggiudicazione”. (1)

**(1) Il T.A.R. Liguria dialoga con la Corte di giustizia (quid iuris circa la legittimazione ad agire dell'operatore economico che non ha partecipato alla gara?).**

Con l'ordinanza in commento il Tribunale amministrativo regionale della Liguria rimette alla Corte di Giustizia dell'Unione europea una questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE (1).

La vicenda trae origine dal ricorso per l'annullamento degli atti della gara indetta per l'individuazione degli operatori economici cui affidare il servizio di trasporto pubblico nel territorio della Regione Liguria proposto da parte di alcuni soggetti che non avevano preso parte alla gara medesima.

Le società ricorrenti, infatti, pur non avendo partecipato alla procedura, ne impugnano gli atti, censurando in particolare le modalità di effettuazione della gara che, alla luce della legge regionale 7 novembre 2013 n. 33, affidava il servizio per l'ambito territoriale ottimale a base regionale e in un unico lotto. Nel caso di specie il ricorrente era gestore uscente del servizio in ambito provinciale e lamentava che una siffatta disciplina di gara, con un dimensionamento su base regionale del servizio e con l'affidamento dello stesso con unico lotto, avrebbe reso certa o altamente probabile l'impossibilità di conseguire l'aggiudicazione della gara.

Con precedente ordinanza (2), il Tar Liguria aveva già sol-

levato due questioni di legittimità costituzionale proprio in relazione alla normativa regionale posta a fondamento della procedura di gara. In particolare, si era trattato degli artt. 9 co. 1 e 14 co. 1 della predetta legge regionale n. 33 del 2013 sul presupposto che la disciplina delineata in tali disposizioni avrebbe violato la normativa statale di riferimento sul dimensionamento degli ATO e sulle modalità di affidamento del servizio (3).

Con sentenza 22 novembre 2016, n. 245, la Corte costituzionale dichiarava la questione inammissibile in ragione del difetto di rilevanza. Preso atto della modifica normativa della legge regionale intervenuta nelle more del giudizio (4), la Corte non procedeva però alla restituzione degli atti al rimettente sul presupposto che lo *ius superveniens* non avrebbe, in ogni caso, inciso sul giudizio *a quo* che continuava ad essere disciplinato dalla normativa vigente al momento dell'adozione dei provvedimenti amministrativi di cui si discute, secondo il principio *tempus regit actum*.

La Corte fondava invece la sua decisione sul rilievo del difetto di legittimazione a ricorrere delle imprese che, come detto, non avevano partecipato alla gara (5). Infatti, secondo la Corte, anche in base ad un consolidato indirizzo della giurisprudenza amministrativa, la mancata partecipazione non permette di individuare in capo ad essa una situazione giuridica diversificata necessaria e sufficiente a poter contestare in radice la procedura di gara posta in essere, ma un semplice interesse di fatto. A fronte di tale pronuncia, il Tribunale amministrativo ligure, pur dopo la modifica normativa intervenuta nelle more del giudizio che ha fatto venire meno gli elementi lesivi lamentati dalla ricorrente, ritiene di dover effettuare il rinvio alla Corte di giustizia, considerato che permane l'interesse alla corretta interpretazione delle norme in punto di legittimazione ad agire e conseguente ammissibilità del ricorso.

Infatti, a seguito della pronuncia della Corte costituzionale, posto che l'indirizzo in quella sede proposto ha trovato applicazione in ancora di recente nella giustizia amministrativa (6), il Tar ha ritenuto che occorra dirimere gli eventuali dubbi in considerazione della possibilità che si venga a delineare e consolidare un diritto vivente che risulti restrittivo della tutela del diritto alla concorrenza. D'altra parte, viene posto in luce come un'interpretazione in un senso o nell'altro determini rilevanti e significative conseguenze sul piano dell'esito del giudizio con particolare riferimento alla decisione in merito alla ripartizione delle spese del giudizio.

Con riferimento all'oggetto del rinvio pregiudiziale, il Tar si sofferma innanzitutto sul quadro normativo interno, prendendo in considerazione l'art. 100 c.p.c. (a cui occorre fare rinvio alla luce dell'art. 39 co. 1 c.p.a.) secondo cui “per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse”. Tale disposizione, tuttavia, deve essere letta alla luce del diritto vivente, nell'interpretazione che la giurisprudenza amministrativa ha attribuito ad essa con particolare riferimento all'ambito delle procedure ad evidenza pubblica. Con riferimento all'esigenza di riscontrare un interesse al fine di poter accedere alla tutela giurisdizionale, la giurisprudenza amministrativa ha ripetutamente affermato che tale interesse deve individuarsi laddove il soggetto ricorrente sia titolare di una situazione differenziata, e dunque

meritevole di tutela, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione.

A fronte di tale principio, tuttavia, la stessa giurisprudenza ha individuato talune eccezioni (richiamate anche dalla Corte costituzionale per escludere che si ricadesse in uno di questi casi) che ammettono, dunque, l'impugnazione degli atti della procedura anche al soggetto che non partecipa alla gara: ciò può avvenire quando sia posta in contestazione in radice l'indizione della gara, quando si contesti che sia mancata la gara (a causa di affidamento diretto da parte dell'amministrazione aggiudicatrice) o qualora si impugnino le clausole del bando che si ritengono direttamente escludenti (7).

Sul piano della normativa comunitaria, sebbene non vi siano disposizioni che direttamente disciplinano la legittimazione ad agire o l'interesse ad agire, vengono in luce due articoli della direttiva 89/665 CEE (c.d. direttiva ricorsi) che impongono agli Stati di garantire che le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici in materia di appalti possano essere oggetto di un ricorso efficace e rapido (art. 1 par. 1 terzo periodo), che non vi sia alcuna discriminazione tra le imprese qualora si debba far valere un pregiudizio in una procedura per l'aggiudicazione di un appalto (art. 1 par. 2) e che le procedure di ricorso siano accessibili a chi avrebbe avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione (art. 1 par. 3); a ciò si aggiunge (art. 2 par. 1 lett. b), in applicazione del principio di effettività, che i provvedimenti nelle procedure di ricorso debbono prevedere poteri che consentano di annullare o far annullare le decisioni illegittime.

Ora, sul piano delle possibili conseguenze sul giudizio *a quo*, è evidente che l'eventualità o meno di ricadere in una delle eccezioni sopra menzionate e, al contempo, l'eventuale ampliamento della legittimazione agli operatori che non abbiano partecipato alla gara, determina effetti sul piano della pronuncia adottata dal giudice amministrativo (e nello specifico, dal giudice *a quo*).

Infatti, qualora dovesse essere avallata l'interpretazione secondo cui l'impugnazione degli atti di gara proposta da soggetto non partecipante alla medesima rientra fra le ipotesi eccezionali di legittimazione, il giudizio in questione, in conseguenza della modifica delle disposizioni che costituivano la base legale della procedura e della successiva decisione dell'amministrazione di non dare seguito alla gara, dovrebbe avere come esito una pronuncia di cessata materia del contendere con la conseguenza che le spese del giudizio sarebbero poste a carico dell'amministrazione resistente.

In caso contrario, se si ritenesse che l'operatore economico che non abbia partecipato alla gara non possa in tale circostanza impugnare gli atti della medesima, si dovrebbe adottare una pronuncia di inammissibilità per difetto di legittimazione, con conseguente ripartizione delle spese a carico delle parti ricorrenti. Il Tar sottolinea, però, che una tale interpretazione renderebbe difficile l'esercizio effettivo della tutela giurisdizionale. Infatti, se il soggetto ricorrente è costretto

al pagamento delle spese processuali in ogni caso, sarebbe scoraggiato nella proposizione di azioni simili, anche qualora, come accaduto nel caso di specie, al seguito della proposizione del ricorso e del successivo giudizio di legittimità costituzionale, il legislatore abbia ritenuto di provvedere alla modifica della disciplina *de qua*.

In ogni caso, dalla pronuncia della Corte di Giustizia non potranno che derivare importanti chiarimenti circa la legittimazione ad agire nell'ambito delle controversie in tema di appalti, un settore particolarmente coinvolto nel dialogo tra la giustizia amministrativa e quella dell'Unione.

**Andrea Macchiavello**

**Note:**

(1) A seguito della rimessione degli atti alla Corte di giustizia, la causa è stata incardinata con il numero C-328/17.

(2) Si tratta dell'ordinanza Tar Liguria 21 gennaio 2016, n. 64 (errorneamente indicata, nell'ordinanza in commento, come ordinanza 21 gennaio 2016 n. 95).

(3) In particolare, nell'ordinanza di rimessione, si riteneva non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 9 e 14 per violazione, in primo luogo, dell'art. 117 co. 2 lett. e) ed s) per aver la Regione adottato una legge provvedimento in una materia attribuita alla competenza esclusiva statale, ove pertanto la competenza della Regione era esclusa salva la possibilità di esercitare competenze amministrative; in secondo luogo, con riferimento all'art. 97 e all'art. 117 Cost. per contrasto con le norme interposte (nella specie, per l'art. 9 l.r. 33/2013, l'art. 3 bis d.l. 138/2011; per l'art. 14 l.r. 33/2013, l'art. 3 bis d.l. 138/2011 e gli artt. 2 co. 1 bis e 30 del d.lgs. 163/2006).

(4) Gli artt. 9 e 14 l.r. 33/2013 sono stati modificati rispettivamente dagli artt. 8 e 14 della l.r. 9 agosto 2016 n. 19.

(5) La Corte osserva, peraltro, che non rientra ordinariamente nelle sue competenze la valutazione dell'interesse a ricorrere e degli altri presupposti concernenti la legittima instaurazione del giudizio *a quo*, che rimane riservata al giudice rimettente, mentre avrebbe la possibilità di compiere solo una verifica «esterna e strumentale al riscontro della rilevanza della questione di legittimità costituzionale». Tuttavia, la Corte rileva anche che la motivazione del giudice *a quo* su tali presupposti può essere sindacata dalla Corte medesima solo laddove implausibile. Nel caso di specie, proprio in considerazione dell'interpretazione consolidata del giudice amministrativo in tema di legittimazione ad agire, la Corte ha ritenuto la motivazione del giudice *a quo* implausibile.

(6) In questo senso Cons. St., sez. IV, sent. 6 febbraio 2017, n. 481; Cons. St. sez. III, sent. 3 febbraio 2017, n. 474; Tar Milano, sez. IV, 13 aprile 2017, n. 861.

(7) In questo senso, ex multis, Cons. St., sez. III, 10 giugno 2016, n. 2507; Cons. St., sez. V, 30 dicembre 2015, n. 5862; Cons. St., sez. V, 12 novembre 2015, n. 5181. Cfr. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2015, p. 778 ss.; F. Caringella, M. Giustiniani, *Manuale del processo amministrativo*, Dike, 2017, p. 225 ss.

# Massime

T.A.R. Liguria, sez. II, 23 giugno 2017, n. 562 - Pres. Pupilella - Est. Morbelli - Y.W. (Avv. Taddei) c. Questura di Genova (non costituita)/Ministero dell'Interno (Avvocatura Distr.le Genova).

**STRANIERO - permesso di soggiorno - motivi di studio - requisiti per rinnovo - valutazione annuale - permessi di soggiorno pregressi - irrilevanza.**

(Art. 46, comma 4, d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394)

*Ai sensi dell'art. 46, co. 4, del Regolamento attuativo del T.U. Immigrazione, la valutazione dei requisiti del rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di studio (superamento di un numero minimo di esami di profitto) deve svolgersi con criterio annuale, non rilevando il computo dei periodi pregressi oggetto di permessi di soggiorno già scaduti.*

L.C.

T.A.R. Liguria - sez. I, ord. 31 maggio 2017, n. 135 - Pres. Daniele - Est. Peruggia - A. (Avv.ti Massa e Barabino) c. Ministero dell'Interno (Avvocatura Distr.le Genova).

**D.A.S.P.O. sportivo - pericolosità sociale - presupposto - legame con evento sportivo - necessità.**

(Art. 6, comma 1, L. 13 dicembre 1989, n. 401; T.A.R. Toscana, Sez. II, 20 dicembre 2016, n. 1792)

*Ai sensi dell'art. 6, co. 1, L. n. 401 del 1989 come modificato dal D.L. 119/2014, il divieto di accedere alle manifestazioni sportive (DASPO) può essere disposto per condotte sintomatiche di pericolosità che abbiano quale requisito esclusivo il legame con eventi sportivi.*

L.C.

# Documenti

## *Genova per noi (il caso Minzolini e la decadenza dalla carica parlamentare per incandidabilità sopravvenuta)*

**Francesca Bailo**

*Assegnista di ricerca in Diritto Costituzionale  
Università di Genova*

**Sommario:** 1. *I precedenti: i casi Berlusconi e Galan.* – 2. *Il caso Minzolini e la relazione della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari presso il Senato.* – 3. *Le questioni ancora sul tappeto.*

### **1. I precedenti: i casi Berlusconi e Galan.**

Dall'entrata in vigore del d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235, sia il Senato, sia la Camera dei deputati, sono stati chiamati a pronunciarsi, ai sensi dell'art. 66 Cost., sulla sussistenza di cause d'incandidabilità ostative alla convalida o al mantenimento delle cariche dei propri membri di appartenenza, dando luogo, peraltro, a decisioni parzialmente dissimili, se non anche diametralmente opposte.

In un primo caso, infatti, com'è noto, il Senato, approvando in data 27 novembre 2013 (1) la relazione della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari comunicata all'Aula il 15 ottobre 2013 (Doc. III, n. 1) (2), aveva deciso di non procedere alla convalida dell'elezione a senatore di Silvio Berlusconi, risultato eletto nella circoscrizione del Molise, in quanto il medesimo, nelle more della ridetta procedura, era stato condannato, in via definitiva, per il reato di frode fiscale (ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74) con sentenza della Cassazione, sez. feriale, n. 35729 del 1° agosto 2013 (3) che, nel confermare le decisioni già emesse nei precedenti gradi di giudizio, aveva però annullato la sentenza impugnata limitatamente alla statuizione relativa alla condanna alla pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici, trasmettendo gli atti ad altra sezione della Corte di Appello di Milano per la rideterminazione della medesima, poi pervenuta, a procedura parlamentare già avanzata, con sentenza del 29 ottobre 2013.

Malgrado la pressione determinata probabilmente dal caso di specie e l'esigenza di dare una prima puntuale applicazione alla innovativa "legge Severino" (4) – fattori, entrambi, che hanno necessariamente generato un'accelerazione dei tempi della decisione – la Giunta delle elezioni ha effettuato un'istruttoria a tutto tondo, analizzando, in particolare, le diverse eccezioni sollevate dalla difesa del parlamentare, inerenti alla natura stessa dell'istituto dell'incandidabilità e alla sua contestata retroattività rispetto a fatti commessi in una data antecedente all'entrata in vigore della disciplina, vagliando sinanco l'opportunità, da parte della medesima Giunta, della sollevazione di una questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea o, ancora, quella di attendere la decisione della Corte Edu adita dall'interessato (allo stato, peraltro, tuttora pendente (5)). Questioni, queste, ritenute tutte ampiamente provate e/o superate specie laddove la stessa Giunta, nella sua relazione

(6), pur riconoscendosi la natura di organo "geneticamente politico" e con funzioni garantistiche di verifica dei poteri, ha affermato che il potere alla stessa conferito non è del tutto discrezionale "giacché, se così fosse, il senso e la portata di una legge e di una sentenza definitiva potrebbero essere travolti da un punto di vista astrattamente persino irragionevole", chiarendo che "si tratta, piuttosto, di un controllo sulla verifica dei presupposti applicativi di una legge, che il sistema ha inteso riservare alle più rassicuranti regole «domestiche» di controllo parlamentare, aggiungendo che sarebbe "difficile immaginare che la Giunta possa travalicare la stabilità delle decisioni giudiziarie e la stabilità dei processi legislativi, ben sapendo che l'una e l'altra, la condanna e la legge, avrebbero potuto essere valutate in sedi più appropriate che non la verifica dei poteri ex articolo 66 della Costituzione". Argomentazioni, peraltro, solo parzialmente analoghe a quelle successivamente impiegate dalla relazione per la maggioranza formulata nella Giunta delle elezioni presso la Camera dei deputati (7), poi approvata dall'Aula in data 27 aprile 2016 (8), per proporre la decadenza dell'onorevole Galan a seguito di condanna definitiva per il reato di cui all'art. 319 c.p. (dopo che la stessa Camera aveva già autorizzato all'esecuzione nei confronti del medesimo deputato della misura cautelare della custodia in carcere), visto che in tale circostanza, pur procedendosi parimenti ad un'ampia istruttoria volta ad accertare la legittimità della retroattività della misura, l'ufficio di Presidenza, integrato dai rappresentanti dei gruppi, ha ritenuto, all'unanimità, sin da subito di conformarsi ai precedenti di contestazione dell'elezione a seguito di comunicazione, da parte dell'autorità giudiziaria, di una condanna alla pena accessoria dell'interdizione temporanea o perpetua dai pubblici uffici (9).

### **2. Il caso Minzolini e la relazione della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari presso il Senato.**

Diametralmente opposta è stata, invece, la decisione a cui è pervenuto, infine, il Senato (10) nello stabilire di non approvare la decadenza per incandidabilità sopravvenuta pure proposta dalla Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari per il senatore Minzolini (11), già eletto nella circoscrizione della regione Liguria. Ciò malgrado, analogamente ai due precedenti casi esaminati, l'interessato fosse stato condannato in via definitiva per il reato di peculato continuato alla pena di due anni e sei mesi di reclusione e alla misura dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici per un periodo della medesima durata con sentenza della Corte di Cassazione del 12 novembre 2015, n. 1511 che, nel rigettare il ricorso dell'imputato, aveva confermato la sentenza della Corte di Appello di Roma, in riforma della sentenza di assoluzione inizialmente pronunciata in prime cure.

Come emerge anche dagli atti della discussione in Aula, infatti, in detta occasione, sono probabilmente prevalse le argomentazioni, avanzate dal senatore specie nell'audizione presso la Giunta del 26 aprile 2016 ma anche nelle successive sedute (e condivise da più di un membro del ridetto organo parlamentare), volte a sostenere la sussistenza di un *fumus persecutionis* ai danni del condannato per la presenza nel

collegio giudicante di un magistrato già sottosegretario e poi parlamentare di una forza politica diversa (e opposta) rispetto a quella dell'interessato.

Parametro di giudizio che, tuttavia, come puntualmente ricostruito dalla stessa Giunta delle elezioni, non avrebbe, in linea di principio, dovuto aver alcun rilievo nel caso di specie, *in primis*, in quanto, nel rispetto del principio di separazione dei poteri, né alla Giunta medesima, né all'Aula, sarebbe spettato "un sindacato processuale ulteriore a quello già consolidatosi nelle sedi giudiziarie", non potendo l'attività di queste "interferire o sostituirsi a quella dell'autorità giudiziaria", ciò "al fine di non sconfinare in campi riservati all'esclusiva competenza dell'autorità giudiziaria" e non celebrare "un improprio ed anomalo quarto grado di giudizio". Ma poi anche, in secondo e terzo luogo, in quanto, da un lato, il *fumus persecutionis* era stato individuato dalla giurisprudenza parlamentare come parametro per vagliare le richieste, avanzate dall'autorità giudiziaria, di autorizzazione a procedere per l'esecuzione di misure cautelari o per l'utilizzo di intercettazioni di parlamentari, ma non anche per una procedura finalizzata all'accertamento della sussistenza di una causa d'incandidabilità sopravvenuta derivante da una sentenza definitiva di condanna e, dall'altro lato, in quanto lo stesso senatore non aveva ritenuto di formulare istanza di ricusazione nei confronti del magistrato già parlamentare, come del resto rilevato anche dal Sottosegretario di Stato per la giustizia nella seduta dell'Assemblea del 5 dicembre 2015 in risposta alle interpellanze presentate da alcuni senatori (12). A ulteriore conferma dell'imparzialità dell'autorità giurisdizionale giudicante, del resto, la stessa Giunta si era, altresì, richiamata alla giurisprudenza della Corte Edu pronunciatasi in relazione all'art. 6, comma 1, Cedu, la quale ha, com'è noto, al proposito adottato sia un approccio soggettivo, "diretto ad accertare la personale convinzione o l'interesse di un magistrato nel giudicare uno specifico caso" (13), sia un approccio oggettivo, "volto a determinare se il giudice abbia offerto garanzie tali da eliminare ogni legittimo dubbio circa la propria imparzialità" (14). Ciò anche se, poi, la stessa relatrice della Giunta, sen. Lo Moro, chiamata a esporre la propria relazione in Aula nella seduta del 16 marzo 2017, ha tenuto ad esternare una propria nota personale, esprimendo parole "di simpatia" per il senatore e rammaricandosi del fatto che il medesimo, dopo aver ritenuto di essere stato "maltrattato" da un ex parlamentare giudice, ora avrebbe dovuto "avere a che fare con un ex giudice parlamentare" (la sen. Lo Moro per l'appunto), che avrebbe dovuto concludere per la sua decadenza.

### 3. Le questioni ancora sul tappeto.

La più recente giurisprudenza parlamentare ora succintamente richiamata pone una serie di interrogativi, alcuni dei quali sono già ampiamente noti, mentre altri, essendo stati occasionati proprio dalla nuova disciplina in materia di incandidabilità parlamentari, sembrano del tutto nuovi e non pianamente dipanabili.

Tra i primi, vi è sicuramente l'opportunità di aver affidato alle Camere (e non all'autorità giurisdizionale o, comunque, ad un altro organo terzo ed imparziale), ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 235/2012, la deliberazione sull'accertamento, in sede di convalida o successivamente, dell'incandidabilità dei propri membri, adottando un'interpretazione estensiva/evolutiva di quanto statuito dall'art. 66 Cost. (e, in sua attuazione, dell'art. 87 del d.p.r. 30 marzo 1957, n. 361), con il ricomprendere le cause di incandidabilità in quelle di ine-

leggibilità: norma, quest'ultima, che, malgrado le numerose criticità più volte rilevate dalla dottrina (15), non sarebbe stata incisa neppure dal progetto di riforma costituzionale c.d. "Renzi-Boschi" poi bocciato in sede di referendum confermativo il 4 ottobre 2016.

Tuttavia, quel che in questa sede maggiormente interessa verificare, è comprendere la natura – ed eventualmente, la sindacabilità – del potere di deliberazione al proposito conferito alle Camere di appartenenza dei parlamentari, laddove le stesse Giunte per le elezioni di Camera e Senato hanno espressamente ritenuto che il loro compito fosse da ritenersi certamente politico ma "non del tutto discrezionale", limitato com'è da decisioni definitive di condanna pronunciate da autorità giurisdizionali e da un decreto legislativo, il d.lgs. n. 235/2012, volto a tutelare i beni costituzionali implicati dagli artt. 3, 51 e 54 Cost., come del resto confermato dalla stessa Corte costituzionale nel vagliare le questioni di legittimità costituzionale prospettate in ordine a diverse disposizioni del d.lgs. n. 235/2012 che pure riguardavano tutte le cariche elettive locali e regionali (16).

C'è, in definitiva, da chiedersi se l'autorità giurisdizionale, qualora la Camera di appartenenza del parlamentare condannato con sentenza penale in via definitiva nei casi e alle condizioni di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 235/2012 decida per la non decadenza del medesimo, possa dolersi del fatto che la stessa abbia fatto un "cattivo uso" del potere alla stessa attribuito ai sensi dell'art. 66 Cost. e, dunque, sia legittimata a sollevare un conflitto di attribuzione tra poteri dinanzi alla Corte costituzionale.

Ipotesi, questa, che potrebbe trovare un qualche sostegno alla luce dell'ormai consolidata giurisprudenza formatasi, sin dalla sentenza della Corte costituzionale n. 1150/1988, in relazione alle prerogative parlamentari di cui all'art. 68, comma 1, Cost., laddove si è chiarito che "il potere valutativo delle Camere non è arbitrario o soggetto soltanto a una regola interna di *self-restraint*", potendo incorrere in "vizi del procedimento" oppure in "omessa o erronea valutazione dei presupposti di volta in volta richiesti per il valido esercizio di esso". E, in effetti, malgrado, nel caso in esame, la stessa Giunta per le elezioni presso il Senato abbia ritenuto ultroneo il richiamo, fatto dalla difesa del senatore, al parametro del "*fumus persecutionis*", sarebbe forse quest'ultimo l'unico appiglio per la Camera di appartenenza per legittimare la propria discrezionalità nel deliberare al proposito, facendo, in tal caso, perno sulla propria giurisprudenza elaboratasi in ordine all'art. 68, comma 2, Cost. (17). Nel caso di specie, tuttavia, occorre segnalare che il Senato, dopo aver "salvato" il senatore, ha poi accettato le dimissioni dal medesimo presentate in data 28 marzo 2017 e, dunque, verosimilmente, sotto il profilo processuale, mancherebbe, *in limine*, quell'interesse "concreto ed attuale" tale da consentire una pronuncia di ammissibilità, in sede di prima deliberazione, del conflitto di attribuzioni così proposto.

Ciò posto, in ultimo, occorre segnalare che, se da più parti il caso ora in esame ha suscitato particolari discussioni per il fatto che non è stata preliminarmente accertata, sempre in sede parlamentare, la sopravvenuta incapacità elettorale passiva derivante dalla contestuale irrogazione dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici e si è, altresì, contestata la lunghezza dei tempi con cui si è provveduto a cancellare l'iscritto dalle liste elettorali del Comune di residenza anche ai fini dell'esercizio della capacità elettorale attiva, vi è stata almeno l'occasione per "sperimentare" un percorso giurisdizionale sino ad ora inesplorato.

Un'azione giurisdizionale è stata, infatti, promossa, da parte di una porzione del corpo elettorale, contro lo stesso senatore dinanzi al Tribunale di Roma, con l'obiettivo di far accertare e dichiarare il diritto degli attori-elettori a veder riconosciuto l'obbligo del medesimo senatore alla "restituzione di tutti gli emolumenti percepiti dall'amministrazione del Senato della Repubblica in quanto senatore della Repubblica, in misura da determinare nel loro esatto ammontare in separato giudizio anche per accertare l'entità delle somme ritenute per ragioni fiscali o trattenute ad altro titolo a far tempo dal 13 novembre 2015 [data in cui è stato emesso il dispositivo della sentenza definitiva di condanna] o, in via subordinata dalla data di pubblicazione della sentenza in data 17 febbraio 2016 e fino alla data della cessazione della carica per dimissioni o decadenza" (18).

Non resta, dunque, che attendere quali saranno gli esiti di detto ultimo giudizio che, anche per le novità, sia processuali sia sostanziali, che parrebbe introdurre, sembrano ancora del tutto imprevedibili e per nulla scontate, potendo, all'evenienza, segnare un approdo del tutto innovativo e significativo, nell'ambito di un rapporto tra elettori ed eletti che pare sempre più incrinato e ormai neppure particolarmente "coltivato" dai partiti e/o movimenti politici che più (e ancor prima) delle sedi giudiziarie sarebbero stati, per loro natura, i collettori ideali per scongiurare un tal genere di controversie.

#### Note:

(1) Al proposito, cfr. Senato, Resoconto stenografico, 142° Seduta, 27 novembre 2013, all'indirizzo telematico <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/728654.pdf>.

(2) Al proposito, cfr. la Relazione della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari comunicata alla Presidenza del Senato in data 15 ottobre 2013, Doc. III n. 1, Relatore sen. Stefano, all'indirizzo telematico <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/720901.pdf>.

(3) Il testo della menzionata sentenza è disponibile in *Consulta OnLine*, all'indirizzo telematico [http://www.giurcost.org/casi\\_scelti/Cassazione/sentenza\\_berlusconi.pdf](http://www.giurcost.org/casi_scelti/Cassazione/sentenza_berlusconi.pdf).

(4) Al proposito, e per maggiori approfondimenti, sia consentito rinviare a F. Bailo, *Capacità elettorale e Costituzione*, Napoli, 2015, 129 ss.; Id., *La c.d. "Legge Severino" sul tavolo della Corte costituzionale: partita chiusa o solo rinviata?*, in *Giur. it.*, 2016, 205 ss.; Id., *Una "pietra tombale" sulla "natura afflittiva" della limitazione dell'elettorato passivo*, in *Giur. it.*, 2017, 450 ss.

(5) Allo stato in cui si scrive, dell'*affaire Berlusconi c. Italia*, req. n. 58428/13, è stata data comunicazione in data 5 luglio 2016 (all'indirizzo telematico <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165247>) e, da ultimo, è stata fissata l'udienza di discussione presso la Grande Camera in data 22 novembre 2017.

(6) Il riferimento è alla Relazione della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari di cui *supra*, alla nota 2.

(7) Cfr. la Relazione della Giunta delle elezioni presso la Camera dei deputati comunicata alla Presidenza della Camera in data 14 aprile 2016, Doc. III, n. 1, Relatore per la maggioranza, on. Pagano, all'indirizzo telematico <http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2016/04/07/leg.17.bol0622.data20160407.com16.pdf>.

(8) Il Resoconto stenografico, Camera dei deputati, seduta n. 614 del 27 aprile 2016, pp. 116 ss., è disponibile all'indirizzo telematico <http://www.camera.it/leg17/410?idSeduta=0614&tipo=stenografico#sed0614.stenografico.tit00120.sub00030.int00010>.

(9) Può, al proposito segnalarsi, che la stessa Relazione della Giunta delle elezioni ha richiamato i casi Frigerio, nella XIV legislatura; Previti,

nella XV legislatura; Drago, nella XVI legislatura. Per maggiori approfondimenti sui ridetti casi, sia consentito rinviare, *amplius*, a F. Bailo, *Capacità elettorale e Costituzione*, cit., 261 s.

(10) Il Resoconto stenografico, seduta antimeridiana n. 787 del 16 marzo 2017, è disponibile all'indirizzo telematico <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/1009219.pdf>.

(11) Al proposito, cfr. la Relazione della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari comunicata alla Presidenza del Senato in data 27 luglio 2016, Doc. III, n. 2, relatrice sen. Lo Moro, all'indirizzo telematico <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/984412.pdf>.

(12) Il riferimento è alle interpellanze n. 2-00236, presentata dal senatore Paolo Romani ed altri, e n. 2-00325, presentata dal senatore D'Ascola ed altri.

(13) Il riferimento è stato, in particolare, a Corte Edu, sent. 15 dicembre 2005, *Kyprianou c. Cipro*, req. n. 73797/01, § 119; Id., sent. 24 maggio 1989, *Hauschildt c. Danimarca*, req. n. 10486/83, § 47, specie nella parte in cui si è affermata la presunzione dell'imparzialità dell'autorità giudiziaria, fino a prova contraria, nonché Id., sent. 26 ottobre 1984, *De Cubber c. Belgio*, req. n. 9186/80, § 25, laddove si è ritenuto che la valutazione dell'imparzialità del magistrato avrebbe potuto essere condotta, esemplarmente, alla luce della "hostilité ou malveillance" dimostrata o dall'aver ottenuto di istruire la causa "par des motifs étrangers aux règles normales de distribution des causes".

(14) Al proposito, si è richiamata particolarmente Corte Edu, sent. 28 ottobre 1998, *Castillo Algar c. Spagna*, req. n. 28194/95, § 45, secondo cui occorre domandarsi se, indipendentemente dalla condotta personale di un magistrato "certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier".

(15) Al proposito, *ex multis*, cfr. A. Pajno, *Fase preparatoria delle elezioni politiche e contenzioso elettorale. Verifica dei poteri, regolazione della giurisdizione e transizione italiana*, in *Corr. giur.*, 2008, 12, 1689 ss.; G. Piccirilli, *Contenzioso elettorale politico e verifica dei poteri: riflessioni sulla effettività della tutela procedimentale*, in *Rass. parl.*, 2006, specc. 824 s.; L. Trucco, *Contenzioso elettorale e verifica dei poteri tra vecchie - ma mai superate - e nuove questioni*, *ibidem*, specc. 828 s., nonché, più di recente, M. Cecchetti, *Il contenzioso pre-elettorale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in E. Catelani, F. Donati, M.C. Grisolia (curr.), *La giustizia elettorale*, Napoli, 2013, 5 ss.; L. Trucco, *La giustizia elettorale politica tra riforme mancate ed occasioni perdute*, *ibidem*, 357 ss. Più in generale, sulla verifica dei poteri parlamentare, cfr. P. Costanzo, *La verifica dei poteri. Un privilegio parlamentare sempre meno convincente*, in *Rass. parl.*, 2006, 781 ss. e, in una prospettiva comparata, F. Lanchester, *La verifica dei poteri nel diritto comparato: modelli a confronto*, in *Giur. cost.*, 1998, 2859 ss., nonché L. Trucco, *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*, Torino, 2011, 232 ss.

(16) Il riferimento è, in particolare, a Corte cost., sentt. nn. 236/2015 e 276/2016, entrambe in *Consulta OnLine* (all'indirizzo telematico [www.giurcost.it/decisioni](http://www.giurcost.it/decisioni)), a cui si rinvia anche per i riferimenti ai commenti dottrinali sulle citate pronunce.

(17) Per un'ampia rassegna al proposito, cfr., per tutti, V. Di Ciolo, L. Ciaurro, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, 2013, Milano, specc. 137 ss.

(18) Sul punto, e per maggiori approfondimenti, cfr. la lettera del Prof. Avv. Besostri, principale propulsore dell'iniziativa, alle Camere, a cui, per l'appunto, sono state anticipate le conclusioni dell'atto di citazione notificato all'ormai ex senatore Minzolini e, per notizia, al Pubblico Ministero presso il Tribunale di Roma e al Consigliere anziano del Servizio di Ragioneria del Senato della Repubblica Dott. Paolo Cacopardo (all'indirizzo telematico <http://liberacittadinanza.it/sedi/roma/articoli/citazione-ex-sen.-minzolini-per-passare-dalle>).

## Sezione di diritto tributario

# Massime

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sent. n. 242/06/2017 (dep. 20 febbraio 2017).

### **ACCERTAMENTO – Studi di settore – contraddittorio preventivo – obbligo – mancata partecipazione del contribuente – conseguenze.**

*La mancata partecipazione del contribuente al contraddittorio preventivo che l'Ufficio ha l'obbligo di instaurare prima di notificare un accertamento fondato sugli studi di settore, consente all'Agenzia delle Entrate di motivare l'atto impositivo sulla sola base dell'applicazione degli "standards" e sul loro scostamento con quanto dichiarato dal contribuente. In tal caso, il giudice potrà valutare, nel quadro probatorio, la mancata partecipazione del contribuente, al quale, resta comunque la possibilità di far valere in sede contenziosa l'illegittimità dello scostamento individuato dall'accertamento, specie se la discrepanza è stata fondata su dati del tutto errati ed estranei al caso di specie.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sent. n. 245/06/2017 (dep. 20 febbraio 2017).

### **ACCERTAMENTO – metodologia sintetica – contribuente – onere della prova – esatta corrispondenza tra risorse prive di rilevanza fiscale e tenore di vita – esclusione.**

*Nell'accertamento sintetico la prova si incentra su presunzioni che sono fondate sulla "incompatibilità" tra tenore di vita e reddito dichiarato, sicché la prova contraria non può che tendere a dimostrare l'esatto opposto di questo assunto, e perciò la "compatibilità" tra tenore di vita e reddito dichiarato, compatibilità che non può che essere di genere astratto, non vincolata alla esatta identificazione del nesso causale tra incassi ed esborsi come negli accertamenti da indagine finanziaria. Tanto più che i destinatari dell'accertamento sintetico sono per definizione soggetti non obbligati alla tenuta delle scritture contabili, sicché ad essi non si può estendere la logica che presiede agli accertamenti fondati sui riscontri con i conti correnti bancari (tot operazioni, altrettanti riscontri documentali circa la provenienza o la destinazione) e non li si può gravare di fornire la puntuale dimostrazione della correlazione causale tra il loro tenore di vita e la disponibilità di risorse prive di rilevanza fiscale. Ciò conformemente a quanto stabilito dalla Cassazione (sent. n. 6396/2014) con riferimento agli accertamenti sintetici fondati su spese sostenute per "incrementi patrimoniali", in relazione ai quali la prova documentale contraria di cui è onerato il contribuente riguarda la sola disponibilità di redditi esenti o soggetti a ritenuta alla fonte e non anche la dimostrazione del loro impiego negli acquisti effettuati.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sent. n. 235/06/2017 (dep. 15 febbraio 2017).

### **ACCERTAMENTO – verifica fiscale – dichiarazioni del contribuente – valore – ritrattazione successiva – limiti.**

*Le dichiarazioni rese in ambito di verifica fiscale possono essere ritenute apprezzabili come confessioni stragiudiziali costituendo*

*il p.v.c. un atto pubblico fidefacente, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2700 c.c., relativamente alle dichiarazioni rese e ai fatti avvenuti nel corso delle indagini. Inoltre, la partecipazione alle operazioni di verifica senza contestazioni equivale sostanzialmente ad accettazione delle stesse e dei loro risultati e non occorre per questo un'accettazione espressa, ma soltanto la mancanza di contestazione. In quest'ottica, le dichiarazioni rese da un contribuente alla G.d.F nel corso di una verifica fiscale e poi dallo stesso confermate con la presentazione di un'istanza di adesione, non possono essere oggetto di una ritrattazione se questa è compiuta solo a distanza di tre anni ed una volta instaurato il relativo processo tributario. Infatti, il lungo tempo trascorso tra la dichiarazione e la sua ritrattazione depono per la sua inattendibilità in quanto il contribuente avrebbe dovuto attivarsi prima per ritrattare quanto affermato spiegando le motivazioni e le condizioni particolari che lo avevano indotto a rendere quella dichiarazione.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sent. n. 267/03/2017 (dep. 23 febbraio 2017).

### **ACCERTAMENTO – Imposte sui redditi – L. n. 212/2000 – art. 12, c. 7 – P.V.C. – obbligo di notifica prima dell'emissione dell'accertamento – sussistenza – principio generale – configurabilità.**

*La notifica di un PVC prima dell'emissione del provvedimento impositivo e sanzionatorio costituisce principio di carattere generale applicabile in tutti i casi in cui si prospetta una violazione tributaria. Ciò deriva dall'art. 24 della L. 4 del 1929 (confermato anche dalla prassi amministrativa) che prevede l'obbligo generico di emissione di un PVC. a conclusione di qualsiasi operazione di verifica, anche al di fuori del caso di operazioni svolte presso i locali del contribuente. La mancanza di un PVC, se non sussistono casi di particolare urgenza, determina quindi la nullità dell'accertamento (nella specie, emesso in materia di imposte sui redditi) avendo determinato l'impossibilità da parte del contribuente di fare valere le proprie ragioni prima dell'emissione del provvedimento impositivo e sanzionatorio.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova - sent. n. 175 del 7/02/2017.

### **ACCERTAMENTO – Società di comodo – interpello disapplicativo – diniego – impugnabilità – consentita.**

### **ACCERTAMENTO – Società di comodo – circostanze oggettive che rendono impossibile il raggiungimento dei ricavi minimi presunti – fattispecie.**

*Il diniego di disapplicazione della disciplina delle società di comodo è il primo atto con il quale l'Amministrazione Finanziaria porta a conoscenza del contribuente il proprio convincimento in ordine ad una specifica richiesta relativa ad un rapporto tributario, con l'immediato effetto di incidere sulla condotta del contribuente relativamente alla dichiarazione dei redditi concernente quello dell'inoltro dell'istanza. Pertanto, è riconducibile a quegli atti che, pur non essendo tipizzati nell'art. 19 del DLGS 546/92, portano a conoscenza del contribuente una ben individuata pretesa tributaria essendo, come tali, facoltativamente impugnabili.*

*Il momento di forte contrattura del mercato e la particolare tipologia delle unità immobiliari oggetto dell'attività della società accertata, se incidono sulla possibilità di collocarli facilmente sul mercato, costituiscono circostanze oggettive di impossibilità a raggiungere i livelli minimo di reddito imposti dalla legge, consentendo la disapplicazione della disciplina delle società di comodo.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sent. n. 336/01/2017 (dep. 3 marzo 2017).

**ACCERTAMENTO – fatto notorio – definizione – accertamento analitico induttivo – agente – ruolo di manager di campioni sportivi – scarso reddito dichiarato – rilevanti compensi dei propri clienti – antieconomicità – sussistenza – pretesa impositiva - legittimità.**

*Conformemente a Cass., ord. n. 2808/2013, il “fatto notorio”, derogando al principio dispositivo ed a quello del contraddittorio e dando luogo a prove non fornite dalle parti e relative a fatti da esse non vagliati e controllati, dev'essere inteso in senso rigoroso, cioè come fatto acquisito con tale grado di certezza da apparire indubitabile ed incontestabile, e non quale evento o situazione oggetto della mera conoscenza del singolo giudice. Conseguentemente, per aversi fatto notorio occorre, in primo luogo, che si tratti di un fatto che si imponga all'osservazione ed alla percezione della collettività, di modo che questa possa compiere per suo conto la valutazione critica necessaria per riscontrarlo, sicché al giudice non resti che constatarne gli effetti e valutarlo soltanto ai fini delle conseguenze giuridiche che ne derivano; in secondo luogo, occorre che si tratti di un fatto di comune conoscenza, anche se limitatamente al luogo ove esso è invocato, o perchè appartiene alla cultura media della collettività, ivi stanziata, o perchè le sue ripercussioni sono tanto ampie ed immediate che la collettività ne faccia esperienza comune anche in vista della sua incidenza sull'interesse pubblico che spinge ciascuno dei componenti della collettività stessa a conoscerlo. Così qualificato, il ruolo di primissimo piano ricoperto dal contribuente accertato nell'attività di gestione dei più importanti piloti di motociclismo deve ritenersi un “fatto notorio”, considerato che lo stesso contribuente si è sempre qualificato in articoli di giornali e riviste specializzate quale manager di famosi piloti. Tale circostanza, unitamente all'antieconomicità dei compensi da lui dichiarati fronte dei guadagni milionari dei propri clienti, integrano quegli elementi gravi precisi e concordanti che consentono l'emissione di un accertamento analitico-induttivo.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova - sent. n. 39 del 17/1/2017.

**ACCERTAMENTO – art. 32 d.p.r. n. 600/1973 – accertamenti “bancari” – professionisti - versamenti e prelevamenti – produzione di reddito – presunzione – diversità.**

*In tema di accertamenti bancari, con riferimento ai versamenti effettuati dai lavoratori autonomi sui propri conti correnti, la giurisprudenza di legittimità ritiene univocamente che l'art. 32 del d.P.R. n. 600/1973 ponga una presunzione legale a favore dell'erario che, data la fonte legale, non necessita dei requisiti di gravità, precisione e concordanza richiesti dall'art. 2729 c.c. per le presunzioni semplici. Per poter superare tale presunzione legale, occorre che il contribuente fornisca valida prova contraria, dimostrando che gli elementi desumibili dalla movimentazione bancaria non sono riferibili ad operazioni imponibili e fornendo, a*

*tal fine, una prova non generica, ma analitica, con indicazione specifica della riferibilità di ogni versamento bancario, in modo da dimostrare come ciascuna delle operazioni effettuate sia estranea a fatti imponibili. In questo senso, è inidonea ad assolvere tale onere della prova una mera ricostruzione fattuale che sia priva dei necessari requisiti di attendibilità e verosimiglianza. Viceversa, con riferimento ai prelievi bancari di un lavoratore autonomo, la Corte Costituzionale (sent. n. 228 del 24 settembre 2014) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 32, c. 1, n. 2, d.p.r. n. 600/73 limitatamente alle parole “o compensi”, ritenendo che la presunzione posta dalla citata norma con riferimento ai compensi percepiti dai lavoratori autonomi fosse “lesiva del principio di ragionevolezza nonché della capacità contributiva, essendo arbitrario ipotizzare che i prelievi ingiustificati da conti correnti bancari effettuati da un lavoratore autonomo siano destinati ad un investimento nell'ambito della propria attività professionale e che questo a sua volta sia produttivo di un reddito”. In conseguenza della predetta pronuncia, pertanto, non è più proponibile, ai fini della presunzione posta dall'art. 32 citato, l'equiparazione logica tra attività d'impresa e attività professionale ed è venuta meno la presunzione di imputazione dei prelevamenti operati sui conti correnti bancari ai ricavi conseguiti nella propria attività dal lavoratore autonomo, spostandosi sull'Amministrazione finanziaria l'onere di provare che i prelevamenti ingiustificati dal conto corrente bancario siano stati utilizzati per acquisti inerenti alla produzione del reddito, conseguendone dei ricavi.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova - sent. n. 43 del 17/1/2017.

**ACCERTAMENTO – cessione di un terreno – plusvalenza – accertamento di un maggior corrispettivo – presunzione - maggior valore definito ai fini dell'imposta di registro – art.5, c. 3, d.lgs. n. 147/2015 - illegittimità.**

*L'art. 5 comma 3 del d.lgs. n. 147/2015, con una disposizione avente natura interpretativa applicabile anche ai giudizi in corso alla data della sua entrata in vigore, prevede che l'esistenza di un maggior corrispettivo ai fini delle imposte sui redditi non è presumibile sulla base del solo valore accertato o definito ai fini dell'imposta di registro. Pertanto, è illegittimo l'accertamento con cui l'Agenzia delle Entrate abbia accertato, ai fini delle imposte sui redditi, una maggior plusvalenza in occasione della vendita di un terreno, fondando tale recupero sul solo valore definito ai fini dell'imposta di registro, e non anche su ulteriori elementi che consentano di ritenere che ci sia stata la percezione di un corrispettivo superiore a quello dichiarato.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova – sent. n. 52 del 18/01/2017.

**ACCERTAMENTO – motivazione - rinvio a P.V.C. elevato nei confronti di soggetto terzo – mancata allegazione – mancata riproduzione contenuto essenziale - illegittimità.**

*È illegittimo l'accertamento emesso nei confronti di un lavoratore dipendente fondato sul P.V.C. elevato nei confronti della società per cui il lavoratore presta la propria opera, se l'accertamento non allega o, quantomeno, riproduce il contenuto essenziale di tale P.V.C., dovendo intendersi per “contenuto essenziale”, in conformità a Cass. sent. n. 1906/2008, “gli elementi - oggetto, contenuto e destinatari - necessari e sufficienti per la motivazione del provvedimento rinviante”.*

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sent. n. 230/01/2017 (dep. 3 febbraio 2017).

**ATTI CATASTALI – atti di classamento – motivazione – riferimento alla sola categoria, classe e rendita - insufficientezza.**

*Gli atti di classamento non possono avere come motivazione la sola enunciazione degli elementi oggettivi della categoria catastale, della classe e della rendita, calcolata in base alle consistenze ricavate dagli elaborati, in quanto gli atti stessi sono incontestabilmente provvedimenti di natura valutativa e, come tali, devono essere adeguatamente motivati.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sent. n. 217/03/2017 (dep. 13 febbraio 2017), Pres. Canepa e Rel. D'Avanzo

**DOGANE – Centro di Assistenza Doganale – buona fede – frode – fatto imputabile all'importatore – riscontro tramite indagini di polizia giudiziaria – sanzioni – irrogabilità al CAD - esclusione.**

*Non possono essere irrogate le sanzioni ad un Centro di Assistenza Doganale nel caso in cui risulti dimostrato che questo ha agito con diligenza e con buona fede nella presentazione della merce allorché le irregolarità commesse dall'importatore siano state riscontrate solo successivamente a seguito di perquisizioni effettuate presso quest'ultimo dalla polizia giudiziaria: ciò tenuto conto che anche la stessa Direzione centrale delle Dogane, con nota 12/02/2010 prot. 21138, ha riconosciuto che il CAD "non può essere chiamato a rispondere per dichiarazioni doganali, diligentemente effettuate nel rispetto delle istruzioni ricevute col mandato, quando dalle stesse sia scaturita un'irregolarità riscontrabile solo con le prerogative possedute da un organo di polizia giudiziaria e tributaria".*

Commissione Tributaria Regionale di Genova - sent. n. 38 del 17/1/2017.

**IMPOSTE SUI REDDITI – operazioni straordinarie – scissioni – cessioni di azienda – responsabilità per il tributo – disciplina.**

*Con riferimento alle operazioni di scissione societaria, ai sensi dell'art. 173, commi 12 e 13, del d.P.R. n. 917/86, gli obblighi tributari della società scissa riferibili a periodi di imposta anteriori alla data dalla quale l'operazione ha effetto sono adempiuti, in caso di scissione parziale, dalla stessa società scissa, o trasferiti, in caso di scissione totale, a una società beneficiaria appositamente designata nell'atto di scissione o individuata per legge, mentre tutte le società beneficiarie sono responsabili in solido per le imposte, le sanzioni pecuniarie, gli interessi e ogni altro debito. Analogamente, in forza del principio generale stabilito dall'art. 2560 c.c., la cessione dell'azienda non libera l'alienante dai debiti tributari inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta, anche se maturati anteriormente alla cessione.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sent. n. 276/02/2017 (dep. 23 febbraio 2017).

**IMPOSTE SUI REDDITI – cessione di terreno – recupero della maggiore plusvalenza – valore definito ai fini dell'imposta di registro – presunzione di corrispondenza - inconfigurabilità.**

*La dichiarazione del contribuente, ai fini Irpef, di un valore inferiore a quello già accertato per il medesimo bene in sede di imposta di registro, non legittima l'amministrazione finanziaria a procedere all'accertamento induttivo della plusvalenza derivante da una cessione, integrando o correggendo automaticamente la relativa imposizione. Infatti, la presunzione circa la corrispondenza del corrispettivo incassato al valore venale in comune commercio, secondo il disposto dell'art. 5, 30 comma, del DLgs. n. 147/2015, non deve ritenersi sorretta solo sulla base del valore accertato o definito ai fini dell'imposta di registro. Ciò in quanto il criterio utilizzato per la determinazione del valore può rappresentare solo un "indizio" e non la prova certa della plusvalenza realizzata, in quanto le due imposte sono determinate con criteri e presupposti diversi: per l'imposta di registro si ha, infatti, riguardo al valore di mercato del bene, mentre, per la plusvalenza ai fini delle imposte sui redditi, occorre verificare la differenza realizzata tra il prezzo d'acquisto e il prezzo di cessione del bene medesimo.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sent. n. 53 del 18/01/2017.

**IMPOSTE SUI REDDITI – incentivo all'esodo – Corte di Giustizia UE - rimborso – art. 38 d.p.r. n. 602/1973 – termine di decadenza - decorrenza – data del pagamento - applicazione.**

*In tema di "incentivo all'esodo", il termine di 48 mesi per richiedere il rimborso di somme erroneamente trattenute decorre dalla data del loro avvenuto versamento e non dalla data di pubblicazione della sentenza della Corte di Giustizia UE che ha dichiarato la disciplina nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione configurando il sopravvenuto diritto al rimborso. Infatti, ed in ossequio a quanto affermato da Cass., S.U. sent. n. 13676/2014, pur se nella fattispecie vi è una sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea che, con effetto retroattivo analogo a quello di una sentenza di illegittimità costituzionale, ha dichiarato in contrasto con una direttiva comunitaria self executing una norma nazionale di agevolazione fiscale, ampliandone la portata soggettiva, la posizione del soggetto che, in vigenza della norma che lo escludeva dal beneficio, è rimasto inerte fino all'intervento della sentenza (o anche successivamente) della Corte di giustizia dell'Unione Europea non è assimilabile, sotto il profilo dell'esigenza di tutela, a quella del soggetto che, avendo esercitato il proprio diritto nel termine previsto dalla legge, come all'epoca costantemente interpretata, si ritrova ex post decaduto in ragione di un imprevedibile revirement giurisprudenziale che ha, in sostanza, abbreviato il termine. Nella prima ipotesi infatti, la tutela del sopravvenuto diritto al rimborso deve ritenersi recessiva rispetto al principio della certezza delle situazioni giuridiche (tanto più cogente in materia di entrate tributarie), che riceverebbe un grave vulnus, in ragione della sostanziale protrazione a tempo indeterminato dei rapporti tributari che ne deriverebbe, spettando al solo legislatore, in casi come quello in esame, la valutazione discrezionale, nel rispetto dei principi costituzionali coinvolti, in ordine all'eventuale introduzione di norme che prevedano termini e modalità di "riapertura" di rapporti esauriti.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sent. n. 135, 31 gennaio 2017.

**IVA - frode carosello – operazioni ritenute soggettivamente inesistenti – acquirente – prova della conoscibilità della frode – necessità - fattispecie.**

*L'Agenzia delle Entrate si è limitata ad indicare una serie di circostanze del tutto irrilevanti, che non dimostrano alcunché in relazione alla situazione di "conoscenza o conoscibilità della frode da parte dell'odierna appellata".*

*Contrariamente a quanto sostenuto dall'Ufficio, e da quanto prodotto, l'attuale appellata non ha trovato un vantaggio economico e fiscale dalle operazioni intercorse con il venditore, perché ha interamente versato l'IVA in rivalsa al proprio fornitore, esercitando il giusto diritto alla detrazione.*

*Tenuto conto che quest'ultima, per l'annualità in questione, operava esclusivamente come intermediario e non come produttore del bene successivamente venduto ai cessionari, il fatto che la merce provenisse da paesi terzi non rappresentava nulla di sospetto.*

Commissione Tributaria Provinciale di Genova - sent. n. 154 del 2/02/2017.

**IVA – agevolazione “prima casa” – trasferimento residenza nel termine – impossibilità – fatti sopravvenuti indipendenti dalla volontà del contribuente – irrilevanza.**

*Conformemente a Cass., sent. n. 2616/2016, qualora l'acquirente domandi l'agevolazione “prima casa” impegnandosi a stabilire la propria residenza nel territorio del comune dove si trova l'immobile acquistato nei 18 mesi successivi all'acquisto, il trasferimento è onere che conforma un potere dell'acquirente e che va esercitato nel su indicato termine a pena di decadenza, sul decorso del quale nessuna rilevanza va riconosciuta ad impedimenti sopravvenuti, anche se non imputabili all'acquirente. Pertanto, il mancato trasferimento della residenza dovuto al fallimento dell'impresa incaricata dell'esecuzione dei lavori sull'immobile in sede di preliminare di compravendita non è circostanza decisiva ai fini del riconoscimento dell'agevolazione.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova - sent. n. 414 del 21/03/2017.

**IVA – “frodi carosello” – intermediario fittizio – acquisto di autovetture – estraneità alla frode – onere della prova – contribuente - incombenza.**

*In caso di sospetta “frode carosello” spetta al contribuente che ha portato in detrazione l'IVA di provare di aver concluso realmente l'operazione con il cedente o di non aver potuto oggettivamente conoscere il carattere fraudolento delle operazioni. Nel caso di specie, non è infatti ipotizzabile che una grossa società operante nel settore automobilistico da decenni acquisti auto dall'estero tramite un intermediario privo di esperienza e di organizzazione se non al fine di realizzare con questi un accordo fraudolento.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sent. n. 252/04/2017 (dep. 21 febbraio 2017).

**IVA – rimborso – fallimento – credito – compensazione – art. 56 L.F. - applicazione.**

*Anche in materia tributaria trova applicazione il principio di cui all'art. 56 Legge Fallimentare secondo cui la compensazione nel fallimento è ammessa anche quando il controcredito del fallimento diventa liquido od esigibile dopo l'apertura della procedura concorsuale, purché il fatto genetico dell'obbligazione sia anteriore alla dichiarazione di fallimento.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova - sent. n. 104 del 26/01/2017.

**IMPOSTA DI REGISTRO – fabbricati – valore – determinazione – stime OMI – natura indiziaria – ulteriori elementi in base ai quali determinare il valore in concreto dell'immobile - necessità.**

*Ai fini dell'imposta di registro, per determinare il valore di un fabbricato ai sensi dell'art. 51 T.U.R., le stime OMI possono costituire un indizio che legittimi l'avvio del procedimento di rettifica del valore ma non possono da sole fondare la rettifica. Tali indizi, infatti, devono essere confermati in concreto con la produzione di atti di compravendita relativi ad immobili simili, assumendo informazioni, circa il valore di mercato, non solo presso operatori del settore ma anche presso l'ufficio tecnico comunale. In sostanza la natura stessa dei valori restituiti dall'Osservatorio del mercato immobiliare, costituendo astrazioni e medie, non appaiono idonei a soddisfare lo standard di attendibilità che la norma richiede. Né tali dati possono essere corroborati dalle inserzioni relative a immobili offerti in vendita, essendo notorio come il valore da essi appresentato sia molto distante da quello poi effettivamente realizzato.*

Commissione Tributaria Provinciale di Genova - sent. n. 1772 del 9/09/2016.

**IMPOSTA DI REGISTRO – integrazione della pretesa impositiva recata da un precedente avviso di liquidazione – processo tributario – giudizio pendente - conseguenze.**

*In tema di imposta di registro, l'emissione di un nuovo avviso di liquidazione, con il quale il competente Ufficio del registro modifica in aumento il precedente avviso, integrando una pretesa tributaria nuova rispetto a quella originaria, sostituisce quello precedente, con caducazione d'ufficio di quest'ultimo; ne consegue la cessazione della materia dei contendere nel giudizio avente ad oggetto il relativo rapporto sostanziale, venendo meno l'interesse ad una decisione relativa ad un atto, il primo avviso, sulla cui base non possono più essere avanzate pretese tributarie di alcun genere, dovendosi avere riguardo unicamente al nuovo avviso che lo ha sostituito.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova - sent. n. 213 del 13/02/2017.

**IMPOSTA DI REGISTRO – sentenza – debenza dell'imposta - art. 57 d.p.r. n. 131/1986 – solidarietà – parti del giudizio – esclusione - parti del rapporto sostanziale - limitazione.**

*Ai fini dell'imposta di registro, la solidarietà di cui all'art. 57 d.p.r. 131/1986 che avvince a sé le parti del giudizio in relazione al quale è stata pronunciata la sentenza e richiesta l'imposta di registro non può essere semplicisticamente intesa come riferentesi alle parti del giudizio ma deve essere riferita alle parti del rapporto sostanziale sotteso al giudizio. Ciò comporta che, ove la sentenza escluda la sussistenza del rapporto sostanziale in relazione ad alcuna delle parti pure evocate e costituite in giudizio, queste, in quanto rimaste sostanzialmente estranee al rapporto controverso, non possono essere chiamate a rispondere dell'imposta siccome obbligati solidali.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sent. n. 135 del 31 gennaio 2017.

**IMPOSTA DI REGISTRO – atto di costituzione di diritto di superficie su terreno agricolo – applicabilità imposta proporzionale 8% - imposta proporzionale 15% – inapplicabilità.**

Oggetto della vertenza è la questione relativa all'aliquota dell'imposta di registro da applicarsi agli atti costitutivi di diritti reali di godimento e non di trasferimento della proprietà del cedente.

Nella fattispecie trova applicazione l'art. 1, della Tariffa, parte prima, allegata al DPR n. 131/1986, che regola la registrazione degli "atti soggetti a registrazione in termine fisso".

Con riferimento al caso di specie vanno presi in considerazione i commi 1 e 3 del citato art. 1, in particolare:

il comma 1 (applicato dal contribuente) stabilisce: "atti traslativi a titolo di proprietà di beni immobili in genere e atti traslativi o costitutivi di diritti reali immobiliari di godimento, compresi la rinuncia pura e semplice agli stessi, i provvedimenti di espropriazioni per pubblica utilità e i trasferimenti coattivi: 8%;

il comma 3 (applicato dall'Ufficio) stabilisce: "se il trasferimento ha per oggetto terreni agricoli e relative pertinenze a favore di soggetti diversi dagli imprenditori agricoli a titolo principale o di associazioni o società cooperative di cui agli articoli 12 e 13 della legge 9 maggio 1975, n. 153: 15%".

Va ricordato che l'interpretazione della legge deve basarsi in via prioritaria sulla lettera della norma, che nel caso è assolutamente chiara.

In particolare nella fattispecie, ritenere che il legislatore abbia utilizzato il termine "trasferimento" urta con la residua parte della normativa che, al comma 1, tratta espressamente sia degli atti traslativi che quelli costitutivi, mentre al comma 3 fa riferimento ai soli atti ad effetto traslativo.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sent. n. 792, 18 maggio 2017.

**IMPOSTA DI REGISTRO – vendite con riserva di proprietà – risoluzione senza corrispettivo per mancato pagamento del prezzo – imposta proporzionale - inapplicabilità – imposta fissa – applicabilità.**

Non essendo mai stata trasferita la proprietà dell'azienda, deve essere applicata la risoluzione n. 20/E del 14 febbraio 2014 secondo la quale l'Agenzia delle Entrate ha riconosciuto, relativamente alla tassazione da applicare ai negozi risolutivi come quello in questione nella presente causa, l'applicazione dell'art. 28 DPR 131/1986 in linea con la risoluzione della stessa Amministrazione n. 329 del 14 novembre 2007.

In particolare, l'Amministrazione Finanziaria ha statuito che il citato art. 28, comma 2, DPR 131/1986 dispone di assoggettare a tassazione le prestazioni che derivano dalla risoluzione di un contratto, oltre che l'eventuale corrispettivo previsto per la risoluzione; che nel caso di risoluzione di un precedente atto senza previsione di un corrispettivo, le parti si obbligano alla sola restituzione del bene, che, tenuto conto dell'effetto eliminativo che esplica l'atto di risoluzione per "mutuo consenso", tale fattispecie non integra il presupposto per l'applicazione della disciplina prevista dal DPR 131/1986 per i trasferimenti e la riconsegna del bene all'originario proprietario e non assume rilievo ai fini dell'imposta proporzionale di registro.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sent. n. 159 del 06/02/2017.

**TRIBUTI LOCALI - ICI – porti – area demaniale - aree e fabbricati funzionalmente legati ad esigenze di sbarco/imbarco e instradamento merci – esenzioni – spettanza.**

In tema di ICI, nel caso delle aree portuali, l'esenzione deve coprire tutto ciò che è funzionalmente legato alle esigenze dello sbarco/imbarco e dell'instradamento delle merci. Pertanto, in un terminal contenitori l'esenzione deve essere estesa alle porzioni di fabbricato in cui trova la sua sede il personale addetto al coordinamento e alla programmazione delle operazioni di sbarco/imbarco e alla gestione dei piazzali, ai magazzini ed ai depositi destinati ad accogliere le merci in transito, ai locali di appoggio per il personale che opera sulle banchine (spogliatoi, posti di ristoro dedicati), alle rimesse dei veicoli di servizio fra banchine e piazzale, alle eventuali officine per la manutenzione e riparazione delle gru di banchina e dei mezzi per la movimentazione interna ai porto. Nel caso di terminal passeggeri (traghetti e crociere) devono essere esenti da ICI le strutture per l'accoglimento ed il transito dei passeggeri sbarcati e imbarcati, salvo per le strutture commerciali eventualmente ospitate (bar, ristoranti, negozi). In tale contesto, l'area demaniale facente parte di un compendio destinato al traffico marittimo o ad operazioni strettamente necessarie alle attività portuali ed i fabbricati che insistono su tale area rientrano nella categoria catastale E/1 e sono pertanto esenti da Ici in quanto privi di autonomia funzionale e reddituale, se destinati ad attività strettamente connesse a quelle portuali.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sent. n. 301/01/2017 (dep. 28 febbraio 2017).

**TRIBUTI LOCALI - ICI – esenzione – D.Lgs. n. 504/1992, art. 7., c. 1, lett. i) – ente religioso svolgente attività assistenziale - condizioni.**

In tema di ICI, l'esenzione prevista dal D.Lgs. n. 504/1992, art. 7, c. 1, lett. i), è subordinata alla compresenza di un requisito "oggettivo", rappresentato dallo svolgimento esclusivo nell'immobile di attività di assistenza o di altre attività equiparate, e di un requisito "soggettivo", costituito dal diretto svolgimento di tali attività da parte di un ente pubblico o privato che non abbia come oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali. La sussistenza del requisito "oggettivo" deve essere accertata in concreto, verificando che l'attività cui l'immobile è destinato, pur rientrando tra quelle esenti, non sia svolta con le modalità di un'attività commerciale e la sua prova spetta al soggetto che pretende l'applicazione dell'esenzione. In particolare, la sussistenza del requisito oggettivo può essere desunta esclusivamente sulla base di documenti che attestino a priori il tipo di attività cui l'immobile è destinato, occorrendo invece verificare che tale attività, pur rientrando tra quelle esenti, non sia svolta, in concreto, con le modalità di un'attività commerciale (fattispecie relativa ad un ente religioso che svolgeva attività assistenziale).

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sent. n. 318/06/2017 (dep. 1 marzo 2017).

**TRIBUTI LOCALI – Imposta sulla installazione dei mezzi pubblicitari e sulla pubblicità - esenzione – insegna di esercizio – nozione – distribuzione automatico di fotografie – fattispecie.**

Le insegne contenenti la denominazione dell'impresa e, l'indica-

zione della tipologia dell'attività esercitata, che siano idonee a contraddistinguere il luogo ove si svolge l'attività professionale, devono essere considerate insegne di esercizio e non insegne pubblicitarie. Come tali, ai sensi dell'art. 2 bis, D.l. n. 13/2002 conv. in L. n. 75/2002, esse non scontano il canone per l'installazione dei mezzi pubblicitari per la superficie complessiva fino a 5 metri quadrati. Pertanto, anche in assenza di prova da parte del Concessionario in ordine alla dimensione del mezzo pubblicitario accertato, le insegne esposte sui distributori automatici di fotografie devono essere ritenute esenti dal pagamento dell'imposta sulla pubblicità concorrendo a contraddistinguere in modo chiaro l'attività che la società svolge all'interno dei propri supporti commerciali, dovendo quindi essere ritenute delle insegne di esercizio.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sent. n. 284/02/2017 (dep. 27 febbraio 2017).

### **RISCOSSIONE – crediti e debiti tributari – compensazione - limiti.**

In materia tributaria la compensazione è ammessa, in deroga alle comuni disposizioni civilistiche, soltanto nei casi espressamente previsti, non potendo derogarsi al principio secondo cui ogni operazione di versamento, di riscossione e di rimborso ed ogni deduzione è regolata da specifiche ed inderogabili norme di legge. Né tale principio può ritenersi superato per effetto della L. n. 212 del 2000, art. 8, comma 1, il quale, pur nel prevedere in via generale l'estinzione dell'obbligazione tributaria per compensazione, ha lasciato ferme, in via transitoria, le disposizioni vigenti (demandando ad appositi regolamenti l'estensione di tale istituto ai tributi per i quali non era contemplato, a decorrere dall'anno d'imposta 2002), ovvero per effetto del D.Lgs. n. 241 del 1997, art. 17, il quale, pur nell'ammettere la compensazione in sede di versamenti unitari delle imposte, ne ha limitato l'applicazione all'ipotesi di crediti dello stesso periodo, nei confronti dei medesimi soggetti e risultanti dalle dichiarazioni e dalle denunce periodiche presentate successivamente alla data della sua entrata in vigore.

Commissione Tributaria Regionale di Genova – sent. n. 44 del 17/01/2017.

### **RISCOSSIONE – cartella di pagamento – notificazione – prova – avviso di ricevimento – necessità e sufficienza.**

Nel caso in cui sorga contestazione sulla regolare consegna di una cartella di pagamento, per provare la sua rituale notificazione occorre che l'Agente della riscossione depositi l'avviso di ricevimento ma non anche copia della cartella. Infatti, l'obiezione per cui l'avviso di ricevimento non proverebbe quale sia l'atto effettivamente consegnato al contribuente è superata dal valore probatorio degli estratti di ruolo i quali sono una riproduzione fedele ed integrale della cartella di pagamento notificata, indicando il suo numero identificativo che è lo stesso numero riportato anche sull'avviso di ricevimento. Inoltre, se il contribuente contesta di non aver rice-

vuto l'atto a cui si riferisce l'avviso di ricevimento prodotto dal concessionario è suo onere produrre gli atti eventualmente diversi che avrebbe ricevuto rispetto a quelli risultati notificati.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sent. n. 251/04/2017 (dep. 21 febbraio 2017).

### **PROCESSO TRIBUTARIO – provvedimento di diniego di rimborso – mancata indicazione del termine entro cui ricorrere – ricorso – notifica - oltre 60 giorni – possibile.**

### **IVA – credito – rimborso – compilazione Modello VR – necessità – esclusione – termine per il rimborso – prescrizione ordinaria.**

In conformità a Cass., sent. n. 20634/2008, la mancanza nella comunicazione di diniego di rimborso dell'indicazione sia del termine per l'impugnazione che delle forme che dell'autorità a cui è possibile ricorrere, determina l'impossibilità per il termine di l'impugnazione di decorrere, rendendo quindi possibile impugnare il medesimo atto anche oltre il termine di sessanta giorni dalla sua notificazione.

La presentazione del Modello VR non costituisce condizione temporale per l'ottenimento del rimborso di un credito IVA in quanto, una volta che il credito sia stato comunque indicato in dichiarazione, l'istanza di rimborso resta assoggettata al termine decennale di prescrizione.

Commissione Tributaria Regionale di Genova - sent. n. 36 del 17/01/2017.

### **PROCESSO TRIBUTARIO – atto di riscossione – questione di merito – concessionario -sgravio del ruolo – evento estraneo alla sua sfera - “soccumbenza virtuale” – sussiste – spese processuali – comunque dovute.**

Il processo tributario non diversamente da quello civile o amministrativo, è in linea generale ispirato al principio di responsabilità per le spese del giudizio, sicché la compensazione delle spese nel caso di cessazione della materia del contendere (nella specie, per intervenuto sgravio da parte dell'ente impositore), rendendo inoperante quel principio, determinerebbe un ingiustificato privilegio per la parte che ha posto in essere un comportamento conseguente, di regola, al riconoscimento della fondatezza della controparte (c.d. “soccumbenza virtuale”). In tale contesto, nell'ipotesi di giudizio relativo ad un atto di riscossione in cui rilevino questioni di merito della pretesa tributaria, non sussistendo litisconsorzio necessario tra l'amministrazione finanziaria e l'Agente della riscossione, la legittimazione passiva spetta solo all'ente titolare del credito tributario, con la conseguenza che il concessionario, qualora non voglia rispondere della lite, ha l'onere di chiamare in causa lo stesso ente impositore. Pertanto, se il Concessionario non si avvale di tale facoltà, esso non può andare esente dal pagamento delle relative spese processuali, sebbene l'esito del giudizio sia stato determinato da un accadimento estraneo alla sua sfera di azione (e cioè dallo sgravio disposto dall'ente creditore a seguito della notificazione dell'atto di riscossione al contribuente).

# Documenti

## *Profili del nuovo regime impositivo delle imprese individuali e delle società di persone.\**

**Antonio Lovisolo**

*Professore dell'Università di Genova  
Avvocato, Foro di Genova*

**Sommario:** 1. *Premessa.* - 2. *Equiparazione del regime delle imprese minori a quello dei lavoratori autonomi ?????.* - 3. *Quanto ai nuovi obblighi contabili.* - 4. *Valutazione della convenienza alla opzione per il regime della "contabilità semplificata" o "ordinaria".*

### 1. Premessa.

La legge 11 dicembre 2016, n. 232 (finanziaria per il 2017) prevede rilevanti modifiche al regime impositivo delle imprese individuali e delle società di persone.

Tali modifiche (attraverso appositi interventi normativi sul t.u. 1986, n. 917) sostanzialmente sono così riassumibili.

Introduzione del regime opzionale IRI (Imposta sul reddito d'impresa):

Secondo tale regime opzionale, il reddito delle imprese individuali e della snc e sas in contabilità ordinaria continua ad essere determinato secondo le regole previgenti ma è soggetto ad IRI cioè a tassazione separata con aliquota del 24 per cento (art. 55 bis e art. 77 t.u. 1986, n. 917) (aliquota corrispondente a quella dell'IRES).

In particolare: per le società di persone in contabilità ordinaria è previsto che, in via opzionale, non si applichi più il noto "regime di trasparenza".

Tali società di persone potranno scegliere se distribuire (o meno), in tutto o in parte, il proprio utile di esercizio.

Solo la parte di utile che sarà effettivamente distribuita sarà assoggetta a tassazione quale reddito d'impresa presso il socio che la percepisce e la società la potrà detrarre, nell'esercizio di distribuzione, al fine della determinazione del proprio reddito d'impresa.

Invece, la parte di utile della società di persone non distribuita sconterà presso la società l'IRI nella misura del 24%. Tale regime (la cui convenienza deve accuratamente essere valutata nel caso specifico come sarà infra esposto) è opzionale, essendo comunque riservato ai soli imprenditori individuali e snc e sas in contabilità ordinaria.

Tale opzione ha durata di 5 anni ed è rinnovabile.

Il secondo profilo innovativo (previsto nella legge finanziaria 2017) attiene alle imprese minori in contabilità semplificata il cui reddito sarà determinato secondo il principio di cassa (e non di competenza) sia pure (come vedremo) con rilevanza anche del principio di competenza in riferimento a specifiche, significative componenti reddituali.

Questa mia relazione è diretta alla illustrazione eminentemente di questo secondo profilo innovativo contenuto nella legge finanziaria per il 2017.

Ed infatti, nonostante la sua rilevanza, è passata quasi inosservata tale riforma del regime ai fini delle imposte dirette delle c.d. "imprese minori" o meglio delle imprese in "contabilità semplificata" che abbiamo optato per l'applicazione di tale regime ispirato al principio di cassa (anche come vedremo se invero solo in parte).

In particolare l'art. 1 comma da 17 a 23 della finanziaria per il 2017 prevede, a far data dal 2017, (rectius dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31/12/2016) rilevanti modifiche sia alle regole che determinano il reddito (di tali imprese minori) sia ai fini IRAP sia per quanto concerne i relativi obblighi contabili previsti dall'art. 18 d.p.r. 1993, n. 600.

Ciò premesso, vorrei illustrare brevemente e per sintesi queste novità, evidenziandone, quanto meno, i profili più rilevanti.

Innanzitutto è da chiarire che per "imprese minori" cui si riferisce la disciplina (che continua ad essere) prevista dall'art. 66 t.u. 1986 n. 917 (seppure con le modifiche di cui infra) si intendono (ancora) quelle cui si applica il "regime di contabilità semplificata", regime che (pur essendo stato rivisto dall'art. 18 d.p.r. 1973, n. 600 così come "sostituito" dal comma 22 dell'art. 1 cit.) continua ad attenere alle imprese esercitate da persone fisiche e da società di persone che (non avendo optato per la contabilità ordinaria) sono ammesse al regime di contabilità semplificata in ragione dei ricavi annui "percepiti": fino a € 400.000,00 per le imprese che prestano servizi e fino a € 700.000,00 annui per le esercenti altre attività fermo restando (in mancanza di una annotazione distinta dei ricavi) la prevalenza delle attività diverse da quelle di prestazione di servizi.

Così individuata la "platea" dei destinatari del regime impositivo di che trattasi, evidenzio qui di seguito i profili salienti di tale riforma.

Al riguardo, dalla lettura del novellato art. 66 t.u. 1986, n. 917, si desumono i seguenti nuovi profili di maggiore interesse che così riassumo.

Determinazione secondo il principio di "cassa" (e non più di "competenza") dei ricavi e delle spese rilevanti al fine della determinazione della base imponibile.

Irrelevanza al fine della determinazione della base imponibile, delle variazioni delle rimanenze e dei lavori in corso su ordinazione.

Nuovo conseguente regime dei relativi obblighi contabili.

Regime transitorio, fra il "vecchio" e il "nuovo" regime impositivo.

### 2. Equiparazione del regime delle imprese minori a quello dei lavoratori autonomi ?????.

Come abbiamo considerato, dal punto di vista soggettivo dei destinatari del regime impositivo di che trattasi, la legge 232/2016 pone un ulteriore "tassello" nella (tendenziale) equiparazione (seppure nei limiti che indicherò) del regime delle imprese ("minori") a quello dei lavoratori autonomi, svalutando (anche sotto questo profilo) la distinzione ai fini fiscali fra un "artigiano" o un "rappresentante di commercio" (che normalmente sono titolari di una impresa minore) e un "professionista".

\* Relazione svolta al Convegno "Società ed Enti: problemi fiscali attuali" organizzato dall'Associazione Magistrati Tributaristi della Liguria a Lerici il 7 aprile 2017.

Dico equiparazione solo “tendenziale” in quanto in realtà l’art. 66 t.u. (così come riformato) mantiene il riferimento a diverse previsioni normative improntate (ancora) sul principio di competenza.

In particolare, l’applicazione del “*principio di cassa*” è fondata sia sulla previsione del (riformato) comma 1 dell’art. 66 cit. sia sulla previsione del (nuovo) art. 18 d.p.r. 1973, n. 600. L’art. 66 comma 1 cit., prevede che il reddito d’impresa dei soggetti tenuti alla contabilità semplificata è costituito dalla “*differenza fra l’ammontare dei ricavi...e degli altri proventi... “percepiti” nel periodo d’imposta e delle spese “sostenute” nel periodo stesso*”.

Parallelamente il (novellato) art. 18 comma 1 d.p.r. 1973, n. 660 (al fine della determinazione del volume d’affari rilevante) dà rilievo ai ricavi “*percepiti in un anno intero*”, richiedendo (comma 2) l’indicazione dei “*ricavi percepiti*” e delle *spese sostenute*, nonché la indicazione, per “*ciascun incasso...della “data di pagamento” e della loro registrazione cronologica ed evidenziando nel registro IVA l’eventuale mancato incasso o pagamento nell’anno di registrazione, delle fatture emesse o ricevute.*

Tuttavia, alla illustrata generalizzata applicazione del principio “di cassa” (relativo alla determinazione dei ricavi/e delle spese deducibili) si accompagna la determinazione di talune rilevanti componenti reddituali secondo le ordinarie (e già previgenti) regole ispirate al principio di competenza. Ed infatti, l’art. 66 cit., (così modificato) rinvia alla previsione di altre norme del medesimo t.u. 1986, n. 917 che tale principio di cassa, in realtà, non applicano.

Al riguardo, in questa sede mi limito ad un riferimento alle seguenti (più rilevanti) componenti:

Plusvalenze: il rinvio (art. 66 comma 1) all’art. 86 comprende anche la imputazione delle plusvalenze (relative a beni posseduti da almeno 3 anni) assumendo a tal fine rilevanza anche la loro rateizzazione in quote costanti fino a 5 anni;

Sopravvenienze attive: (art. 88) la loro tassazione per cassa può tuttavia essere collegata a eventi rilevanti, generatori delle sopravvenienze correlate ad eventi precedenti che possono essere anche stati rilevati secondo il principio di competenza. Ad esempio: la prescrizione di un debito dell’impresa (o comunque del suo “*venir meno*”) può essere correlato alla esistenza dello stesso, già riportato in contabilità, secondo il principio di competenza.

Comunque è da ricordare che le sopravvenienze attive rappresentate dai contributi in conto capitale già seguivano il regime di cassa (art. 88 comma 3 lett. b. cit).

Accantonamenti: non è riconosciuta la deducibilità di alcun accantonamento (art. 66 comma 2 cit.) tranne quelli previsti dall’art. 105 (*quiescenza e previdenza del personale dipendente*) determinati secondo il principio di competenza e condizionati alla loro iscrizione in contabilità.

Ammortamenti: Se è tenuto il registro di beni ammortizzabili, è consentita la detrazione degli ammortamenti sia di *beni materiali* (art. 102) che *immateriali* (art. 103).

L’art. 66 cit. non richiama invece l’art. 104 sull’ammortamento finanziario di beni “*gratuitamente devolvibili*” al concedente.

Canoni di leasing: per effetto del rinvio operato dall’art. 66 cit. all’art. 102 t.u. 1986, n. 917 anche i canoni di leasing risultano comunque deducibili per competenza, con effetto particolarmente per il maxi canone iniziale, la cui detrazione deve tener conto della durata dell’*intero contratto* (con le limitazioni imposte dalla norma fiscale) e non del momento del suo pagamento. Infine il rinvio operato dal medesimo art. 66 cit. all’art. 109

comma 5 rende applicabile il principio generale di “*inerenza*” alle spese sostenute “*per cassa*”.

Tale commistione fra regola di cassa (applicabile per i ricavi e le spese e regola di competenza rilevante comunque per la determinazione di ulteriori elementi reddituali evidenzia che il nuovo regime impositivo non è poi così “semplificato”, dovendo districarsi fra “*poste*” da determinare con il principio di cassa e “*poste*” da determinare secondo il principio di “competenza”.

Profilo di assoluto rilievo della nuova disciplina delle imprese minori è da individuarsi nella dichiarata irrilevanza, al fine della determinazione del reddito imponibile, delle variazioni delle rimanenze e delle variazioni dei lavori in corso, intervenute entro la fine del periodo d’imposta, rispetto alla situazione esistente al suo inizio (art. 1 comma 18 l. 2016, n. 232).

Ed infatti l’art. 66 cit. non richiama gli artt. 92, 92 bis e 93 del t.u. 1986, n. 917 e il comma 18 dell’art. 1 l. 2016, n. 232 (principio generale di applicazione del nuovo regime) prevede che per il 2017 la relativa base imponibile debba essere calcolata, riducendola “*dell’importo delle rimanenze finali che hanno concorso a formare il reddito dell’esercizio precedente secondo il principio della competenza*”.

In generale, tale irrilevanza delle variazioni delle rimanenze e dei lavori in corso, sembra essere frutto di una “semplificazione”, posto che è notorio che le imprese minori (non mantenendo normalmente una “contabilità di magazzino”) talora utilizzano il valore delle rimanenze per addivenire ad un risultato reddituale prestabilito. La “tentazione” di operare in tal senso non sarà oggi più possibile considerata l’irrilevanza di tale variazione.

In ogni caso, considerato che l’art. 1 comma 18 cit. prevede la detrazione ai fini della determinazione del reddito imponibile per il 2017 dell’importo delle rimanenze finali 2016 (non compensata da analogo componente positivo a fine 2017) è da prevedere che l’esercizio 2017 si chiuderà in perdita per la quasi totalità delle imprese minori con rimanenze di magazzino (o lavori in corso) significative.

Analogamente dicasi per le *start-up* (2017) in quanto normalmente le imprese di nuova costituzione subiscono esborsi iniziali (rilevanti al fine del principio “di per cassa”) e generano “*rimanenze finali*” o “*lavori in corso*” a fronte dei quali non si pongono ancora ricavi corrispondenti.

In particolare, in tali casi, verosimilmente si inizierà a pagare le imposte sul reddito d’impresa solo quando i ricavi o proventi dell’attività avranno superato il valore dei costi rappresentati dalle rimanenze finali o dei lavori in corso.

Considerando poi l’andamento di tali lavorazioni (pensiamo ad esempio alle piccole imprese edili), è da prevedere una fisiologica alternanza tra periodo d’imposta in perdita e successivo periodo d’imposta in utile, imponendo una diversa valutazione della c.d. “*economicità*” dell’impresa sul quale spesso l’Agenzia delle Entrate fonda la ricostruzione induttiva del reddito.

Tale nuovo regime impositivo sembra essere quindi di particolare rilevanza per le imprese che presentano alla fine dell’esercizio rimanenze finali da opere in corso il cui mancato accantonamento comporta la detrazione del costo sostenuto, non compensato da analoghi ricavi ancora non incassati.

In particolare, i soggetti che normalmente generano rimanenze finali di particolare rilevanza, dovranno (e potranno) detrarsi nell’esercizio il costo delle opere in corso o dei beni invenduti a fine anno e non già sospendere la detrazione attraverso il calcolo delle “rimanenze finali” o dell’“opera in corso”, anche se a fronte di tale costo potrà non rinvenirsi (ancora) l’incasso di un ricavo corrispondente.

Da qui la prevedibile “fisiologica” alternanza fra esercizi in (largo) utile ed esercizi in (larga) perdita; situazioni che sono sempre stati oggetto di “sospetti” e fonti di recupero da parte dell’Agenzia delle Entrate.

Tali “perdite” d’esercizio comunque – trattandosi di soggetti in contabilità semplificata – non potranno essere “portate avanti”, negli esercizi successivi (art. 8 comma 3 t.u. 1986, n. 917).

In ogni caso, l’irrelevanza del computo delle rimanenze comporta una “semplificazione”, quanto meno in relazione alla applicazione dei criteri di valutazione (FIFO, Lifo, costo medio ponderato, ecc.).

Per non parlare, poi, della circostanza che, all’adozione del principio di cassa, consegue una minore problematicità (ad esempio) per quanto attiene la imponibilità dei corrispettivi relativi alle prestazioni di servizi svolte da rappresentanti di commercio per i quali la determinazione del periodo di competenza delle provvigioni è oggetto di opinioni dissenzienti.

Infine, non è da sottovalutare che la estensione del principio “di cassa”, quale regola base di determinazione del reddito d’impresa, si rivela incompatibile con la utilizzazione (per le imprese in “contabilità semplificata” di che trattasi) degli studi di settore, elaborati invece con criteri ispirati al “principio di competenza”.

Forse, anche per questo motivo, il Ministero dell’Economia e delle Finanze con proprio Comunicato Stampa del 7 settembre 2016, ha preannunziato la revisione degli Studi di Settore e l’adozione degli “indicatori di affidabilità” la cui applicazione per le imprese in contabilità semplificata di che trattasi, non potrà che tener conto della illustrata estensione del principio di cassa quale criterio di determinazione (a far data dal 2017) dei ricavi e delle spese.

### 3. Quanto ai nuovi obblighi contabili.

Il “novellato” comma 2 dell’art. 18 d.p.r. 1973, n. 600 prevede – come regola generale – la tenuta di due distinti registri: uno per gli incassi ed uno per i pagamenti, di cui occorre indicare la relativa data, nonché: a) il relativo importo; b) le generalità, l’indirizzo e il Comune di residenza anagrafica (informazione non sempre agevolmente disponibile) del soggetto che effettua il pagamento o, rispettivamente al quale viene eseguito; c) gli estremi della fattura o di altro documento emesso, rispettivamente ricevuto.

Entro il termine di presentazione della dichiarazione dei redditi, il registro deve essere integrato con l’annotazione degli altri componenti positivi e negativi (come sopra indicati), quali (ad esempio) gli ammortamenti o l’accantonamento del TFR dei dipendenti.

Tuttavia a tal fine, in luogo di un apposito registro, possono essere utilizzati i registri tenuti ai fini IVA i cui dati dovranno essere integrati con le operazioni e le “poste contabili” (ad es. ammortamenti o accantonamenti TFR) non rilevanti al fine di tale tributo.

In particolare – come sopra si è già ricordato – occorrerà evidenziare a fine anno le fatture attive o passive ancora non pagate (art. 18 comma 4 cit.).

### 4. Valutazione della convenienza alla opzione per il regime della “contabilità semplificata” o “ordinaria”.

Ricordando quanto espresso all’inizio di questo mio intervento e cioè che la legge finanziaria 2017 di che trattasi ac-

canto all’illustrato regime ispirato al “principio di cassa” per le imprese in “contabilità semplificata” ha introdotto (art. 55 bis t.u. 1986, n. 436) (in via opzionale) anche l’IRI (Imposta sul reddito d’impresa) per le imprese in “contabilità ordinaria”, vi è da porsi il problema se all’“impresa minore” convenga optare per la “contabilità ordinaria” (con possibilità di optare anche per l’applicazione dell’IRI e per le società di persone, rinunciare alla loro “trasparenza” fiscale) o mantenere la contabilità semplificata al fine di adottare l’illustrato regime “di cassa” (con irrelevanza delle rimanenze di esercizio).

Al riguardo, si consideri che la opzione per la tenuta della “contabilità ordinaria” ha effetto annuale e permane anche per i periodi d’imposta successivi, salvo revoca. Altresì, si tenga conto che l’art. 1 comma 1 d.p.r. 1997, n. 442 prevede che tale opzione (o revoca) si desuma anche da “comportamenti concludenti” del contribuente che (al di là delle opzioni formulate), osservi di fatto le regole della contabilità ordinaria o quelle della semplificata.

Il contribuente in contabilità ordinaria (o quello che abbia optato per tale regime) potrà poi optare per l’applicazione dell’IRI (e, se società di persone, per la “non trasparenza”) con effetto per 5 periodi d’imposta, senza possibilità di rinuncia tacita (l. 11 bis comma 4 cit.).

Al fine della valutazione della convenienza fiscale della “scelta” per l’applicazione dell’IRI (aliquota 24%) si deve tener conto:

- se si tratta di imprese individuali, considerare la previsione dei redditi complessivi (e degli oneri deducibili) di ammontare tale da rendere applicabile una aliquota irpef complessiva, superiore al 24% (IRI);
- se si tratta di società di persone, occorre tener conto della possibilità di procedere all’“autofinanziamento”. In tal modo, allontanando nel tempo la distribuzione degli utili, è consentito limitare (medio tempore) (al 24%) il relativo prelievo, rinviando nel tempo l’applicazione dell’imposta personale progressiva solo sul “distribuito”. In via transitoria si tenga conto che (medio tempore) la distribuzione da parte della società di persone, di utili già assoggettati ad irpef presso il socio in forza del (vigente) regime di trasparenza (fiscale), non comporta l’applicazione di alcun (ulteriore) tributo (art. 55 bis comma 6 cit.), valendo al riguardo la (più favorevole) presunzione che, ad essere distribuite per prime siano le riserve formate con utili già assoggettati ad imposta secondo il regime della “trasparenza” (art. 55 bis comma 6 cit.) e quindi non più da assoggettare ad imposta presso il socio.

Infine la opzione per la contabilità ordinaria e per l’applicazione del regime IRI può essere influenzata dalla previsione (art. 55 bis comma 2 cit.) in forza della quale le perdite d’esercizio possono essere detratte dagli utili degli esercizi successivi fino all’intera loro capienza (e cioè senza il limite dei cinque esercizi previsto dall’art. 8 comma 3 t.u. 1986, n. 917). Al riguardo si consideri, infatti che la permanenza in contabilità semplificata esclude tale “portabilità in avanti” delle perdite d’esercizio.

È evidente che i nuovi regimi impositivi sopra delineati sono “complessi”, e non del tutto rispondenti alle finalità di “semplificazione” che la riforma intendeva proseguire.

## Sezione di diritto penale

# Sentenze e ordinanze

Tribunale di Imperia, in Composizione Collegiale, decr. 17 maggio 2017 – Pres. Aschero - Est. Ceccardi.

### **MISURE di prevenzione – pericolosità concreta attuale – elementi emergenti da plurime sentenze e condotta di vita – principi sentenza De Tomaso – limiti libertà circolazione – prevedibilità – irrilevanza.**

(Art. 1, 4 lett. c) e 8 c. 6 159/2011)

*In tema di misure di prevenzione, ove sussista pericolosità concreta ed attuale emersa in relazione a recenti episodi delittuosi commessi mentre l'imputato si trovava agli arresti domiciliari, non pare che i principi della cosiddetta sentenza De Tomaso (Corte EDU, 23 febbraio 2017, De Tomaso c. Italia) possano essere posti a fondamento della decisione. Non possono invocarsi tali principi, infatti, laddove non sussistano lesioni della libertà di circolazione, né violazioni sotto il profilo della prevedibilità delle restrizioni dei diritti, anche tenuto conto che la sentenza De Tomaso veniva applicata nei confronti di soggetti con meri precedenti di polizia. Irrilevanti sono pertanto tali principi nel caso in cui sussistano elementi di fatto incontrovertibili circa la pericolosità sociale attuale del soggetto (nel caso di specie plurime condanne, procedimenti pendenti, assenza di lavoro, frequentazione di pregiudicati), elementi peraltro sicuramente conosciuti e apprezzabili dal proposto alla misura, talché le restrizioni commesse dei diritti convenzionali erano ampiamente prevedibili quale conseguenza della condotta, escludendosi dunque ogni frizione con i diritti tutelati dalla Convenzione EDU.*

#### **Rilevato:**

- che CC, in passato già sottoposto a misura di prevenzione con provvedimento del 15.10.2008, ha numerosissimi precedenti penali dal 1985 ad oggi per reati anche gravi contro il patrimonio e contro la persona (più condanne per rapina e una per tentato omicidio, plurime condanne per furto, resistenza e lesioni a pubblico ufficiale, sostanze stupefacenti ecc.) ed è attualmente detenuto in regime di arresti domiciliari per evasione, resistenza a pubblico ufficiale e danneggiamento; egli inoltre ha svariate pendenze per minacce, porto d'armi, resistenza e evasione;
- che continua a frequentare pregiudicati, (vedi prospetto dei controlli a pagina 9 della relazione dei carabinieri NORM Sanremo);

#### **Ritenuto:**

- che ciò sulla base degli elementi di fatto indicati comprovi che trattasi di persona abitualmente dedita a traffici delittuosi o che vive abitualmente con i proventi di attività delittuosa e quindi rientrante nella categoria dei soggetti di cui all'art. 1 lettere a) e b) del d.l.vo 159/11 nonché attualmente pericoloso socialmente posto che CC non ha mai smesso di commettere attività delittuosa tranne nei periodi di detenzione (fatti i calcoli per un totale di condanne a circa 27 anni di reclusione con riferimento alle sole pene detentive e senza tenere conto dell'applicazione in taluni casi della continuazione tra le pene in sede esecutiva con relative riduzioni);
- che sussiste la pericolosità concreta ed attuale del proposto ove si consideri che gli ultimi episodi delittuosi sono stati in parte commessi mentre l'imputato si trovava agli arresti domiciliari e

si collocano tutti in un arco di tempo ristretto e recente (estate 2016);

- che pertanto sussistono tutti i presupposti, sulla base di tutti gli elementi di fatto di cui sopra, per sottoporlo alla misura della sorveglianza speciale di PS. richiesta, escludendo però l'obbligo di soggiorno nel comune di residenza posto che l'obbligo di soggiorno appare nei suoi confronti particolarmente affittivo e appare privo di effettiva giustificazione preventiva attese le attuali stabili condizioni di vita dell'istante e la considerazione oggettiva che egli ha sempre attuato i propri programmi criminosi nel territorio di Ceriana e non altrove mostrando così di non aver affatto attitudine a spostarsi sul territorio; la misura del divieto di soggiorno in altri comuni della provincia potrebbe penalizzare le opportunità lavorative del proposto favorendo anziché scoraggiare le negative scelte di vita in passato intraprese;

- che dette conclusioni non paiono inficiate dalle censure mosse alla norma interne dalla sent. della Corte EDFU 23.2.2017, De Tomaso c. Italia;

che infatti, con la sentenza in esame la Corte Europea, nella sua massima espressione attraverso la decisione della Grande Camera, ha riaffermato la piena compatibilità con la CEDU delle misure di prevenzione personali delineando un orientamento che può definirsi consolidato (C. EDU 1.7.61 Lewless C. Irlanda; CEDU 18.6.71 De Wilde c. Belgio; C. EDU 22.2.94 Raimondo c. Italia; C. EDU 6.4.00 Labita c. Italia; C. EDU 8.10.13 Monno c.; C. EDU 5.10.77 Guzzardi c. Italia);

che alla luce della sentenza De Tomaso è già stata sollevato il dubbio di legittimità costituzionale della disciplina delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali) fondate sulle fattispecie di pericolosità 'generica' (ord. c. Appello Napoli 14 marzo 2017);

- che si è altresì in attesa delle motivazioni delle sezioni unite;
- che peraltro per i precedenti della Corte EDU, per la novità della questione affrontata, e per le opinioni dissenzienti, non si ritiene che quanto stabilito dalla Corte di Strasburgo con la sentenza De Tomaso, pur proveniente dalla Gran Camera, possa essere ritenuto precedente consolidato;
- che conseguentemente, alla luce della sentenza n. 49/2015 della Corte Cost. e dell'orientamento convenzionalmente orientato in materia di misure di prevenzione ormai consolidatosi anche a livello di giurisprudenza di legittimità, non pare che i principi della sentenza De Tomaso possano essere posti a fondamenti della propria decisione;

che in particolare si ritiene che nel caso concreto non si possa ravvisare alcuna lesione di diritto convenzionale e in particolare della libertà di circolazione tutelata dall'art. 2 prot. 4 CEDU sotto il profilo della prevedibilità delle restrizioni dei diritti convenzionalmente tutelati e va conseguentemente esclusa la necessità di dover sollevare eccezione di legittimità costituzionale;

- che, infatti, palese risulta la differenza tra l'ipotesi esaminata dalla Corte EDU consistente nella applicazione della misura a soggetti con meri precedenti di polizia e il caso di specie;

- che, come si è evidenziato, ed alla luce della lettura tipizzante delle categorie di pericolosità fornita dalla ormai consolidata giurisprudenza di legittimità, la fattispecie di cui ci si occupa offre elementi di fatto incontrovertibili circa la pericolosità sociale at-

tuale del soggetto: condanne, per delitti contro il patrimonio - e comunque produttivi di reddito-, passate in giudicato e pendenze con misure cautelari in atto fondate su gravi indizi per reati gravi e reiterati nel tempo, unitamente dalla costante frequenza di pregiudicati e dalla assenza di lavoro, elementi che, valutati unitamente, permettono di ritenere che il soggetto destini almeno parzialmente i proventi delittuosi al soddisfacimento dei bisogni di sostentamento della persona;

- che detti elementi erano elementi sicuramente conosciuti e apprezzabili dal proposto in quanto fondati su provvedimenti giudiziari penali e ciò rende evidente come l'imposizione della sorveglianza speciale e le restrizioni connesse dei diritti convenzionali fossero ampiamente prevedibili dal proposto quale conseguenza della sua condotta ed esclude, in pratica, qualsiasi frizione con i diritti tutelati dalla Convenzione EDU, in costanza di prevedibilità di condizioni che legittimano i limiti della libertà di circolazione considerati nella sentenza De Tomaso ( s.u. 25.3.2010, Cagnazzo che ancora il giudizio di pericolosità a elementi di fatto che siano controllabili e verificabili e non meri sospetti, illazioni, congetture);

- che pertanto vanno imposte le prescrizioni di cui all'art. 8 c. 4 e 6 d.l.vo 159/11;

- che anche la determinatezza di dette prescrizioni è stata posta in dubbio dalla sentenza CEDU 23.2.2017 De Tomaso;

- che peraltro, operando una interpretazione convenzionalmente orientata, dette prescrizioni appaiono legittime e conformi oltre che alla nostra carta costituzionale alla convenzione EDU;

- che, alla luce della giurisprudenza della C.Cost. (che già si è dunque pronunciata sul punto), va precisato che l'obbligo di vivere onestamente va inteso come obbligo di rispettare le leggi, ossia tutte le norme a carattere precettivo che prevedono sanzioni penali o amministrative (C.Cost 282/2010); che il divieto di pubbliche riunioni, ritiene questo Tribunale, in conformità con la dottrina più recente, debba essere inteso come limitato alle riunioni in luogo aperto al pubblico purché pacifiche e senz'armi di cui all'art 17 primo cpv. Cost. ed in tal senso dispone;

### **P.Q.M.**

Visti gli artt. 1, 4 lett. c) e 8 e. 6 del Decreto Leg. 159/2011

**Dispone** che CC venga sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale di PS per la durata di anni tre e per l'effetto prescrive: 1) di darsi, entro congruo termine, alla ricerca di un lavoro; 2) di fissare la propria dimora, di farla conoscere alla autorità di PS e di non allontanarsene senza preventivo avviso alla autorità medesima; 3) di vivere onestamente rispettando le leggi che prevedono sanzioni penali o amministrative; 4) di non associarsi abitualmente a persone che abbiano subito condanne o che siano sottoposte a misure di sicurezza o di prevenzione; 5) di non uscire di casa prima delle ore 7 (sette) e di non rincasare la sera più tardi delle ore 19 (diciannove) nel periodo di vigenza dell'ora solare e non prima delle ore 6 (sei) e non più tardi delle ore 21 (ventuno) nel periodo di vigenza dell'ora legale, senza comprovata necessità e, comunque, senza averne data tempestiva notizia all'autorità di PS preposta alla sua sorveglianza, che potrà altresì consentire modifiche agli orari suddetti per comprovate esigenze lavorative; 6) di non detenere e di non portare armi; 7) di non partecipare a pubbliche riunioni per le quali deve essere dato preavviso alle pubbliche autorità di cui all'art. 17 u.c. Cost. 8) di non andare lontano dalla abitazione scelta senza preventivo preavviso alla autorità preposta alla sorveglianza e di non allontanarsi dal luogo del soggiorno obbligato senza preventiva autorizzazione dell'autorità giudiziaria; 9) di presentarsi alla autorità di pubblica sicurezza preposta alla sorveglianza ad ogni chiamata di

essa; 10) Di portare con sé la carta di permanenza e di esibirla ad ogni richiesta degli ufficiali agenti di PS.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, ord. 1 marzo 2017 - Est. Baldini.

### **TENUITÀ del fatto – richiesta archiviazione PM – opposizione imputato – archiviazione con formula diversa – infondatezza notizia di reato – ammissibilità.**

(Art. 131 bis c.p.; artt. 408, 409 e 411 e 125 disp. att. c.p.p.)

### **ARMI – porto – giustificato motivo – fattispecie – attività lavorativa imputato – dipendente macelleria – giustificato motivo – sussistenza.**

(Art. 4, Legge 18 aprile 1975 n. 110)

*A fronte di richiesta di archiviazione formulata dal PM per la speciale tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p., e considerata l'opposizione dell'imputato, nulla osta a che il giudice, diversamente opinando, possa disporre l'archiviazione del procedimento con formula diversa e nel merito più favorevole (nel caso di specie per infondatezza della notizia di reato). Può sostenersi la sussistenza del "giustificato motivo" al porto di arma, nel caso in cui l'indagato rechi fuori dall'abitazione sulla propria autovettura un coltello, avendo dimostrato di svolgere l'attività professionale di macellaio presso i macelli della città e presso singole macellerie.*

Letti gli atti del procedimento ed ascoltate le argomentazioni dell'opponente nel corso dell'udienza camerale celebrata ex artt. 411 co. 1 bis c.p.p.

Rilevato che con il proprio atto di opposizione alla richiesta di archiviazione l'indagato ha documentato la propria attività professionale di macellaio presso la cooperativa "AAA".

Rilevato che la difesa evidenzia altresì come il PP - proprio in ragione dell'attività professionale svolta ai macelli di Genova Molassana e presso singole macellerie presso le quali è talvolta chiamato quando occorre dissossare animali di grosse dimensioni - utilizza abitualmente coltelli quale quello rinvenuto a bordo dell'auto dal medesimo condotta come strumento di lavoro.

Osservato oltre tutto che nel corpo dell'annotazione di P.G. redatta dagli operanti in occasione della perquisizione effettuata in data 14.3.2016, nulla viene riferito in merito ad eventuali giustificazioni richieste al prevenuto in ordine al porto di siffatto coltello (fors'anche perché l'attenzione dei militari e dell'odierno indagato si era incentrata sul rinvenimento di un modico quantitativo di sostanza stupefacente).

Ritenuto in definitiva che, sulla base ditali considerazioni, nel caso che ne occupa ben può sostenersi la sussistenza del "giustificato motivo" che legittimava il PP a portare seco al di fuori della propria abitazione il coltello in questione.

Ritenuto inoltre che il fatto che il P.M. abbia avanzato richiesta di archiviazione per la speciale tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p. non osta a che questo giudice, diversamente opinando, possa disporre l'archiviazione del procedimento con formula diversa (nel caso di specie per infondatezza della notizia di reato).

Osservato in proposito che la sostituzione, da parte del giudice, di una formula archiviativa differente rispetto a quella prospettata dal magistrato inquirente non ha rilevanza, in quanto il provvedimento rientra nella tipologia di quelli che il giudice può adottare ex artt. 408 e 411 c.p.p. e perché non invasiva delle prerogative del P.M., la cui richiesta viene comunque accolta.

Rilevato inoltre che l'archiviazione nel merito è indubbiamente più favorevole per l'indagato e che, nel caso di specie, non era necessaria l'instaurazione del contraddittorio con la persona offesa, trattandosi di reato senza una persona offesa in concreto identificabile.

# Massime

Tribunale di Genova, in Composizione Collegiale, I Sezione Penale, Secondo Collegio, 27 giugno 2017 – Pres. Est. Carpanini.

**DELITTI contro la persona – maltrattamenti contro familiari e conviventi – comportamento abitualmente inadeguato ad un contesto di vita familiare – esistenza dolorosa e avvilente della persona offesa – reato – sussistenza.**

(Art. 572 c.p.)

**DELITTI contro la persona – maltrattamenti contro familiari e conviventi – esistenza legame affettivo solido e momenti di vita familiare serena e gratificante – ripetute manifestazioni di mancanza di rispetto e di aggressività – reato – sussistenza.**

(Art. 572 c.p.)

**DELITTI contro la persona – maltrattamenti contro familiari e conviventi – ubriachezza abituale – aggravante – sussistenza.**

(Art. 94, 572 c.p.)

**DELITTI contro la persona – maltrattamenti contro familiari e conviventi – presenza figli minori – aggravante – sussistenza.**

(Art. 61 n. 11 quinquies, 572 c.p.)

*Il comportamento abitualmente inadeguato ad un contesto di vita familiare tenuto dal marito che beva con frequenza ed in modo eccessivo e costringa la persona offesa a subire per non scatenare le reazioni violente del coniuge, realizza quel regime tormentato di vita, quello stato di sofferenza, prevaricazione e umiliazione che determina un'esistenza dolorosa e avvilente, che rappresentano l'essenza stessa del reato di maltrattamenti.*

*Il delitto di maltrattamenti in famiglia è integrato anche quando le sistematiche condotte violente e sopraffattrici non realizzano l'unico registro comunicativo con il familiare, ma sono intervallate da condotte prive di tali connotazioni o dallo svolgimento di attività familiari, anche gratificanti per la parte lesa, poiché le ripetute manifestazioni di mancanza di rispetto e di aggressività conservano il loro connotato di disvalore in ragione del loro stabile prolungarsi nel tempo.*

*Il comportamento del marito che beve con frequenza ed in modo eccessivo, pur sapendo che quel suo bere provoca comportamenti che rendono dolorosa ed intollerabile per la moglie la loro relazione di talché reitera nel tempo condotte, sempre mentre si trova in stato di ubriachezza, conseguenti all'abituale abuso di sostanze alcoliche integra l'aggravante di cui all'art. 94 c.p..*

*La circostanza aggravante dell'essere stato il delitto commesso alla presenza del minore nelle ipotesi previste dall'art. 61 n. 11 quinquies cod. pen., è configurabile tutte le volte che il minore degli anni diciotto percepisca la commissione del reato, anche quando la sua presenza non sia visibile all'autore di questo, sempre che l'a-*

*gente, tuttavia, ne abbia la consapevolezza ovvero avrebbe dovuto averla usando l'ordinaria diligenza.*

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 30 giugno 2017 – Giudice Vinelli.

**DELITTI contro la pubblica fede – titolare di Sportello Automatico dell'Automobilista (STA) – qualità di pubblico ufficiale – sussistenza – autenticazione sottoscrizione – atto del pubblico ufficiale – falsità – falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atto pubblico – sussistenza.**

(Art. 479 c.p.)

*I titolari degli Sportelli Automatici dell'Automobilista (STA) e i loro delegati nel momento in cui autenticano la sottoscrizione in calce ad atti traslativi di beni mobili registrati effettuano un'operazione regolata da norme pubblicistiche, in quanto volta ad attribuire pubblica fede fino a querela di falso a quanto è stato compiuto in loro presenza. L'autenticazione della sottoscrizione è quindi atto del pubblico ufficiale, rientrando nell'esercizio dei poteri amministrativi di certificazione, la falsificazione dei quali è punita ai sensi dell'art. 479 c.p..*

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 4 luglio 2017 – Giudice Lepri.

**DELITTI contro la pubblica fede – bolletta doganale – rilevanza pubblicistica – sussistenza – mancata indicazione allo spedizioniere di tutte le merci caricate nei contenitori avviati all'esportazione – falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico – sussistenza.**

(Art. 483 c.p.)

*La bolletta doganale è documento di rilevanza pubblicistica che deve dare conto con precisione e completezza del contenuto dei contenitori avviati all'esportazione.*

*Commette falsità ideologica in atto pubblico il privato che consegna allo spedizioniere documentazione attestante con precisione la presenza solo di alcune delle merci effettivamente presenti nei contenitori avviati all'esportazione di talché questi, inconsapevolmente, redige e sottoscrive una bolletta doganale falsa.*

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 20 giugno 2016 – Giudice Staricco.

**REATI contro il patrimonio – appropriazione indebita – arredi di immobile in locazione – perdita – richiesta formale di restituzione al momento del rilascio dell'immobile – necessità – insussistenza.**

(Artt. 626 c.p.)

*Integra il reato di appropriazione indebita la condotta del conduttore di un appartamento che asporti dall'immobile oggetto di locazione i relativi arredi senza che, ai fini della sussistenza dell'illecito, sia necessaria la formale richiesta di restituzione da parte del locatore ma essendo sufficiente che a detti beni sia stata data dall'agente una diversa destinazione rispetto a quella originaria.*

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 28 giugno 2017 – Giudice Cruciali

**REATI contro il patrimonio – estorsione – condotta minacciosa – idoneità ad integrare elemento strutturale del reato – sussistenza.**

(Artt. 629 c.p.)

*In tema di estorsione, la connotazione di una condotta come minacciosa e la sua idoneità ad integrare l'elemento strutturale del reato vanno valutate in relazione a concrete circostanze oggettive, quali la personalità sopraffattrice dell'agente, le circostanze ambientali in cui lo stesso opera, l'ingiustizia della pretesa e le particolari condizioni soggettive della vittima, poiché più marcata è la vulnerabilità di quest'ultima, maggiore è la potenzialità coercitiva di comportamenti anche "velatamente" minacciosi.*

*(Fattispecie in cui la vittima consegnava mensilmente denaro all'aggressore in virtù delle minacce avanzate e del suo stato di soggezione affettiva nei confronti dell'aggressore di cui era innamorato, in un misto di paura, timore e sentimento).*

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 3 luglio 2017 – Giudice Lovesio

**REATI contro il patrimonio – furto – aggravante uso di violenza sulle cose – asportazione involucro contenente il bene oggetto di furto – assenza di ulteriori violenze – aggravante – insussistenza.**

(Artt. 624 e 625 n. 2 c.p.)

*Per la sussistenza dell'aggravante relativa all'uso di violenza sulle cose, non è sufficiente l'impiego di forza fisica ma un quid pluris che sia diretto a vincere la resistenza della cosa che la natura o l'opera dell'uomo ha posto a suo riparo e difesa. Nella fattispecie*

*la mera asportazione dell'involucro che conteneva il caricabatteria – come descritto dalla guardia giurata addetta all'anti-taccheggio – non integra l'aggravante in parola.*

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 29 giugno 2017 – Giudice Vinelli.

**STUPEFACENTI – prescrizioni di sostanze psicotrope per uso non terapeutico – farmaco contenente oppiacei indicato nel trattamento del dolore "severo" – assenza esigenze terapeutiche – reato – sussistenza.**

(Art. 83, D.P.R. 309/90)

**STUPEFACENTI – fatto di lieve entità – assenza finalità di lucro – assenza ulteriori prescrizioni – sussistenza.**

(Art. 83 e 73, c. 5 D.P.R. 309/90)

*La prescrizione in un breve arco temporale ai tre componenti di un medesimo nucleo familiare, di cui uno tossicodipendente, di una consistente quantità di farmaco contenente oppiacei nei dosaggi più elevati possibili, in mancanza della prova, della quale era onerato l'imputato, dell'esatta tipologia di patologia di cui i tre pazienti erano affetti, della precedente prescrizione di farmaci rivelatisi inefficaci e dell'effettuazione di esami clinici atti a verificare che la terapia con oppiacei in atto era corretta e necessaria, integra il reato di prescrizione abusiva.*

*La fattispecie del fatto di lieve entità di cui all'art. 73, comma quinto, D.P.R. n. 309/90 è applicabile anche alla prescrizione abusiva stante il richiamo al disposto dell'art. 73 dpr 309/90 ed in particolare dei commi 1, 4 e 5.*

*Nel caso di specie la assoluta mancanza del fine di lucro, il fatto che le prescrizioni di cui al processo fossero le uniche effettuate dal medico, il quantitativo che, seppur ingente in rapporto all'arco temporale di riferimento, non era stato tanto elevato da fare anche solo ipotizzare un sodalizio criminoso volto allo spaccio dell'eccedenza e la personalità dell'imputato (privo di precedenti o pendenze) hanno permesso di applicare le sanzioni previste dall'art. 73 c. 5 D.P.R. n. 309/90.*

# Documenti

## *Diffamazione a mezzo Internet: la responsabilità dei gestori dei siti web per i commenti pubblicati dagli utenti*

**Ilenia Siccardi**

Dottoranda di Ricerca in Diritto Penale  
Università di Genova

**Sommario:** 1. *Diffamazione a mezzo Internet.* – 2. *La responsabilità dei gestori dei siti Internet* – 3. *La responsabilità del gestore del sito web nell'ambito di una recente pronuncia della giurisprudenza di legittimità* – 4. *I precedenti nella giurisprudenza di Strasburgo* – 5. *Conclusioni.*

### 1. Diffamazione a mezzo Internet

Tra i delitti che più frequentemente possono essere commessi mediante il *web* (1) vi è, ovviamente, quello di diffamazione. È ritenuto pacifico, sia in dottrina (2), sia in giurisprudenza (3), che la diffamazione tramite *Internet* debba essere sussunta nell'ambito dell'aggravante di cui al terzo comma dell'art. 595 c.p., nella misura in cui la norma penale equipara la diffamazione commessa a "mezzo stampa" con quella posta in essere attraverso "qualsiasi altro mezzo di pubblicità" (4). La riconducibilità della condotta diffamatoria realizzata *on line* nella fattispecie aggravata di cui all'art. 595 è dovuta al fatto che la stessa presenta connotati di offensività maggiori rispetto alla diffamazione comune, proprio in virtù della particolare diffusività del mezzo utilizzato per propagare il messaggio diffamatorio, potenzialmente in grado di raggiungere, in tempi ravvicinati, un numero indeterminato di soggetti (5-6). Sulla base di quanto sovraesposto, se appare ormai consolidato, sia in dottrina che in giurisprudenza, l'orientamento secondo il quale commette diffamazione aggravata il soggetto che pubblica in un sito *Internet*, con qualsiasi modalità, scritti volti a ledere l'onore, il decoro o la reputazione di terzi, ciò che appare ancora oggetto di contrasto, sia a livello interno che sovranazionale, concerne l'imputazione di una responsabilità penale in capo al gestore di un sito *Internet*, per concorso con l'autore del delitto di diffamazione.

### 2. La responsabilità dei gestori dei siti Internet

Data la peculiarità delle modalità di acquisizione e circolazione dei contenuti illeciti su un sito *web* si è posta la questione della responsabilità dei soggetti coinvolti nella gestione di tali spazi. In particolare, negli ultimi anni in giurisprudenza risulta dibattuta la questione se il *provider* sia tenuto al controllo dei contenuti immessi in rete mediante i servizi di accesso al *web* e se tale oneroso controllo dia luogo a qualche forma di responsabilità. In sostanza, si tratta di valutare se possa essere ascritta una qualche responsabilità penale non solo in capo all'autore del messaggio offensivo,

bensì anche nei confronti del soggetto (*host provider* nel caso in esame), il quale mette a disposizione dell'utente uno spazio *web* idoneo a contenere e diffondere commenti, immagini ovvero ogni altra applicazione dal contenuto, *lato sensu*, informativo (7).

I criteri di individuazione della responsabilità dei *providers* possono essere ricondotti, a livello puramente teorico, in tre categorie: dell'*autoria*, della responsabilità concorsuale e della violazione di obblighi giuridici di impedimento di eventi illeciti (8).

Inizialmente, il *provider* era ritenuto corresponsabile dell'illecito commesso dall'utente sulla base della c.d. *culpa in vigilando*, consistente nel mancato adempimento dell'obbligo di monitoraggio, in virtù della posizione di garanzia dallo stesso rivestita (9). In particolare, si ravvisava la responsabilità penale sulla base della preventiva assimilazione della posizione del *provider* a quella del direttore del giornale cartaceo. Tale circostanza venne presto esclusa dalla giurisprudenza della Cassazione per due ordini di ragioni: a) estendeva a dismisura la responsabilità del provider (10); b) comportava un'arbitraria estensione della disciplina prevista dagli artt. 57 e 57 bis c.p. per il direttore o vice-direttore responsabile di un periodico o non periodico ai siti *Internet*, dando luogo ad un caso di analogia in *malam partem* (per definizione vietata in ambito penale *ex artt.* 14 Preleggi, 25 comma 2 Cost., e art. 1 c.p.) (11-12). Invero, alla fine degli anni Novanta, la giurisprudenza di merito (13) escludeva la responsabilità del *provider*, per le violazioni commesse dagli utenti sul proprio *server*, in virtù dell'assenza di poteri di controllo e vigilanza sugli interventi ivi inseriti (14-15). Escluso, quindi, che la responsabilità dell'*hosting* possa trovare fondamento negli artt. 57 e 57 bis c.p. (16), dottrina e giurisprudenza hanno valutato se un'eventuale responsabilità penale potesse discendere dalla posizione di garanzia *ex art.* 40 c.2 (che postula, in capo al soggetto agente, la preventiva individuazione di un obbligo giuridico di tenere una determinata condotta e di impedire un evento *hic et nunc* considerato), ovvero dalla violazione di un obbligo giuridico previsto in precetti *extrapenali*. Autorevole dottrina (17) individua la fonte dell'obbligo di garanzia *ex art.* 40 c. 2 in una precedente attività pericolosa o nella legge. Nell'ambito specifico di *Internet*, è da escludersi che la gestione e la concessione di servizi di rete da parte del *provider* costituisca un'attività pericolosa (18-19). La predisposizione di un accesso al *web* rappresenta un'attività "neutra" (20), dal momento che permette a tutti gli utenti di accedere alle informazioni che circolano in rete e consente agli stessi di interagire tra loro, al fine di garantire la natura sostanzialmente "democratica" di *Internet* (21).

Inoltre, deve evidenziarsi anche l'impossibilità di rinvenire nel nostro ordinamento una norma giuridica che ravvisi in capo al gestore di un sito l'obbligo giuridico di impedire che soggetti terzi inseriscano commenti diffamatori, attraverso un controllo preventivo di tutti i materiali che vengono fatti circolare in rete (22).

In assenza di una norma che imponga al *provider* di censurare *ex ante* tutto ciò che viene fatto circolare *on line* e dopo aver constatato che la messa a disposizione dei servizi *web* non può essere considerata come attività pericolosa, risulta opportuno valutare se la fonte dell'obbligo giuridico di impedire la commissione di reati, quale quello di diffamazione a mezzo *Internet*, possa rinvenirsi in precetti *extrapenali*.

Lo stesso legislatore ha escluso espressamente la sussistenza di un obbligo giuridico di controllo preventivo, in capo agli *Internet service providers*, sui contenuti diffusi nel *web*. Il riferimento è al d.lgs. n. 70 del 2003, che attua la direttiva 2000/31/CE sul c.d. commercio elettronico (23). Il principio di ordine generale che si evince dalla normativa consiste nell'impossibilità, in capo ai singoli Stati membri, di imporre ai fornitori di servizi *Internet* un obbligo di sorveglianza attiva di carattere generale. Invero, dall'art. 17 della normativa italiana, emerge chiaramente come il fornitore dei servizi non sia assoggettato ad alcun obbligo di sorveglianza sulle informazioni trasmesse o memorizzate, né sussista in capo allo stesso un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite (24). La norma prevede, tuttavia, nei commi successivi una serie di obblighi informativi e comunicativi in capo al *provider* (25-26). Inoltre, con particolare riferimento all'attività di *hosting*, ai sensi dell'articolo 16 del d.lgs., è stato previsto che l'autorità giudiziaria o amministrativa competente possa esigere l'intervento dello stesso, al fine di impedire o rimuovere le violazioni commesse.

Orbene, i suddetti obblighi di segnalazione in capo all'*Internet service provider* di cui all'art. 17, nonché quelli di rimozione dai propri *server* del materiale illecito memorizzato *ex art.* 16, non rappresentano generalizzati obblighi di impedimento dell'illecito altrui, bensì impongono un mero obbligo di attivarsi al fine di segnalare all'autorità competente un reato commesso da altri e di ridurre gli effetti disvolti di reati già realizzati (27). Inoltre, si tratta di regole di comportamento e modelli di diligenza che devono essere tenuti successivamente alla consumazione di tutti quei reati che si realizzano a mezzo *Internet*. Siccome, in tali casi, l'intervento del *provider* non sarebbe in grado di impedire il reato ma, al più, attenuarne le conseguenze, si è fuori dal perimetro del reato omissivo improprio. Inoltre, la stessa normativa comunitaria e quella di recepimento non predispongono in capo al *provider* poteri giuridici di impedimento dei reati via *web*, dal momento che spetta all'autorità la valutazione sull'attività di rimozione del messaggio offensivo memorizzato (28). Sulla base di quanto sovresposto, risulta evidente come il formante legislativo, dottrinale e giurisprudenziale maggioritario abbiano escluso un obbligo di impedimento, in capo all'*ISP*, dei reati realizzati da terzi. Solo parte della dottrina minoritaria (29) ravvisa negli articoli summenzionati del d.lgs. 70/2003 (30), la fonte giuridica di quegli obblighi di garanzia che, ai sensi dell'art. 40 c.p., costituiscono il presupposto della responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento (31).

Pertanto, data l'asserita mancanza di obblighi giuridici di impedimento che non consentono di ravvisare una responsabilità penale a titolo di omissione, applicando i principi generali, nulla sembra ostare all'affermazione di una responsabilità penale del *provider* in qualità di autore del reato *de quo*, riconducendo direttamente in capo allo stesso il contenuto diffamatorio (circostanza evidentemente da escludersi nel caso in esame), ovvero a titolo di responsabilità concorsuale *ex art.* 110 c.p.

### 3. La responsabilità del gestore del sito web nell'ambito di una recente pronuncia della giurisprudenza di legittimità.

Con una recente pronuncia (32), la Suprema Corte di Cassazione ha affermato per la prima volta la responsabilità penale del *provider* per il dato diffamatorio postato da soggetti terzi specificamente individuati (33), non ravvisandosi, nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, precedenti specifici con riferimento al delitto di diffamazione. Nel caso *de quo*, un utente aveva pubblicato nella *community* di un sito di interesse calcistico un commento diffamatorio nei confronti del Presidente della Lega Nazionale Italiana Gioco Calcio. In tale contesto, il gestore del sito non è stato ritenuto responsabile per il mero inserimento del commento offensivo, immesso autonomamente dall'autore, bensì per l'aver mantenuto consapevolmente l'articolo *on line* (dato che aveva ricevuto una mail dall'utente, contenente il certificato penale del diffamato), consentendo che lo stesso esercitasse l'efficacia diffamatoria, fino alla data del sequestro preventivo del sito. La Cassazione, quindi, ravvisa il principio generale di imputazione della responsabilità nell'obbligo di rimozione, in capo ai gestori dei siti *web*, di ogni contenuto offensivo pubblicato *on line* da soggetti terzi e del quale i gestori stessi siano venuti a conoscenza.

### 4. I precedenti nella giurisprudenza di Strasburgo.

I Giudici di legittimità, con la sentenza sovraesposta, pongono in essere un'interpretazione che pare mal conciliarsi con gli approdi cui è giunta la Corte EDU (34), la quale si è pronunciata recentemente su un caso di violazione della reputazione aziendale, in seguito ad alcuni commenti pubblicati dagli utenti su di un portale *on line* (35). Benché i giudici nazionali, nel caso *de quo* ungheresi, avessero ravvisato una responsabilità dei *providers* fondata sull'omesso svolgimento di un controllo preventivo di quanto pubblicato dai soggetti terzi in rete, la Corte di Strasburgo ha ravvisato la violazione del diritto di esprimersi liberamente, non avendo i giudici nazionali effettuato alcun bilanciamento tra la libertà di espressione *ex art.* 10 CEDU ed il diritto alla reputazione *ex art.* 8.

Pur giungendo ad esiti contrapposti, i Giudici di Strasburgo hanno ritenuto possibile applicare i principi espressi nel caso *Delfi AS contro Estonia* (36). Premesso che si individua in quest'ultima pronuncia il primo caso affrontato da Strasburgo, la Corte EDU aveva stabilito la regola generale secondo cui si sarebbe potuta ravvisare una responsabilità a carico dei portali delle notizie *on line* qualora i commenti pubblicati dagli utenti avessero riportato messaggi di odio e/o minacce dirette all'integrità fisica delle persone, ai diritti e agli interessi altrui e qualora fossero omesse tutte quelle misure idonee ad eliminare i commenti stessi (37). Applicando il suddetto principio, proprio in ragione dell'assenza di qualsiasi genere di incitamento alla violenza e all'odio razziale, nel caso *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete contro Index.hu Zrt*, la Corte sovranazionale è giunta ad una soluzione differente, ritenendo prevalente la libertà di espressione (38). Per quanto offensivi e volgari, i commenti in questione non dovevano essere ritenuti illegali. Inoltre, dapprima con il caso *Delfi* e successivamente con il caso *Magyar*, la Corte EDU ha elaborato tutta una serie di criteri, che gli stessi giudici interni devono prendere in considerazione, al fine di verificare un'eventuale ingerenza del *provider* nella libertà di espressione. Tra i parametri specifici da valutare prima di procedere all'affermazione di una responsabilità penale in

capo al gestore di un sito *Internet*, i giudici sovranazionali ritengono sia opportuno prendere in esame: a) il contesto, il contenuto e lo stile del commento; b) la responsabilità degli autori dei commenti come alternativa a quella del portale; c) le misure adottate dal portale per evitare o rimuovere i commenti diffamatori ed il comportamento tenuto dal soggetto che si ritiene diffamato; d) le conseguenze della pubblicazione (39).

Ad un primo esame, la pronuncia della Cassazione sembra muoversi in direzione opposta rispetto ai principi che emergono dalle pronunce della Corte EDU. Come rilevato precedentemente, la regola generale elaborata dai giudici di Strasburgo individua la responsabilità dei gestori dei portali nel caso in cui i commenti degli utenti assumano contenuti di odio e diventino minacce dirette all'integrità fisica delle persone e gli stessi gestori non riescano ad adottare misure efficaci per rimuovere tempestivamente i contenuti illegali. Proprio sulla base di tale presupposto, i giudici sovranazionali individuano una responsabilità in capo al gestore del sito nel caso *Delfi* e la escludono nella pronuncia più recente *Magyar*. La sentenza della Cassazione, invece, sembra non prendere minimamente in considerazione tale aspetto. È pur vero che il commento pubblicato sul sito d'interesse calcistico risultava essere offensivo e volgare, tuttavia non costituiva né un incitamento all'odio, né una minaccia nei confronti dell'integrità fisica di terzi.

Inoltre, le pronunce della Corte EDU fanno riferimento al diritto alla libertà di espressione non in quanto tale, bensì in uno dei suoi elementi particolari, ossia il diritto alla libertà di stampa: il riconoscimento della responsabilità del gestore di un sito *Internet*, infatti, limita la libertà di stampa, che comprende la comunicazione su *Internet*. La giurisprudenza sovranazionale ritiene che, anche se non possano essere equiparati agli editori nel senso tradizionale del termine, i portali di notizie *Internet* debbano essere comparati ad organi di stampa, con conseguenti obblighi e responsabilità. Tale equiparazione è stata accolta anche in alcuni Stati membri, tra cui l'Ungheria. Nel caso *Magyar*, infatti, la Corte EDU ha condiviso il parere della Corte Costituzionale ungherese nella decisione 19/2014, in relazione al quale il comportamento dei ricorrenti deve essere valutato alla luce dei principi applicabili alla stampa. Il giudice di legittimità italiano non solo non prende in considerazione tale aspetto nella pronuncia bensì, in un precedente intervento a Sezioni Unite (40), ha escluso che la disciplina giuridica della stampa potesse essere applicata in relazione alle modalità di manifestazione del pensiero a mezzo *Internet*, quali *forum*, *blog* e portali (41).

Benché, quindi, la pronuncia della Cassazione sembri muoversi in una direzione opposta rispetto al caso *Magyar* ed ai principi sanciti nel caso *Delfi*, in realtà non se ne discosta. La Cassazione, infatti, non stabilisce alcun principio generale in base al quale i gestori dei siti *Internet*, d'ora in avanti, saranno ritenuti responsabili dei contenuti pubblicati dagli utenti sulle proprie pagine, né riconosce una generale responsabilità editoriale dei siti *web*.

Invero, il principio cardine derivante dall'ordinamento sovranazionale è quello secondo il quale l'affermazione della responsabilità oggettiva dei portali che pubblicano commenti in assenza di una preventiva moderazione è incompatibile, salvo nei casi di *hate speech*, con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In tutti i casi presi in esame, data la mancanza di un obbligo generale di sorveglianza, così come previsto dalla direttiva 2000/31/CE, non viene mai affermato il principio un'automatica responsabilità del gestore in rela-

zione ai commenti diffamatori pubblicati dagli utenti sul *web* (42).

Inoltre, il gestore del sito *web*, una volta informato della lesività di quanto postato in rete da terzi, deve adoperarsi per intervenire, al fine di evitare il verificarsi di danni nei confronti della vittima del commento diffamatorio, dal momento che la persona offesa non ha strumenti per impedire la diffusione virale del commento. Sulla base di questo principio stabilito sia nella direttiva, sia nella giurisprudenza della Corte EDU, è possibile ravvisare un filo conduttore tra le due pronunce della Corte sovranazionale e quella in commento. Quest'ultima fonda la responsabilità concorsuale del *provider* sul fatto di aver mantenuto consapevolmente *on line* il contenuto offensivo fino alla data del sequestro preventivo del sito, nonostante fosse a conoscenza dello stesso in un momento antecedente al sequestro, in virtù della mail ricevuta contenente il certificato penale della persona offesa, allegato al commento. Anche nel caso *Delfi*, la Corte di Strasburgo era giunta a ravvisare una responsabilità in capo al gestore in quanto, una volta avuto notizia dei commenti offensivi, non si era attivato immediatamente nel rimuoverli (gli stessi erano rimasti *on line* per sei settimane).

Medesimo principio è stato applicato nel caso *Magyar*. Quest'ultimo si distingue, tuttavia, dai due casi precedenti per il fatto che la società danneggiata non aveva mai chiesto ai ricorrenti di rimuovere i commenti, essendosi rivolta direttamente al tribunale nazionale per chiedere giustizia. Quindi, con particolare riferimento all'indice concernente la valutazione del comportamento del portale, va rammentata la circostanza secondo la quale lo stesso, appena avuto conoscenza dell'azione civile, avesse rimosso il commento (43), non sottraendosi agli obblighi di rimozione dei contenuti. Inoltre, sempre in quest'ultimo caso, il sito forniva alcune misure generali per evitare commenti diffamatori sui proprio portali o per rimuoverli quali: a) un sistema di segnalazione dei contenuti offensivi (c.d. *notice-and-take-down system*) che, se fosse stato prontamente attivato, avrebbe tutelato la reputazione delle società che lamentavano la lesione; b) un *disclaimer*, che dettava termini e condizioni, prevedendo che chi avesse scritto dei commenti avrebbe assunto la diretta responsabilità degli stessi.

Infine, altro principio che emerge a livello sovranazionale e che è stato preso in considerazione, implicitamente, nella pronuncia della Cassazione è quello secondo il quale vi sia una sostanziale differenza tra la reputazione di una società e la reputazione di un individuo. Per quanto concerne la persona, infatti, la diffamazione si riflette sul suo *status* sociale ed è quest'ultimo interesse che va maggiormente tutelato in quanto ha ripercussioni sulla stessa dignità dell'individuo. È anche per tali motivi che è stata possibile ravvisare una responsabilità in capo ai gestori dei siti *Internet* nel caso *Delfi* e in quello oggetto del presente commento (dal momento che veniva leso l'onore di singoli individui), a differenza del caso *Magyar*, in cui veniva lesa la reputazione di due società operanti nel settore immobiliare.

In definitiva, quindi, per quanto ad un primo approccio sembra che i giudici italiani abbiano aderito ad un'interpretazione potenzialmente in conflitto con i recenti arresti della Corte europea dei diritti dell'uomo, per gli esiti contrapposti a cui giungono, in realtà non risulta possibile annoverare la sentenza in epigrafe quale *landmark decision* in tema di responsabilità degli ISP, né aspirare alla definizione di un nuovo regime di responsabilità degli stessi.

## 5. Conclusioni

La sentenza della Corte di Cassazione si colloca in quel filone dottrinale e giurisprudenziale che esclude l'equiparazione tra la posizione del *provider* e quella del direttore o vicedirettore di una testata giornalistica, in quanto riprodottriva di un'analogia in *malam partem* (44). Nel risolvere la questione, i giudici di legittimità hanno ravvisato la responsabilità dell'imputato richiamando la disciplina in materia di concorso di persone nel reato *ex art.* 110 c.p. che, come è noto, richiede il requisito di un contributo compartecipativo materiale o morale, volto alla realizzazione di una determinata fattispecie. Pur non soffermandosi in maniera dettagliata sulla condotta del gestore, la Cassazione individua tale contributo nel fatto di aver mantenuto consapevolmente l'articolo nella *community* del sito, nonostante la *mail* inviata dall'autore del commento diffamatorio. La sentenza, tuttavia, consente di svolgere alcune considerazioni in tema di responsabilità concorsuale. In particolare risulta opportuno valutare se il concorso del *provider* sia di tipo commissivo o omissivo, ovvero possa essere ricondotto alla mera connivenza. A parere di chi scrive, sembra doversi escludere la prima circostanza, dal momento che il mantenimento del contenuto diffamatorio è legato ad un'inerzia del gestore, prescindendo da qualsiasi azione dello stesso. Affinché, tuttavia, possa ravvisarsi un concorso di carattere omissivo risulta necessario che l'omissione costituisca violazione di un obbligo giuridico di garanzia. È proprio la mancanza di tale requisito che contraddistingue il concorso per omissione dalla mera connivenza, situazione in cui il soggetto assiste alla perpetrazione di un reato, che ha la possibilità materiale, ma non l'obbligo giuridico di impedire (45). Nel caso *de quo*, non viene fatto riferimento ad alcuna posizione di garanzia, dato che l'elemento determinante volto a fondare la responsabilità del gestore è costituito dalla mera conoscenza del contenuto offensivo.

In conclusione, quindi, esclusa la sussistenza di un concorso commissivo, non pare configurabile, per le ragioni anzidette, nemmeno un concorso di tipo omissivo. La mera conoscenza del contenuto ingiurioso, in mancanza di una posizione di specificamente individuata, costituirebbe, quindi, connivenza priva di rilevanza penale (46).

### Note:

(1) In quanto mezzo di comunicazione di massa, *Internet* rientra a pieno titolo nella tutela di cui all'art. 21 Cost., con i soli limiti rappresentati dalla tutela della persona umana, che si concretizzano nella tutela del diritto all'immagine, al nome, all'onore, alla reputazione ed alla riservatezza. Cfr. P. Costanzo, *Profili costituzionali di Internet*, in AAVV., *I problemi giuridici di internet*, a cura di L. Tosi, Milano, 2003, 72.

(2) P. Galdieri, *Il momento di consumazione del reato scatta con la percezione dell'offesa*, in *Guida dir.*, 2001, 73 ss.; M. Minasola, *Blogging e diffamazione: responsabilità dell'amministratore del sito per i commenti dei lettori*, in *Arch. pen.*, 3, 2013; M. Nisticò, *Sui reati contro l'onore per "via telematica"*, in *Dir. pen. e proc.*, 2002, 57; S. Peron, *La diffamazione tramite mass media*, Padova, 2006, 377; C. Parodi, *I reati di ingiuria e diffamazione a mezzo internet*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 884; L. Picotti, *Profili penali delle comunicazioni illecite via internet*, in *Dir. inf.*, 1999, 288 ss.; I. Salvadori, *I presupposti della responsabilità penale del blogger per gli scritti offensivi pubblicati su un blog da lui gestito*, in *Giur. pen.*, n. 4, 2007, 1069 ss.; L. Scopinaro, *Diffamazione via Internet: applicabilità della circostanza aggravante relativa all'uso del mezzo di pubblicità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 1405 ss.; L. Scopinaro, *Internet e delitti contro l'onore*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 631 ss.; T. De Fatis, *La controversia disciplina penale*, cit., 307 ss.

(3) G.i.p. Oristano, 23 maggio 2000, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1405; Trib. Trani, 18 febbraio 2003, in *Cass. pen.*, 2003, 3956; Trib. Milano, 12 ottobre 2005, in *Foro ambr.*, 2005, 419; Trib. Lecce, 16 maggio 2007, in *www.iusexplorer.it*; C. App. Palermo, 13 giugno 2012, n. 2648, in *Guida dir.*, 49-50, 58; T. Genova, 21 gennaio 2013, n. 867, *ivi*, 2013, 23, 61; Cass., sez. V, 17 novembre 2000, n. 4741, in *Cass. pen.*, 2001, 1832, con nota E. Perusia, *Giurisprudenza italiana anche per le offese online su un sito straniero*; M. Nisticò, *Sui reati contro l'onore per "via telematica"*, cit., 59; Cass., sez. V, 1 luglio 2008, n. 31392, in *Guida dir.*, 2008, 40, 87; Cass. civ., sez. III, 25 agosto 2014, n. 18174, in *www.iusexplorer.it*; Cass., sez. V, 16 gennaio 2015, n. 6785, *ivi*.

(4) Il legislatore non ha ritenuto opportuno elencare "i mezzi tecnici idonei" alla trasmissione di notizie (ma anche di opinioni, concetti e critiche), vincolando l'interprete nel recinto di un *numerus clausus*, ma, in considerazione della imprevedibilità (e della celerità) del progresso tecnologico, ha preferito elaborare categorie generali, lasciando all'interprete il compito di verificare se, alla luce delle nuove e continue innovazioni tecniche ed all'immissione sul mercato di nuovi strumenti comunicativi, la fattispecie concreta potesse essere ricondotta a quella astratta prevista dalla norma. Cass., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 32243, in *Cass. pen.*, 2016, 1, 43.

(5) Cass. sez. V, 21 giugno 2006, n. 25875, in *Foro it.*, 9, II, 486; Cass., sez. V, 4 aprile 2008, n. 16262, in *Cass. pen.*, 2009, 4, 1545; Cass., sez. V, 4 novembre 2010, n. 7408, in *www.iusexplorer.it*; Cass., sez. V, 28 aprile 2015, n. 24431, in *Guida al dir.*, 2015, 32, 91; Cass., sez. V, 6 luglio 2015, n. 3963, in *Riv. pen.*, 2016, 4, 343.

(6) Tale situazione si differenzia, tuttavia, da quella in cui il messaggio diffamatorio sia stato inviato in rete a più destinatari determinati, ravvisandosi, in tal caso, il delitto di diffamazione semplice. Cfr. E. M. Forner, *Ancora sui messaggi diffamatori tramite e-mail*, in *Riv. pen.*, 2002, 956 ss.

(7) D. De Natale, *Responsabilità penale dell'internet service provider per omesso impedimento e per concorso nel reato di pedopornografia*, in G. Grasso- L. Picotti- R. Sicurella (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, 295 ss.; B. Donato, *La responsabilità dell'operatore di sistemi informatici*, in *Dir. inf.*, 1996, 139; G. Fornasari, *Il ruolo della esigibilità nella definizione della responsabilità penale del provider*, in L. Picotti (a cura di), *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, Padova, 2004, 423 ss.; D. Petrini, *La responsabilità penale per i reati via Internet*, Napoli, 2004, 90 ss.; L. Picotti, *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei service-providers in internet*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 379 ss.; F. Ruggiero, *Individuazione nel cibernazio del soggetto penalmente responsabile e ruolo dell'internet provider*, in *Giur. mer.*, 2001, 86 ss.; S. Seminara, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, in *Dir. inf.*, 1998, 745 ss.; A. Ingrassia, *Il ruolo dell'ISP nel cibernazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Le responsabilità penali del provider nell'ordinamento italiano*, in L. Luparia (a cura di), *Internet Provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, Milano, 2012, 24 ss.

(8) Così, S. Seminara, *La Responsabilità penale*, cit., 750.

(9) Trib. Napoli, 8 agosto 1997, in *Dir. inf.*, 1997, 970.

(10) Cfr. P. Costanzo, *Internet (diritto pubblico)*, in *Dig. disc. pubb.*, 2000, 368; F. Ruggiero, *Individuazione nel cibernazio del soggetto penalmente responsabile*, cit., 590; A. Del Ninno- M. Simbula, *Il corretto approccio alla telematica: un'analisi giurisprudenziale*, in *Dir. & Giust. (web)* - <http://www.dirittoegiustizia.it>, 23 gennaio 2017.

(11) In giurisprudenza, Trib. Roma, 4 luglio 1998, in *Dir. inf.*, 1998, 807; Trib. Aosta, 15 febbraio 2002; in dottrina, R. Cosa - L. Viola, *La responsabilità del Provider: inquadramento giuridico ed evoluzioni giurisprudenziali*, in *Sicurezza e Giustizia*, 2014, n. 3, 18-19; T. De Fatis, *La proposta di riforma della disciplina sulla diffamazione a mezzo internet. Osservazioni critiche*, in *Dir. internet*, 2006, 2, 193 ss.; S. Seminara, *La responsabilità penale*, cit., 750; Z. Zencovich, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche*, in *Dir. inf.*, 1998, 15 ss.

(12) Sull'inammissibilità del tentativo di assimilare la figura del *provider* a

quella del direttore di una testata giornalistica stampata, cfr. in dottrina, M. Miglio, *La responsabilità dell'amministratore di un gruppo Facebook per i commenti offensivi pubblicati da altri utenti: un travagliato percorso giurisprudenziale*, in *Giur. pen. (web)* - <http://www.giurisprudenzapenale.com>, 2016, 9; G. Corrias Lucente, *Il diritto penale dei mezzi di comunicazione di massa*, Padova, 2000, 260; ID., *Ma i network providers, i service providers e gli access providers rispondono degli illeciti penali commessi da un altro soggetto mediante l'uso degli spazi che loro gestiscono?*, in *Giur. mer.*, 2004, 2526; Z. Zencovich, *La pretesa estensione*, cit., 18; L. Picotti, *Profili penali*, cit., 1999, 302; G. Buonomo *Le responsabilità penali*, in AA.VV., *I problemi giuridici di Internet*, Milano, 2003, 604; D. Chindemi, *Diffamazione a mezzo stampa*, Milano, 2006, 172 ss.; C. Melzi D'eril - G. E. Vigevani, *La responsabilità del direttore del periodico telematico, tra facili equiparazioni e specificità di Internet*, in *Dir. inf.*, 2010, 98, ss.; V. Pezzella, *Blog uguale giornale? C'è chi dice sì. Se chi gestisce il sito è come il direttore*, in *Dir. & Giur.*, 2006, 75; I. Pisa, *Profili di responsabilità penale del direttore di periodici telematici*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 4, 457; G. Stea, *La diffamazione a mezzo Internet*, in *Riv. pen.*, 2008, 1250; in giurisprudenza, App., Torino, 23 aprile 2010; Cass., sez. V, 15 maggio 2008, n. 24018, in *Guida dir.*, 2008, 33, 103; Cass., sez. III, 11 dicembre 2008, n. 10535, in *Riv. pen.* 2009, 7-8, 835; Cass., sez. V, 1 ottobre 2010, n. 35511, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 4355; Cass., sez. V, 28 ottobre 2011, n. 44126, in *Foro it.*, 2012, I, II, 1 ss.

(13) Trib. Roma, 4 luglio 1998, in *Dir. inf.*, 1998, 807, con nota di P. Costanzo, *I newsgroups al vaglio dell'autorità giudiziaria*.

(14) Un altro orientamento, ritenendo attività pericolosa quella posta in essere dal provider, riteneva applicabile l'art. 2050 cod. civ. Egli poteva essere esonerato da possibili profili di responsabilità solo qualora avesse dimostrato di aver adottato tutte le misure necessarie ed idonee ad evitare il danno. Un altro orientamento ravvisava una responsabilità per fatto proprio, per violazione dell'art. 2043 cod. civ., sulla responsabilità extracontrattuale, per non aver rispettato i canoni di prudenza, diligenza e perizia. Altri, evidenziavano la responsabilità dei padroni/commitenti per gli illeciti dei loro domestici e commessi ex art. 2049 cod. civ.

(15) Parziale deroga all'assenza di responsabilità sussisteva ogni qual volta il provider avesse fornito contenuti immessi da soggetti terzi il cui anonimato era coperto dallo stesso. Trib. Bologna, 26 novembre 2001.

(16) Cfr. Cass., sez. V, 16 luglio 2010, n. 35511, in *Dir. pen. e proc.*, con nota I. Pisa, *Profili di responsabilità penale*, cit., 457; Cass., sez. V, 5 novembre 2013, n. 10594, in *Cass. pen.*, 2015, 3, 1202.

(17) G. Grasso, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, 184 ss.; F. Giunta, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, F. Mantovani, *L'obbligo di garanzia costruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 337.

(18) In questi termini, D. Petrini, *La responsabilità penale per i reati via Internet*, Napoli, 2004, 169; F. Resta, *La responsabilità penale del provider: tra laissez faire ed obblighi di controllo*, in *Giur. merito*, 2004, 1922; Contra, F. SGUBBI, *Parere pro veritate*, in *Dir. inf.*, 2009, 746, che afferma, in merito alla vicenda *Google vs Vivi Down*, "la gestione di un sito nel quale chiunque può caricare un proprio video con una semplice operazione di upload è senza dubbio esercizio di attività pericolosa per i beni altrui, considerata anche la potente diffusività dei messaggi diffusi a mezzo Internet".

(19) Anche qualora si considerasse Internet un'attività intrinsecamente pericolosa, l'ordinamento giuridico si mostrerebbe tollerante nei confronti della stessa, in virtù della prevalenza della sua utilità sociale. Cfr. G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, 2014, 581-582.

(20) In giurisprudenza, App. Torino, 23 aprile 2010; in dottrina, M. Miglio, *La responsabilità dell'amministratore di un gruppo Facebook per i commenti offensivi pubblicati da altri utenti: un travagliato percorso giurisprudenziale*, in *Giur. pen. (web)* - <http://www.giurisprudenzapenale.com>, 2016, 9; L. Picotti, *La responsabilità penale*, cit., 380; U. SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, 1206.

(21) D. Petrini, *op. cit.*, 169. Secondo l'Autore, la commissione di reati on line non può rendere, di per sé, pericolosa l'attività del provider, poiché è proprio grazie ad essa che gli utenti sono messi in grado di conoscere l'enorme massa di informazioni che circola sul web, necessaria al fine di gestire la propria vita sociale, professionale e privata.

(22) L'impossibilità di un efficace controllo preventivo concerne sia il piano giuridico (in quanto valgono le garanzie di cui all'art. 15 Cost., con particolare riferimento ad alcune tipologie di comunicazioni, quali la corrispondenza tramite mail), sia il piano tecnico (ogni provider dovrebbe attivare contemporaneamente una pluralità di dipendenti non solo al fine di controllare tutte le operazioni compiute in tempo reale dagli utenti, ma anche per controllare la sterminata massa di accessi ad ogni tipo di sito web); D. Petrini, *op. cit.*, 166; L. Picotti *La responsabilità penale*, cit., 380.

(23) Si tratta di una direttiva elaborata dal legislatore comunitario per porre argine alle notevoli divergenze vigenti tra le normative e le giurisprudenze nazionali nel campo della responsabilità degli ISP. Si deve preliminarmente precisare che il decreto legislativo di attuazione si applica, altresì, alle attività anche di tipo non specificamente e-commerce. (24) Cfr., A. Putignani, *Sul provider responsabilità differenziate*, in *Guida dir.*, 2003, 52; D. Petrini, *op. cit.*, 191 ss.

(25) Qualora il provider, infatti, sia a conoscenza di presunte attività od informazioni illecite riguardanti un destinatario dei suoi servizi, deve informare tempestivamente l'autorità giudiziaria o quella amministrativa di vigilanza. Inoltre, al fine di individuare e prevenire attività illecite, deve fornire, senza indugio, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi. Infine, con riferimento all'attività di hosting, consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile delle stesse a due condizioni: a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso

(26) Secondo alcuni Autori, dagli artt. 16 e 17 del decreto legislativo n. 70/2003 emergerebbe il c.d. obbligo di notice (informazione all'autorità competente del carattere illecito del messaggio diffamatorio) and take down (di rimozione dello stesso, qualora sia richiesto dall'autorità competente). Cfr. F. Buffa, *Responsabilità del gestore di sito internet*, in *Quest. Giust. (web)*, -<http://www.questionegiustizia.it>, 9 gennaio 2017; nello stesso senso, G. Ferrando, *La Corte di legittimità torna sulla vexata questio della responsabilità penale del gestore di un sito internet*, in *Il Penalista (web)*, -<http://www.ilpenalista.it>, 23 gennaio 2017.

(27) Analogo ragionamento vale anche con riferimento all'ambito specifico: a) della pedopornografia (artt. 14 ter e 14 quater, legge n. 269 del 1998, introdotti dall'art. 19 della legge n. 38 del 2006, che impongono all'ISP l'obbligo di collaborare con Centro nazionale per il contrasto della pedopornografia sulla rete Internet, al fine di reprimere i reati connessi allo sfruttamento sessuale dei minori); b) del diritto d'autore (art. 163 L. n. 633 del 1941, che individua la possibilità in capo al giudice di inibire ai provider la prosecuzione di attività che violino il diritto d'autore); c) della protezione dei dati personali. Cfr. L. Picotti, *sub. Art. 600 ter, comma 3, c.p. (Pornografia minorile)*, in Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova, 2006, 207 ss.; R. Flor, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, Padova, 2010, 456.

(28) L. Guidobaldi, *You Tube e la diffusione di opere protette dal diritto d'autore: ancora sulla responsabilità dei providers, tra hoster attivi, conoscenza dell'illecito e obbligo di sorveglianza*, in *Dir. inf.*, 2010, 293; A. Ingrassia, *op. cit.*, 55 ss

(29) L. Picotti, *op. cit.*, 504; L. Picotti, *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia in internet (l. 6 febbraio 2006, n. 38)*

in *Stud. Iur.*, 2007, 1207 ss.; R. FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, Padova, 2010, 457.

(30) Tale dottrina minoritaria ritiene applicabile lo stesso ragionamento anche con riferimento agli artt. 14 *ter* e 14 *quater*, legge n. 269 del 1998, art. 163 L. 633/1941, e al d.lgs. 196/2003 in tema di *privacy*.

(31) A. Ingrassia, *op. cit.*, 59. Secondo l'Autore, tale dottrina minoritaria cela, dietro ad ipotesi di responsabilità omissiva impropria, casi di reati omissivi propri, cioè di illeciti il cui disvalore si esaurisce nel mancato compimento della condotta imposta dall'ordinamento, a fronte di una situazione da cui scaturisce l'obbligo di attivarsi, non legata in alcun modo ad un evento da impedire.

(32) Cass., Sez. V., 27 dicembre 2016, in *Foro it.*, 2017, 4, II, 25.

(33) F. Buffa, *Responsabilità del gestore di sito internet*, in *Quest. Giust. (web)*, -<http://www.questionegiustizia.it>, 9 gennaio 2017; nello stesso senso, G. Ferrando, *La Corte di legittimità torna sulla vexata questio della responsabilità penale del gestore di un sito internet*, in *Il Penalista (web)*, -<http://www.ilpenalista.it>, 23 gennaio 2017.

(34) Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza 2 maggio 2016, *Magyar Tartalomsgazdálkodók Egyesülete v. Index.hu Zrt*, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

(35) Più nel dettaglio, il ricorso veniva presentato da un organo ungherese di autoregolamentazione dei fornitori di contenuti internet (*Magyar Tartalomsgazdálkodók Egyesülete* - "MTE") e dalla società proprietaria di un importante portale di notizie Internet (*Index.hu Zrt* - "INDEX"). Tali soggetti permettevano agli utenti di commentare i contenuti che apparivano sui loro portali. Il 5 febbraio 2010, venivano pubblicati commenti offensivi in riferimento ad un articolo *on line*, apparso su quei portali, nel quale venivano criticate alcune pratiche commerciali di due società che si occupavano di compravendita immobiliare.

(36) Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 16 giugno 2015, *Delfi AS c. Estonia*, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

(37) Nel caso *Delfi AS contro Estonia*, il portale veniva riconosciuto responsabile per non aver impedito che i commenti pubblicati dagli utenti, contenenti messaggi di incitamento all'odio ed alla violenza e dai quali lo stesso traeva un profitto, divenissero pubblici.

(38) M. Castellaneta, *Nessuna responsabilità oggettiva dei portali che pubblicano commenti senza filtro se non c'è incitamento all'odio*, in *Guida dir.*, 11, 2016, 104 ss.

(39) Nel caso *Magyar Tartalomsgazdálkodók Egyesülete contro Index.hu Zrt*, la Corte EDU condannava l'Ungheria dal momento che i giudici nazionali non avevano bilanciato in maniera appropriata il diritto alla libertà di espressione con il diritto delle società immobiliari coinvolte al rispetto della propria reputazione commerciale. Invero, le autorità ungheresi accettavano, senza effettuare ulteriori verifiche, che i commenti fossero illegali, in quanto meramente dannosi per la reputazione delle agenzie immobiliari. Secondo la Corte di Strasburgo, i giudici nazionali ignoravano la giurisprudenza della Corte EDU in materia di libertà di stampa. Sussisteva, infatti, un interesse pubblico alla notizia, rappresentato dalla pratica commerciale ingannevole posta in essere dalle società immobiliari (nei cui confronti erano pendenti indagini per condotta commerciale scorretta); la contenenza delle espressioni usate le quali, seppur offensive, non venivano considerate diffamatorie, bensì rappresentavano una mera opinione protetta dall'art. 10 CEDU e risultavano consone agli stili di comunicazione utilizzati, solitamente, sui portali di notizie *on line*; la presenza, sul portale, di un sistema di segnalazione dei

contenuti offensivi (c.d. *notice-and-take-down system*) che, se fosse stato prontamente attivato, avrebbe tutelato la reputazione delle società che lamentavano la lesione.

(40) Cass., Sez. Un., 17 settembre 2015, n. 31022, in *Giur. Cost.* 2015, 3, 1062.

(41) A tal proposito, risulta opportuno richiamare la pronuncia della Corte Costituzionale 49/2015, in tema di confisca, in cui la Consulta compie una serie di puntualizzazioni in merito al rapporto tra diritto nazionale e diritto di Strasburgo. Pur richiamando principi già consolidati di apertura nei confronti del diritto sovranazionale, ben presto sembra svuotarli di contenuto. La chiave di volta è rappresentata dalla distinzione tra giurisprudenza consolidata ed orientamenti isolati. Invero, il giudicato europeo può vincolare i giudici interni solo nel primo caso. Gli indici che permettono di affermare la presenza o meno di quest'ultimo requisito sono diversi, tra cui "il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano". Quest'ultimo indice sembra essere poco confacente al caso in esame, per cui non vi sarebbe alcuna ragione per obbligare il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU nel decidere la controversia.

(42) Nel caso *Delfi*, tuttavia, essendo evidenti i discorsi di odio e di incitamento diretti alla violenza contro le singole persone, rimane aperta la problematica dell'impossibilità per i portali di rilevare tempestivamente le espressioni violente. Una soluzione possibile potrebbe essere quella di porre in essere un sistema di pre-monitoraggio di tutti i commenti, al fine di rimuovere immediatamente i contenuti minacciosi per l'integrità fisica delle persone. Tale strumento, però, avrebbe il grosso rischio di limitare la libertà di espressione di ciascun individuo, senza prendere in considerazione che alcuni portali non sarebbero in grado di adottare tali provvedimenti e si rischierebbe di finire con il chiudere gli spazi di dibattito *on line*.

(43) I giudici ungheresi avevano ritenuto tale situazione priva di rilevanza ai fini dell'affermazione della responsabilità, incidendo unicamente sull'entità del risarcimento.

(44) Risulta opportuno sottolineare che, in caso di approvazione del ddl S.1119, si andrebbe a colmare il vuoto legislativo vigente in tale ambito, rispondendo ad un'esigenza condivisa da tempo da parte della dottrina e della giurisprudenza. Il disegno di legge, già nella rubrica, fa espressamente riferimento alla "stampa" ed alla "diffusione radiotelevisiva o con altro mezzi di diffusione", evidenziando, così, come tutti i *mass media* siano assoggettati alla medesima disciplina, in termini di responsabilità. Equiparando il *web* alla stampa, inoltre, viene rispettato dallo Stato italiano l'obbligo, presente nel preambolo del capo II della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, di "rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici".

(45) F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, vol. 1, VI ed; 2016, 519-520.

(46) Nello stesso senso, D. Minotti, *L'inerzia del gestore andrebbe configurata come connivenza*, in *Guid. dir.*, 7, 2017, 79 ss.