

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 Piergiorganni, Paolo Pisa, Adriano Sansa, Stefano Savi, Alessandro Vaccaro

Comitato di Direzione:

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

Redazione:

Coordinamento
Alessandro Barca

Sezione di diritto civile:

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

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

Sezione di diritto tributario:
Antonio Lovisolo

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

Collaborano

Sezione di diritto civile:

Erika Adamo, Federica Adorni (F.AD.), Marco Baghino (M.BAG.), Francesca Bagnasco (F.BGN.), Stefano Baldissin (S.BL.), Francesca Bartolini (F.BART.), Giulia Bastianelli Naticchi (G.B.N.), Alexander Beecroft (A.BEE.), Massimo Benoit Torsegno (M.B.T.), Elisa Benvenuto (EL.BNV.), Silvio Bertieri (SB), Enrico Bet, Alessandro Bigoni (A.BI.), Marzio Bini (MA.BN.), Antonio Bisignani, Paola Blengino, Tiziana Blengino (T.BLE.), Nicola Boggiano (NIC.BO.), Costanza Bracciforti (C.BC.), Elisa Brigandi (EL.BR.), Ilaria Busca (I.B.), Francesca Butera (F.B.), Carlo Alberto Calcagno, Alessandra Calдини, Sonia Canata (SO.C.), Chiara Canepa (CH.CNP.), Matteo Caniglia Cogliolo (M.C.C.), Simone Carrea, Emanuela Casaleggio (E.C.), Alessandro Castino, Massimiliano Cattapani (M.C.), Ivano Cavanna, Stefano Cavanna (S.C.), Valentina Cavanna (V.CAV.), Mirko Cavazzana (MK.C.), Chiara Cellerino (C.CELL.), Lara Cipriani (LA.CIP.), Sandra Compiano (SA.COM.), Antonio Maria Corzino (A.M.C.), 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 Frasca (ST.FR.), Serafina Funaro (SE.F.), Francesco Gaeta (F.G.), Barbara Gambaro (BA.GMB.), Matteo Gamenara (M.GA.), Stefano Garbarino (S.GARB.), Laura Garibbo (L.GRB.), Paola Gatti (PA.GAT.), Andrea Gegoli (A.GE.), Chiara Gianelli (C.GIA.), Cristina Girardi, Vittorio Grasso (V.GR.), Christian Graziano (C.GRA.), Domenico Griffo (D.G.), Marco Grimani (MA.GRI.), Luca Guerrini (LU.GRR.), Silvia Guglielminetti, Giuseppe Inglese (G.ING.), Viviana Isola, Paola M. Ivaldi (P.M.I.), Andrea La Mattina (A.LA.M.), Walter Laganà (W.L.), Tiziana Landi (TZ.LND.), Elena Lanzi, Anita Liporace (A.LI.), Franco Longo

(F.LO.), Francesca Maberino (F.MA.), Francesca Maisano (FR.MA.), Fiammetta Malagoli (F.MLG.), Natalina Mancini (NI.MA.), Francesca Maoli, Valentina Massara (V.M.), Andrea Maura (A.MAU.), Federica Marchese (FED.MH.), Cristina Marras, Chiara Medinelli (C.MED.), Francesco Simone Melandri (F.S.M.), Jenny Meloni (J.MLN.), Eugenio Migliorini (EU.MI.), Giulia Milanti (G.M.), Patrizia Monferrino (P.MO.), Federico Montaldo, Sonia Nadali (S.NA.), Alessandro Nicolini (A.Nic.), Raffaele Nicolini (RAF.NIC.), Diego Nocera (DI.NO.), Diego Nucifora (D.NCF.), Anna Maria Occasione (A.M.OC.), Silvia Olcese (SI.OL.), Annalisa Olivieri (A.O.), Nicola Orecchia (N.OR.), Francesca Orfanelli (F.O.), Giorgia Orsi, Francesca Paderno (F.P.), Carlo Pasero (C.PA.), Clizia Pastorino (CLIP.), 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.), Guila Rovegno (G.U.R.), Anna Ruberto, Alessandro Saccomani (A.SAC.), Aldo Salvadé (AL.S.), Giulia Santoni (G.S.), Beatrice Scalfidi (B.S.), Francesca Scamuzzi (FR.SCA.), Giorgia Scuras, Michele Sivarido (M.SIV.), Laura Sommazzi, Alberto Spinelli (ALB.SPIN.), Paolo Tarnassi, Maurizio Temesio, Federica Testini, Stefano Torchio (S.TOR.), Fabio Toriello, Serena Torri (S.T.), Andrea Trucchi, Elisabetta Varni (E.VAR.), Andrea Vené, Valentina Ventura (V.V.), Jenny Verduci (J.V.), Andrea Viaggi (A.V.), Valeria Vignolo (V.VGN.), Giacomo Viotti, Andrea Vistosi (A.VST.), Enrico Zanelli (E.Z.), Fabio Zanolini (FA.ZA.), Filippo Andrea Zorzi (F.A.Z.)

Sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale:

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

Sezione di diritto tributario:

Sara Armella (S.A.), Alessia Baldassarre (A.BAL.), Stefano Betti, Andrea Bodrito, Luca Costanzo (L.C.), Giuseppe Croce (G.C.), Filippo Da Passano (F.P.), Massimo Di Paolo, Massimiliano Ferrando (M.F.), Elizabeth Frixione (EL.FRX.), Andrea Giolo (AN.GI.), Fabio Graziano (F.G.), Marco Grimani (MA.GRI.), Andrea Machiavello (A.M.), Claudia Nouvion (C.N.), Caterina Oliva, Roberta Pera (R.P.), Alessandra Piccardo (A.P.), Agnese Querci (A.Q.), Lorenzo Ugolini (L.U.), Andrea Viaggi (A.V.)

Sezione di diritto penale:

Cristina Brigneti (CR.BR.), Francesco Brignola (FR.BR.), Francesca Bruzzone (FR.BRZ.), Ilaria Busca, Annalisa Carella (AN.CAR.), Michele Ciravegna (M.CIR.), Luca Aldo Forlani, Marco Gerunzi, M. Francesca Lanznaster, Stefania Ligas (S.LIG.), Nicoletta Lisi (NIC.LI.), Francesca Maberino (F.MA.), Paolo Michieli, Maria Montemagno (M.MG.), Michele Montemagno, Naomi Moriano, Ruggero Navarra, Emanuele Olcese, Fiorenza Oriana, Paola Pepe (P.PE.), Paolo Pittaluga (PA.PITT.), Renato Ramondo, Luigi Sannino (L.SN.), Cristina Senes (CR.SEN.), Alessandro Torri (A.T.), Ilaria Torri, Chantal Torrigino (CH.T.), Valentina Ventura Boeri

Direttore responsabile: Fabrizio De Ferrari

Sede della Redazione: De Ferrari Comunicazione S.r.l.,
via Ippolito d'Aste 3 · 16121 Genova
Tel 010 0986820/21/22 · Fax 010 0986823
www.deferrarieditore.it - info@deferrarieditore.it

Grafica: Elena Menichini

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

© De Ferrari Comunicazione S.r.l.

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

Indice

Sezione di diritto civile

Sentenze, Ordinanze e Decreti
Corte d'Appello di Genova, 12 ottobre 2017 **3**

Tribunale di Genova, sez. fall., decr. 5 ottobre 2017 **6**
con nota di Annalisa Olivieri
Ubi stare decisis? Esclusione degli interessi legali di mora dallo stato passivo fallimentare **6**

Tribunale di Savona, 14 novembre 2017 **8**

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 4 Settembre 2017 **9**

Tribunale di Genova, sez. II civ., ord. (decisoria di procedimento sommario) 3 settembre 2017 **15**

Massime **20**

Documenti

Durante e Dopo di Noi: gli strumenti privatistici
Andrea Fusaro **27**

Il sangue e l'inchiostro. Lineamenti per una "fenomenologia" del partigiano e per un tentativo di individuazione del "discrimen" giuridico tra la "figura" del "partigiano" e quella del "terrorista": il problema e il metodo. La "Teoria del partigiano" di Carl Schmitt
Roberto Negro **34**

Natura, cultura e società. Lineamenti per una ricerca antropologica sulle istituzioni. Il pater familias: dalla nascita della famiglia al tramonto del padre
Marcello Castiglione **43**

Recenti modifiche in tema di condominio
Antonio Fontana **47**

La revoca dell'amministratore di condominio
Erika Adamo **50**

Il nuovo trattamento dei crediti tributari e contributivi nel concordato preventivo
Pierpaolo Curri **53**

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Massime **56**

Sezione di diritto tributario

Massime **59**

Sezione di diritto penale

Sentenze, Ordinanze e Decreti
Tribunale di Genova, 6 maggio 2016 **62**

Tribunale di Imperia, 16 maggio 2017 **63**
con nota di Fiorenza Oriana
Favoreggiamento dell'emigrazione clandestina: un'insolita applicazione della fattispecie del trattamento inumano o degradante **65**

Tribunale di Imperia, 21 novembre 2016 **71**
con nota di Valentina Ventura Boeri
Evento franoso e responsabilità del direttore dei lavori

Tribunale di Genova, 26 ottobre 2015 **76**

Massime **78**

Sezione di diritto civile

Sentenze e Ordinanze

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 12 ottobre 2017, n. 106 - Pres. Atzeni - Rel. Davini - Tizio (Avv. Cocito) c. Caia (Avv. Maggiano).

DIVORZIO – assegno di mantenimento – criterio dell'autosufficienza economica – applicabilità – criteri – limiti.

Non si può escludere in via assoluta, in caso di divorzio, il diritto dell'ex coniuge, che svolge attività lavorativa, ad un assegno divorzile, ma occorre valutare la necessità di un'eventuale integrazione del suo reddito alla luce dei concreti oneri che lo stesso sostiene tenendo conto del suo lavoro, del suo patrimonio, della sua salute e della sua collocazione nella società. Il criterio dell'autosufficienza economica è, pertanto, variabile. Assume, da questo punto di vista, rilevanza anche il decoro da mantenere nell'accompagnamento della prole, nello svolgimento della propria professione e nella vita di relazione. Se sono sicuramente da punire le rendite parassitarie, rappresentate dai casi nei quali il coniuge economicamente più debole dopo uno due anni di matrimonio rompe il rapporto matrimoniale e vive di rendita alle spalle dell'altro coniuge, non è lecito assumere comportamenti punitivi contro il coniuge che è rimasto sposato per lunga durata e che con sacrifici ha continuato a lavorare per incrementare le risorse economiche familiari.

(Cfr.: Cass., 10 maggio 2017 n. 11504)

(... *Omissis*...)

In fatto ed in diritto

Il Tribunale di Genova con sentenza n. 826 del 24 marzo 2017 dichiarava la cessazione degli effetti civili del matrimonio fra Tizio e Caia ed affidava la figlia D. ad entrambi i genitori con collocamento presso la madre. Circa le condizioni economiche, assegnava la ex casa coniugale a Caia e confermava le condizioni economiche di separazione, ossia un assegno mensile di Euro 1000,00 oltre rivalutazione ISTAT come contributo al mantenimento alla figlia ed Euro 500,00 mensili oltre rivalutazione ISTAT come assegno di divorzio oltre al 50% delle spese straordinarie come individuate in sentenza.

L'importo dell'assegno mensile a favore di Caia era confermativo di quanto a suo tempo disposto in sede di separazione consensuale dei coniugi in quanto ad un miglioramento della situazione di Caia, che era divenuta professoressa di scuola a tempo pieno, con uno stipendio mensile incrementato da Euro 1.415,00 ad Euro 2.128,00 netti, ed era assegnataria della casa coniugale, si contrapponeva un miglioramento della situazione economica Tizio, medico dirigente all'Ospedale ed esercitante libera professione, che era passato da un reddito mensile di Euro 4.083,00 nel 2014 ad Euro 4.709,00 nel 2015 e che con denaro donato dalla madre aveva acquistato per 205.000,00 una casa ove era andato ad abitare.

Contro la sentenza proponeva appello Tizio, limitatamente alla corresponsione dell'assegno divorzile sulla base dei seguenti motivi:

-omessa valutazione delle reali condizioni di Caia nonché erronea applicazione del parametro del tenore di vita per la determinazione dell'assegno divorzile; infatti vi era stato un aumento del reddito rispetto al momento della separazione di Caia di Euro 7.992,00 annuo; rimarcava inoltre che Caia era proprietaria della nuda proprietà di un appartamento in

Genova Via X di oltre 100 metri quadrati oltre ad un box, in usufrutto ai propri genitori; Caia in base a questi elementi doveva essere considerata economicamente indipendente; ne seguiva che non aveva diritto ad alcun assegno di divorzio dovendosi abbandonare il criterio del tenore di vita in costanza di matrimonio dopo la recente sentenza della Cassazione Sez. I 10 maggio 2017 n. 11.504;

-carezza e/o illogica e/o insufficiente motivazione della sentenza in punto attribuzione assegno divorzile;

-carezza di istruttoria in campo divorzile in quanto non erano state ammesse prove, non era stato tenuto conto che i soggiorni erano spesso omaggiati da soggetti terzi e che le vacanze balneari erano offerte dai genitori di Caia.

Inoltre l'appellante osservava che i guadagni del 2015 erano dovuti al riconoscimento di un premio "una tantum" regionale per lavoro straordinario imposto, inoltre Euro 2.878,00 erano relativi a reddito Irpef legato agli immobili.

I redditi dell'appellante erano al lordo delle tasse Euro 87.521,00 ma si riducevano, a seguito del pagamento delle imposte per Euro 27.628,00, ad Euro 59.893.

Caia, ritualmente costituitasi, chiedeva il rigetto dell'appello e la riforma della compensazione delle spese fatta in primo grado. A sostegno della propria domanda Caia osservava che il nuovo indirizzo della Corte di Cassazione doveva essere interpretato come un rigetto della rendita parassitaria di chi, dopo un breve matrimonio, pretendeva di essere mantenuto per tutta la vita.

Anche tenendo conto che la tassazione riduceva l'importo lordo di Euro 500,00 ad un importo mensile netto di Euro 385,00 risultava evidente, secondo l'appellata, come l'assegno previsto fosse ben lontano da permetterle di mantenere lo stesso tenore di vita, avendo ad esempio rinunciato al golf o accettando di girare con una Panda (contro la Mini del marito).

Né secondo Caia, doveva essere dimenticato il notevole impegno economico nell'accompagnare la figlia D., giovane promessa nazionale, alle gare di golf in giro per il Nord Italia.

Sentite le parti all'udienza del 22 settembre 2017, nel cui corso parte appellante richiedeva che si ordinasse a Tizio di produrre la dichiarazione dei redditi 2017 per l'anno 2016, la Corte si riservava.

(... *Omissis*...)

Venendo al merito della causa, la Corte di Appello prende atto che la Cassazione dopo avere per circa 27 anni affermato che per la determinazione dell'assegno di divorzio il principale parametro era il tenore di vita in costanza di matrimonio (a partire dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 11.490 del 1990 fino a Cass. Sez. I 9 settembre 2015 n. 11870; Cass. Sez. VI 4 aprile 2016 n. 6427; Cass. Sez. VI 29 settembre 2016 n. 19339) recentemente ha mutato indirizzo.

Con la sentenza della Sez. I del 10 maggio 2017 n. 11504 la Cassazione ha stabilito il principio che *Il giudice del divorzio, richiesto dell'assegno di cui all'art. 5, comma 6, della l. n. 898 del 1970, come sostituito dall'art. 10 della l. n. 74 del 1987, nel rispetto della distinzione del relativo giudizio in due fasi: a) deve verificare, nella fase dell'"an debeatur", se la domanda dell'ex coniuge richiedente soddisfa le relative condizioni di legge (mancanza di "mezzi adeguati" o, comunque, impossibilità "di procurarsi per ragioni oggettive")*, non con riguardo ad un "tenore di

vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio”, ma con esclusivo riferimento all’“indipendenza o autosufficienza economica” dello stesso, desunta dai principali “indici” – salvo altri, rilevanti nelle singole fattispecie – del possesso di redditi di qualsiasi specie e/o di cespiti patrimoniali mobiliari ed immobiliari (tenuto conto di tutti gli oneri “lato sensu” imposti e del costo della vita nel luogo di residenza dell’ex coniuge richiedente), della capacità e possibilità effettive di lavoro personale (in relazione alla salute, all’età, al sesso e al mercato del lavoro dipendente o autonomo), della stabile disponibilità di una casa di abitazione; ciò sulla base delle pertinenti allegazioni deduzioni e prove offerte dal richiedente medesimo, sul quale incombe il corrispondente onere probatorio, fermo il diritto all’eccezione ed alla prova contraria dell’altro ex coniuge; b) deve tener conto, nella fase del “quantum debeatur”, di tutti gli elementi indicati dalla norma (“condizioni dei coniugi”, “ragioni della decisione”, “contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune”, “reddito di entrambi”) e valutare “tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio” al fine di determinare in concreto la misura dell’assegno divorzile, sulla base delle pertinenti allegazioni, deduzioni e prove offerte, secondo i normali canoni che disciplinano la distribuzione dell’onere della prova.”

Se è ancora presto per poter dire che questo sia il nuovo indirizzo consolidato della Cassazione, si deve tuttavia rilevare che almeno altre due decisioni edite sono nello stesso senso (cfr. Cass., sez. I, 22 giugno 2017 n. 15481 e Cass., sez. VI, ord. 12 giugno 2017, n. 20325).

Ma se si deve abbandonare il parametro del tenore di vita in costanza del matrimonio per decidere sull’an debeatur dell’assegno divorzile, con che parametri deve essere sostituito? Secondo il nuovo indirizzo della Cassazione “Le precedenti osservazioni critiche verso il parametro del “tenore di vita” richiedono, pertanto, l’individuazione di un parametro diverso, che sia coerente con le premesse.

Il Collegio ritiene che un parametro di riferimento siffatto – cui rapportare il giudizio sull’ “adeguatezza-inadeguatezza” dei “mezzi” dell’ex coniuge richiedente l’assegno di divorzio e sulla “possibilità-impossibilità “per ragioni oggettive” “dello stesso di procurarseli – vada individuato nel raggiungimento dell’ “indipendenza economica” del richiedente: se è accertato che quest’ultimo è “economicamente indipendente” o è effettivamente in grado di esserlo, non deve essergli riconosciuto il relativo diritto.”

La Corte assimila espressamente la situazione dell’ex coniuge a quella del figlio maggiorenne, che ha diritto ha un contributo al mantenimento fino a che non diventa economicamente autosufficiente: “Tale parametro ha, innanzitutto, una espressa base normativa: infatti, esso è tratto dal vigente art. 337-septies, primo comma, cod. civ. – ma era già previsto dall’art. 155-quinquies, comma 1, inserito dalla L. 8 febbraio 2006, n. 54, art. 1, comma 2, – il quale, recante “Disposizioni in favore dei figli maggiorenni”, stabilisce, nel primo periodo: “Il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico”.

La legittimità del richiamo di questo parametro – e della sua applicazione alla fattispecie in esame – sta, innanzitutto, nell’analogia legis (art. 12, comma 2, primo periodo, delle disposizioni sulla legge in generale) tra tale disciplina e quella dell’assegno di divorzio, in assenza di uno specifico contenuto normativo della nozione di “adeguatezza dei mezzi”, a norma della L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, trattandosi in entrambi i casi, mutatis mutandis, di prestazioni economiche regolate nell’ambito del diritto di famiglia e dei relativi rapporti.

In secondo luogo, il parametro della “indipendenza economica” – se condiziona negativamente il diritto del figlio maggiorenne alla prestazione (“assegno periodico”) dovuta dai genitori, nonostante le garanzie di uno status filiationis tendenzialmente stabile e permanente (art. 238 cod. civ.) e di una specifica previsione costituzionale (art. 30, comma 1) che riconosce anche allo stesso figlio maggiorenne il diritto al mantenimento, all’istruzione ed alla educazione –, a maggior ragione può essere richiamato ed applicato, quale condizione negativa del diritto all’assegno di divorzio, in una situazione giuridica che, invece, è connotata dalla perdita definitiva dello status di coniuge – quindi, dalla piena riacquisizione dello status individuale di “persona singola” – e dalla mancanza di una garanzia costituzionale specifica volta all’assistenza dell’ex coniuge come tale. Né varrebbe obiettare che l’art. 337-ter c.c., comma 4, n. 2, (corrispondente all’art. 155 c.c., comma 4, n. 2, nel testo sostituito dalla citata L. n. 54 del 2006, art. 1, comma 1) fa riferimento al “tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori”: tale parametro si riferisce esclusivamente al figlio minorenni e ai criteri per la determinazione (“quantificazione”) del contributo di “mantenimento”, inteso lato sensu, a garanzia della stabilità e della continuità dello status filiationis, indipendentemente dalle vicende matrimoniali dei genitori.

In terzo luogo, a ben vedere, anche la ratio dell’art. 337-septies c.c., comma 1, – come pure quella della L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, alla luce di quanto già osservato (cfr., supra, sub n. 2.2) – è ispirata al principio dell’ “autoresponsabilità economica”. A tale riguardo, è estremamente significativo quanto affermato da questa Corte con la sentenza n. 18076 del 2014, che ha escluso l’esistenza di un obbligo di mantenimento dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente (nella specie, entrambi ultraquarantenni), ovvero di un diritto all’assegnazione della casa coniugale di proprietà del marito, sul mero presupposto dello stato di disoccupazione dei figli, pur nell’ambito di un contesto di crisi economica e sociale: “(...) La situazione soggettiva fatta valere dal figlio che, rifiutando ingiustificatamente in età avanzata di acquisire l’autonomia economica tramite l’impegno lavorativo, chiede il prolungamento del diritto al mantenimento da parte dei genitori, non è tutelabile perché contrastante con il principio di “autoresponsabilità” che è legato alla libertà delle scelte essenziali della persona (...). Tale principio di “autoresponsabilità” vale certamente anche per l’istituto del divorzio, in quanto il divorzio segue normalmente la separazione personale ed è frutto di scelte definitive che ineriscono alla dimensione della libertà della persona ed implicano per ciò stesso l’accettazione da parte di ciascuno degli ex coniugi – irrilevante, sul piano giuridico, se consapevole o no – delle relative conseguenze anche economiche.

Questo principio, inoltre, appartiene al contesto giuridico Europeo, essendo presente da tempo in molte legislazioni dei Paesi dell’Unione, ove è declinato talora in termini rigorosi e radicali che prevedono, come regola generale, la piena “autoresponsabilità” economica degli ex coniugi, salvo limitate – anche nel tempo – eccezioni di ausilio economico, in presenza di specifiche e dimostrate ragioni di solidarietà.”

L’applicazione di questi criteri in concreto è però meno facile di quello che possa sembrare.

In primo luogo che cosa si deve intendere per autosufficienza economica?

Se fino a venti anni addietro, all’epoca del benessere di massa e del posto fisso, in cui la grande massa dei lavoratori aveva raggiunto un livello di vita soddisfacente da classe media, era facile individuare un livello economico minimo dignitoso, oggi con la perdita di potere di acquisto dopo il passaggio all’Euro, l’azzeramento degli interessi sui risparmi, l’alta tassa-

zione sulla casa, il lavoro precario, la riduzione degli stipendi, la crescita della povertà ed il ridimensionamento economico delle classi medie, quale è il livello minimo di autosufficienza economica?

Si deve prendere in ogni caso il parametro del “working poor”, “il povero che lavora”, (in una ordinanza il Tribunale di Milano ha preso come riferimento il reddito stabilito per il gratuito patrocinio) il cui stipendio gli permette solo un tenore di vita molto stentato, oppure si deve tenere conto delle esigenze che l'ex coniuge per il suo vissuto sia durante il matrimonio sia prima ha maturato?

E' sicuramente possibile interpretare la sentenza della Cassazione come statuente il principio che tutti gli ex coniugi che abbiano un lavoro, anche sottopagato, siano autosufficienti e quindi non abbiano diritto ad alcun assegno di divorzio.

Ma in questo modo non esiste poi il rischio di punire sistematicamente la moglie che si è impegnata duramente per continuare a lavorare e nello stesso tempo gestire casa ed i figli e favorire invece proprio quelle persone che sposato un coniuge benestante, hanno abbandonato ogni attività lavorativa? Ossia non corriamo il rischio di premiare proprio quella rendita parassitaria contro cui la Cassazione si è giustamente ribellata?

Anche la valutazione dei cespiti patrimoniali è cambiata.

Negli anni '90 chi aveva 500 milioni di lire di liquidità poteva contare su un rendimento ragionevolmente sicuro oscillante fra i 15 ed i 30 milioni di lire l'anno, poteva quindi, moderando le spese, vivere di rendita.

Oggi con i tassi di interesse praticamente azzerati un capitale di 250.000,00 Euro non garantisce alcuna rendita economicamente significativa e costituisce solo una riserva che viene erosa ogni anno per vivere in caso di assenza di altri redditi. Le case con l'aumento della tassazione e dell'impatto di spese condominiali e bollette sugli stipendi, specialmente quelle non usate come abitazione principale, possono essere più un peso ed una fonte di debiti (specie in caso di lavori condominiali straordinari) che una fonte di reddito.

Se ci è permesso il paragone, con la citata sentenza la Cassazione ci ha dato la legge quadro ma mancano ancora le direttive attuative.

Sia l'incertezza sul fatto che si sia in presenza veramente di una svolta irreversibile della Cassazione (purtroppo la Prima sezione ha deciso di disapplicare l'art. 374 c.p.c. che avrebbe imposto di mandare la questione direttamente alle Sezioni Unite), sia le difficoltà sopra evidenziate impongono alla Corte di Appello una prima applicazione prudente del nuovo indirizzo giurisprudenziale della Cassazione.

Il criterio del medesimo tenore di vita in costanza di matrimonio non può essere più mantenuto anche perché ormai nella maggioranza dei casi il divorzio, aumentando le spese (anche solo due abitazioni invece che una), impoverisce i coniugi e quindi il tentativo di mantenere il tenore di vita precedente per uno dei coniugi fa precipitare l'altro ad un tenore di vita molto inferiore a quello prima goduto.

Se pare poi sicuramente giusto punire le rendite parassitarie costituite dai casi in cui il coniuge economicamente più debole dopo uno o due anni di matrimonio decide di rompere il rapporto matrimoniale e di vivere di rendita alle spalle dell'altro coniuge, ad avviso della Corte non è lecito assumere comportamenti punitivi contro il coniuge che è rimasto sposato per quindici o venti anni e che con sacrifici ha continuato a lavorare per incrementare le risorse economiche familiari. Non è detto quindi che in caso di divorzio l'ex coniuge che lavori non abbia in via assoluta diritto ad un assegno divorzile,

ma occorre valutare la necessità di una eventuale integrazione del suo reddito alla luce dei concreti oneri che lo stesso debba sostenere tenendo conto del suo lavoro, del suo patrimonio, della sua salute e della sua collocazione nella società.

Del resto in uno dei primi commenti, apparso sul Foro Italiano, si sottolinea come “*Sembra di comprendere dalla lettura non sempre agevole della sentenza, che quello dell'autosufficienza non costituisca un parametro/limite uguale per tutti (e rapportabile ad esempio alla pensione sociale) in quanto può variare per aree geografiche, specifiche situazioni familiari, condizioni sociali (ma qui certo potrebbe rientrare in gioco il tenore di vita); tanto almeno suggeriscono i criteri indicati, a livello esemplificativo, dalla Suprema corte medesima.*”

Nel presente caso il matrimonio è durato dal 25 luglio 1991 alla separazione consensuale in data 29 novembre 2011, quindi circa venti anni.

Entrambi i coniugi lavorano ed appartengono alla media borghesia intellettuale.

Tizio è un medico, dirigente di un reparto dell'Ospedale.

Caia è una professoressa al Liceo, ora a tempo pieno.

I rispettivi redditi sono i seguenti:

-Unico 2016 reddito complessivo Euro 87.621,00, ridotto per oneri deducibili (ammontanti ad Euro 7386 e comprensivi dell'assegno alla) ad Euro 80.135,00, che al netto dell'imposta di Euro 23.620,00 (Irpef senza le addizionali) si riduce ad un importo al netto dell'imposta e dell'assegno alla di Euro 56.165,00 pari ad una media di Euro 4.347,00 su tredici mensilità;

-Unico 2015 reddito complessivo Euro 84.845,00, ridotto per oneri deducibili (ammontanti ad Euro 12.868,00) ad Euro 71.977,00 che al netto dell'imposta di Euro 22.975 (Irpef senza le addizionali) si riduce ad un importo al netto dell'imposta e dell'assegno a Caia di Euro 49.002, pari ad una media di Euro 3769 netti su tredici mensilità;

-Unico 2014 reddito complessivo Euro 77.072, ridotto per oneri deducibili (ammontanti ad Euro 11.971,00) ad Euro 65.101,00, che al netto dell'imposta di Euro 20.156,00 (Irpef senza le addizionali) si riduce ad un importo netto di Euro 44.945,00, pari ad una media di Euro 3.745,00 su tredici mensilità.

Non vi è allo stato alcuna prova che attualmente sia in corso una riduzione del reddito per Tizio:

-Dichiarazione 2017 per l'anno 2016, reddito complessivo (comprensivo anche dell'assegno mensile di Euro 500,00 pari ad Euro 6000) annui, Euro 36.743,00, che al netto dell'imposta di Euro 8355,00 (Irpef senza le addizionali) diventa Euro 28.388, somma che divisa per tredici mensilità diventa Euro 2.183,68.

Se togliamo la quota dell'assegno mensile che rimane a Caia dopo la tassazione principale (pari ad Euro 385), l'importo a disposizione scende ad Euro 1.798,68 in dodici mensilità.

Naturalmente dalle somme indicate per i due ex coniugi come reddito netto si devono poi detrarre le diverse addizionali ed eventuali forme di imposizione sulla casa.

Circa la situazione patrimoniale Tizio risulta avere acquistato un appartamento ove vivere grazie ad una donazione della somma di Euro 205.000,00 da parte della madre da parte della madre.

Caia oltre che abitare nella casa coniugale è nuda proprietaria di un immobile ove vivono e sono usufruttuari i due genitori.

Non è dato sapere se le spese condominiali siano pagate in tutto o in parte dai genitori.

Allo stato quindi la casa in nuda proprietà non è fonte di red-

dito (a parte il reddito figurato a fini fiscali) ed è incerto in che misura sia fonte di spese.

Come auto Tizio utilizza una Mini mentre Caia una Panda (fatto dichiarato da una parte e non contestati dall'altra).

La figlia D. è una giovane promessa del golf e deve essere portata in diverse località per partecipare a gare. Le spese ad essa relative per quanto riguarda la figlia sono ampiamente coperte dal contributo mensile di Euro 1000,00. Ovviamente nell'assegno non può farsi rientrare la spesa della madre quando accompagna la figlia e le spese per mantenere un certo decoro quando accede ai circoli di golf per queste gare. Ritiene la Corte che Caia, sia per gli obblighi di aggiornamento e di decoro che la sua professione di insegnante in una delle più rinomate scuole italiane le impone, sia accompagnando la figlia per le gare nei diversi circoli di golf, abbia una serie di oneri economici aggiuntivi che il suo stipendio rende difficile sostenere senza il contributo previsto in sede di divorzio.

Tutto questo giustifica allo stato la conferma del mantenimento di un assegno mensile di divorzio di Euro 500,00 (al netto delle imposte Euro 385,00).

Non vi sono infine ragioni per riformare la statuizione sulle spese di primo grado in quanto giustamente il Tribunale ha compensato le spese alla luce della reciproca soccombenza. (...*Omissis*...)

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, respinta ogni contraria o diversa istanza la Corte di Appello di Genova:

respinge l'appello principale;

respinge l'appello incidentale in punto spese proposto da Tizio.

(...*Omissis*...)

Tribunale di Genova, sez. fall., decr. 5 ottobre 2017, Giudice Delegato Ammendolia.

FALLIMENTO – stato passivo – ammissione degli interessi legali di mora – esclusione.

(Art. 97 L.F.; Artt. 1-5 D.Lgs. n. 231/2002)

In tema di fallimento, la pretesa ammissione allo stato passivo degli interessi di mora cd. “commerciali” di cui all’art. 5 D.Lgs. 231/2002, è infondata in quanto le disposizioni del D.Lgs. 231/2002 non trovano applicazione per i debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore, secondo quanto previsto dall’art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 231/2002. (1)

(Contra cfr. Cass., ord. n. 3300/2017)

(...*Omissis*...)

Motivi della decisione

Il Curatore propone l'ammissione di Euro 53.185,25 nella Categoria chirografari, escluso per Euro 7.422,52, esclusi interessi in quanto il D.Lgs. 231/2002 non si applica alle procedure concorsuali. Tale opinione persiste nonostante la documentazione fornita dall'istante in sede di osservazioni. Quanto alla differenza in sorte capitale, l'osservazione ed i documenti ad essa allegati hanno permesso di riscontrare che le somme che risultavano pagate per banca e, quindi, inizialmente escluse, sono state recepite nella contabilità del fornitore, mentre numerose fatture non sono state registrate dalla fallita. Di alcuni pagamenti per cassa, pure registrati

dalla fallita, ma non dalla controparte, non vi è prova.

Il Giudice Delegato, considerato, quanto agli interessi di mora *ex art. 5 D.Lgs. 231/2002*:

- che anche la pretesa di interessi di mora “commerciali”, di cui all’art. 5 D.Lgs. 231/2002, è infondata;

- che infatti, come rilevato dal Fallimento resistente le disposizioni del D.Lgs. 231/2002 non trovano applicazione per i debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore, come nel caso di specie, secondo quanto previsto dall’art. 1 comma 2 del medesimo decreto;

- che, per il vero, la Suprema Corte, con due recenti pronunce (Cass. Sez. VI civ. 5 maggio 2016, ordinanza n. 8979/2016 Pres. Ragonesi – Rel. Genovese; Cass. Sez. VI civ. 8 febbraio 2017, ordinanza n. 3300/2017 Pres. Ragonesi – Rel. Genovese) ha stabilito, per la prima volta in sede di legittimità che, nonostante il tenore letterale dell’art. 1 comma 2 D.Lgs. 231/2002, il giudice delegato ai fallimenti, in mancanza di una sentenza passata in giudicato che abbia accertato il credito maturato a titolo di interessi moratori nell’ambito di rapporti ascrivibili a transazioni commerciali tra soggetti domiciliati negli Stati membri dell’Unione Europea, deve compiere detto accertamento in sede di ammissione al passivo del credito in esame, secondo le regole stabilite dal D.Lgs. 231/2002, attuativa della normativa comunitaria che, per i crediti nati nelle cd. “transazioni commerciali” tra imprese, ha imposto uno statuto peculiare, che non può essere oggetto di interpretazioni abroganti da parte del giudice comune;

- che tuttavia, ad avviso del Collegio, a tali pronunce della Suprema Corte sul punto non può essere dato seguito, in quanto esse non trovano riscontro né nei precedenti di legittimità, pur in essa impropriamente richiamati, né nella normativa comunitaria;

P.Q.M.

ammette per Euro 53.185,25 nella Categoria chirografari, escluso per Euro 7.422,52, esclusi interessi in quanto il D.Lgs. 231/2002 non si applica alle procedure concorsuali. Quanto alla differenza in sorte capitale, l'osservazione ed i documenti ad essa allegati hanno permesso di riscontrare che le somme che risultavano pagate per banca e, quindi, inizialmente escluse, sono state recepite nella contabilità del fornitore, mentre numerose fatture non sono state registrate dalla fallita. Di alcuni pagamenti per cassa, pure registrati dalla fallita, ma non dalla controparte, non vi è prova.

Nota: *Ubi stare decisis?* Esclusione degli interessi legali di mora dallo stato passivo fallimentare.

Sommario: 1. *I fatti di causa.* - 2. *Le pronunce di legittimità.* - 2.1 *L'iter argomentativo seguito dai Giudici di legittimità.* - 3. *La ricostruzione normativa. Ambito di applicazione.* - 4. *Riflessioni critiche sulle pronunce di legittimità.*

1. I fatti di causa.

Con decreto del 5 ottobre 2017 il Tribunale di Genova con la decisione in epigrafe, ha dichiarato l'esecutività dello stato passivo formato in relazione ai crediti tempestivi, ai sensi dell'art. 97 L.F. Si comunicava altresì la possibilità per i creditori esclusi, in tutto o in parte, di proporre opposizione con ricorso da depositare presso la cancelleria del Tribunale entro 30 giorni dal ricevimento della comunicazione di esecutività dello stato passivo, ai sensi dell'art. 99 L.F.

In particolare uno dei creditori ha chiesto di essere ammesso

per Euro 60.607,77 in chirografo, di cui Euro 7.422,52 per interessi.

Il Curatore ha proposto l'ammissione di Euro 53.185,25 nella categoria Chirografari, e l'esclusione di Euro 7.422,52. Il G.D. ha disposto l'ammissione di Euro 53.185,25 nella categoria dei crediti chirografari, ed ha escluso Euro 7.422,52.

2. Le pronunce di legittimità (Cass., ord. n. 8979/2016 e Cass., ord. n. 3300/2017).

Con decreto del 22 gennaio 2016, il Tribunale di Caltanissetta aveva respinto l'opposizione proposta dalla Società Alfa Srl allo stato passivo da cui era stata esclusa, ai sensi del D.Lgs. 231/2002, la somma corrispondente agli interessi moratori c.d. "commerciali". La predetta normativa, infatti, non troverebbe applicazione per i debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore (art. 1 comma 2 D.Lgs. 231/2002). In particolare, secondo il Tribunale di Caltanissetta, verrebbe meno il presupposto applicativo della direttiva UE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali in quanto l'imprenditore, versando in stato di crisi (o di insolvenza), non sarebbe più in grado di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni assunte ancora *in bonis*.

Avverso il predetto decreto la Società Alfa Srl ha proposto ricorso per cassazione sulla base di un unico motivo, denunciando la violazione e falsa applicazione del D.Lgs. 231/2002, artt. 1, 3, 4 e 6 in relazione all'art. 360 c.p.c. n. 3.

2.1 L'iter argomentativo seguito dai Giudici di legittimità.

La Corte di Cassazione sez. VI ritiene il ricorso manifestamente fondato e, di conseguenza, esprime il seguente principio di diritto: *"Deve essere ritenuta fondata la richiesta di riconoscimento degli interessi moratori ex L. 231/2002 già maturati antecedentemente all'accertata insolvenza del debitore, visto che la disciplina dei crediti nati nelle c.d. "transazioni commerciali" tra imprese ha un suo statuto peculiare, imposto dal diritto comunitario, che non può essere oggetto di interpretazioni abroganti da parte del giudice comune; l'accertamento dell'entità degli interessi moratori deve essere svolto, in assenza di una sentenza passata in giudicato che abbia accertato il credito maturato a titolo di interessi moratori, dal G.D. in sede di ammissione al passivo del credito in esame"*.

La parte motiva del provvedimento si basa sui seguenti assunti:

A) Il divieto di riconoscere gli interessi al tasso maggiorato per le ipotesi in cui è dovuto decorre (come nella generalità dei casi afferenti ai crediti chirografari) solo dal momento della dichiarazione di fallimento, fermo restando il diritto al riconoscimento degli interessi già maturati antecedentemente all'accertata insolvenza del debitore.

B) Tali interessi, secondo quanto previsto dall'art. 4 del D.Lgs. 231/2002, si producono automaticamente e senza la necessità della formale messa in mora del debitore.

C) I crediti nati nelle cd. "transazioni commerciali" tra imprese hanno uno statuto peculiare, imposto dal diritto comunitario, e di natura speciale rispetto alle preesistenti disposizioni comuni nel diritto concorsuale (L.F. artt. 54 e 55), che non può essere oggetto di interpretazioni abroganti da parte del giudice comune.

D) Ogni diversa interpretazione di tali regole, nella specie con riferimento alla misura degli interessi maturati, si pone in contrasto con il principio di effettività del diritto comu-

nitario (in termini cfr. già Cass. civ. ord. n. 9862/2014).

E) L'applicazione del diritto comunitario e, quindi, l'automatico addebito degli interessi moratori nei rapporti a cui è applicabile la predetta direttiva, sono imposti *ex lege*, senza necessità di un provvedimento giudiziale, fino alla dichiarazione di fallimento della società, che non ha ovviamente effetto retroattivo e non può perciò disporre la cancellazione del relativo ammontare ormai legittimamente maturato.

Pertanto, osserva la Suprema Corte per la prima volta in sede di legittimità, ogniqualvolta nell'ambito di transazioni commerciali tra soggetti domiciliati negli Stati membri UE manchi una sentenza che accerti in modo definitivo il credito maturato a titolo di interessi moratori, il giudice delegato ai fallimenti dovrà compiere detto accertamento in sede di ammissione al passivo del credito in esame, secondo le regole stabilite dalla legge speciale di cui al D.Lgs. 231/2002, attuativa della direttiva comunitaria menzionata.

3. La ricostruzione normativa. Ambito di applicazione.

Con la direttiva 2000/35/CE il legislatore comunitario è intervenuto per uniformare il trattamento delle conseguenze del ritardo nei pagamenti all'interno dell'Unione Europea. L'Italia ha recepito la Direttiva con il D.Lgs. 231/2002. Nove anni più tardi, nel 2011, la Direttiva n. 35 è stata incisivamente rivista dalla Direttiva n. 7/2011/UE. Di conseguenza, il legislatore italiano ha emanato il nuovo D.Lgs. 192/2012 (applicabile alle transazioni commerciali concluse a decorrere dal 1 gennaio 2013) che ha significativamente modificato e integrato l'originario testo del D.Lgs. 231/2002 con l'obiettivo di rendere più forti ed efficaci le norme che sanzionano i ritardi nel pagamento.

Le norme del D.Lgs. 231/2002 riformato si applicano ad ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale, con ciò intendendosi qualsiasi tipo di contratto fra imprese o fra imprese e Pubbliche Amministrazioni e che preveda la consegna di merci o la prestazione di servizi verso il pagamento di un prezzo.

Per converso, il D.Lgs. 231/2002 esclude espressamente dal suo ambito di applicazione i debiti oggetto di procedure fallimentari aperte a carico del debitore, ivi comprese le procedure finalizzate alla ristrutturazione del debito (art. 1 comma 2 lett. a). L'art. 2 del D.Lgs. 231/2002 definisce gli interessi moratori come:

- interessi legali di mora, interessi semplici di mora su base giornaliera ad un tasso predeterminato;
- interessi ad un tasso concordato tra imprese.

Gli articoli 3 e 4 del D.Lgs. 231/2002 riformato prevedono poi che il creditore abbia automaticamente diritto agli interessi legali moratori che decorrono, senza bisogno di costituzione in mora, dal giorno successivo alla scadenza del termine di pagamento. Gli interessi si calcolano sull'importo dovuto, che comprende la somma che avrebbe dovuto essere pagata entro il termine contrattuale o legale di pagamento, comprese le imposte, i dazi, le tasse o gli oneri applicabili indicati nella fattura o nella richiesta equivalente di pagamento. Gli interessi moratori, invece, non sono dovuti nel caso in cui il debitore dimostri che il ritardo nel pagamento del prezzo è stato determinato dall'impossibilità della prestazione per causa a lui non imputabile, ai sensi dell'art. 2 lett. g), art. 3 ed art. 4 comma I del D.Lgs. 231/2002. In assenza di un diverso termine contrattualmente stabilito, gli interessi di mora decorrono dopo 30 giorni.

4. Riflessioni critiche sulle pronunce di legittimità.

L'art. 1 comma II del D.Lgs. 231/2002 stabilisce espressamente che le disposizioni ivi contenute non trovino applicazione, tra gli altri, ai debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore, comprese le procedure finalizzate alla ristrutturazione del debito.

Innanzitutto l'interpretazione letterale non consente di attribuire alla disposizione in oggetto il significato restrittivo individuato dalla Suprema Corte, ovvero sia quello di applicare la normativa di cui al D.Lgs. 231/2002 anche ai debiti oggetto di procedure concorsuali, sebbene per il solo periodo fino alla dichiarazione di fallimento. L'impossibilità di dar seguito a tale interpretazione è rinvenibile nel fatto che l'art. 1 comma II cit. esclude alcuni debiti dall'applicazione della norma speciale senza limiti temporali, ma per il solo fatto di essere oggetto di procedure concorsuali.

Peraltro, già l'art. 55 L.F. stabilisce che la dichiarazione di fallimento sospende il decorso degli interessi convenzionali o legali, agli effetti del concorso, fino alla chiusura del fallimento, a meno che i crediti non siano garantiti da ipoteca, pegno o privilegi. Non può perciò legittimarsi un'interpretazione che riconduca l'art. 1 comma II del citato decreto ad una mera riproduzione dell'art. 55 L.F.. Ed infatti, facendo chirurgica applicazione dell'argomento economico (ipotesi del legislatore non ridondante), deve escludersi l'attribuzione a un enunciato normativo di un significato che già viene attribuito ad altro enunciato normativo, preesistente al primo o gerarchicamente superiore al primo o più generale del primo e ciò perché, se quell'attribuzione di significato non venisse esclusa, ci si troverebbe di fronte a un enunciato normativo superfluo. Tale canone si fonda sulla credenza che il legislatore segua criteri di economicità e non sia ripetitivo. Va prediletta perciò l'interpretazione che consenta di attribuire a due disposizioni letteralmente interpretabili come uguali quella che consenta di attribuire loro significati diversi.

Per le sopraesposte ragioni, non potranno condividersi gli assunti *sub A)* e *B)*.

Quanto poi all'enunciato *sub C)*, non si vede come l'art. 1 comma II del D.Lgs. 231/2002 possa porsi in contrasto con la Direttiva 2000/35/CE, di cui è attuazione (si ripete che tale normativa è stata oggi abrogata e sostituita dalla Direttiva 2011/7/UE con effetto dal 16 marzo 2013).

L'art. 6 comma 3 lett. a) della Direttiva 2000/35/CE stabilisce che, in sede di attuazione, gli Stati membri possono escludere dall'ambito di applicazione i debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore. Tale disposizione è stata riprodotta anche all'art. 1 comma 3 della più recente Direttiva 2011/7/UE, comprendendovi però anche le procedure finalizzate alla ristrutturazione del debito. La citata norma non può tuttavia essere intesa nel senso di escludere l'applicazione degli interessi maggiorati di mora ai debiti non pagati solo per il periodo successivo alla dichiarazione di fallimento, o comunque per il periodo successivo all'apertura di una procedura concorsuale a carico del debitore. Gli interessi maggiorati di mora nell'ambito delle transazioni commerciali, infatti, hanno funzione dissuasiva del ritardo nel pagamento e natura sanzionatoria, colpendo il debitore responsabile del ritardo. Una volta aperta la procedura concorsuale o di insolvenza, il debitore perde la disponibilità dei propri beni e, troverà a questo punto rigorosa applicazione il principio della *par condicio creditorum* e le cause legittime di prelazione, senza subire sanzioni per il ritardato pagamento di debiti postergati commerciali non assistiti da privilegio. L'applicazione degli interessi maggiorati

di mora è perciò incompatibile con la pendenza di una procedura concorsuale contro il debitore, e ciò perché con l'apertura della procedura il ritardo nel pagamento è fisiologico, e senz'altro imposto dalla legge al debitore. Se la *ratio* della normativa europea fosse stata quella di escludere l'applicazione degli interessi maggiorati di mora a decorrere dalla dichiarazione di fallimento, la previsione di una clausola speciale di deroga sarebbe stata superflua, giacché l'esclusione degli interessi maggiorati di mora consegue *ipso facto* dalle stesse norme e dagli stessi principi generali della Direttiva: poiché dalla dichiarazione di apertura del fallimento alcun ritardo è più imputabile al debitore, tali interessi non sarebbero comunque applicabili.

Invero, ciò che la sentenza della S.C. omette di considerare è che agli Stati membri UE non è rimesso alcun margine di discrezionalità e, quindi, risulterebbe contraria alla stessa direttiva comunitaria la normativa statale di recepimento che consentisse l'applicabilità degli interessi maggiorati di mora anche dopo la dichiarazione di fallimento, venendo meno la funzione dissuasiva del ritardo nel pagamento. La clausola di deroga, in base alla quale, in sede di attuazione, è rimessa agli Stati membri la possibilità di escludere dall'ambito di applicazione i debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore (art. 6 comma 3 lett. a Direttiva 2000/35/CE), non può essere interpretata nel senso di consentire discrezionalmente la sospensione della decorrenza degli interessi maggiorati di mora dopo l'apertura della procedura. Essa ha piuttosto la diversa finalità di consentire agli Stati membri UE di escludere discrezionalmente l'applicazione della Direttiva ai debiti oggetto di procedure concorsuali, in modo tale da non computare gli interessi maggiorati di mora anche per il periodo antecedente all'apertura della procedura concorsuale.

Per le sopraesposte ragioni, non potrà condividersi l'assunto *sub C)*.

Quanto alla sentenza della S.C. n. 9862/2014, impropriamente richiamata al punto *sub D)*, si evidenzia come essa non si sia pronunciata affatto sul contrasto tra la decisione del giudice interno con la Direttiva 2000/35/CE, ma con il diverso Regolamento 44/2001 sull'esecuzione delle decisioni straniere. Nel caso specifico, infatti, la sentenza della Corte territoriale conteneva una condanna del tutto generica che impediva alla sentenza di avere esecuzione in Belgio. Infatti, l'art. 49 del Reg. (CE) 22 dicembre 2000, n. 44/2001, applicabile *ratione temporis*, prevede che "*le decisioni straniere che applicano una penalità sono esecutive nello Stato membro richiesto solo se la misura di quest'ultima è stata definitivamente fissata dai giudici dello Stato membro di origine*".

La Corte di merito, quindi, veniva richiesta di procedere alla specificazione valutando l'applicabilità, anche *ratione temporis*, del D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231.

Per le sopraesposte ragioni, quindi, anche l'assunto *sub D)* non potrà essere condiviso.

Annalisa Olivieri
Avvocato Foro di Genova

Tribunale di Savona, 14 novembre 2017, Giudice Unico Princiotta.

FAMIGLIA – famiglia di fatto – same-sex family – morte del convivente – casa comune – residenza anagrafica differente – diritto di abitazione – sussiste – rilascio – esclusione.

(L. n. 76/2016, c.d. Legge Cirinnà)

In materia di convivenza di fatto, ai fini dell'applicabilità dell'art. 1 c. 42 l. 76/2016 (c.d. Legge Cirinnà), non deve tenersi conto esclusivamente delle risultanze anagrafiche, che hanno un valore meramente presuntivo dell'effettiva dimora abituale del convivente superstite nello stesso luogo del convivente premorto, potendo tale elemento essere accertato con ogni mezzo di prova.

(...Omissis...)

Ragioni di fatto ed di diritto della decisione

I.- La domanda di occupazione senza titolo dell'immobile sito in S. non è fondata.

Non è controverso tra le parti (...Omissis...) l'esistenza di una convivenza di fatto tra la defunta G. e la convenuta A. La fattispecie trova, quindi, la disciplina nella legge n. 76/2016, recante la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e la disciplina delle convivenze.

Controversa tra le parti è l'applicazione alla controversia dell'art. 1 42 comma che prevede "Salvo quanto previsto dall'articolo 337-sexies del codice civile, in caso di morte del proprietario della casa di comune residenza il convivente di fatto superstite ha diritto di continuare ad abitare nella stessa per due anni o per un periodo pari alla convivenza se superiore a due anni e comunque non oltre i cinque anni [...]".

Secondo parte attrice, la resistente non godrebbe della tutela apprestata dalla disposizione sopra richiamata, avendo sempre mantenuto la propria residenza anagrafica presso un altro immobile, sito in S.

Tale assunto non è fondato in quanto, a norma dell'art. 1 comma 36 "ai fini delle disposizioni di cui ai commi 37 e 36 si intendono per «conviventi di fatto» due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile" requisiti la cui sussistenza risulta ammessa al citato verbale di udienza (nel quale, presenti anche personalmente le parti, è stato dichiarato che "non è contestata la sussistenza di una convivenza di fatto").

Tale risultanza anagrafica, inoltre, si pone in contrasto con quanto dichiarato dalla stessa defunta, signora G., nel foglio di famiglia, in sede di Censimento generale della popolazione e delle abitazioni, in data 9 ottobre 2011.

Nella "Sezione II - Foglio individuale" della dichiarazione, invero, aveva inserito una seconda persona, diversa dall'intestatario del Foglio di famiglia ("Persona 02 della LISTA A"), in qualità di "convivente in coppia con l'intestatario", di sesso femminile, avente la stessa data di nascita della resistente e con residenza anagrafica in un altro alloggio. A pagina 2 del Foglio di famiglia, dove vengono riportate le informazioni sulla sua corretta compilazione, si legge che "Per ogni persona inserita nella LISTA A deve essere compilato un Foglio individuale della Sezione II" e che nella LISTA A "devono essere inseriti tutti i componenti della famiglia ovvero tutte le persone che hanno dimora abituale nell'alloggio, anche se assenti alla data del Censimento". A ciò si aggiunga che, sempre nel Foglio individuale relativo alla seconda persona occupante l'immobile oggetto di causa, come risposta alla domanda "Dove dimorava abitualmente cinque anni fa (9 ottobre 2006)?", risulta spuntata la casella "in questo alloggio".

Tali dati, unitamente alla non specifica contestazione della sussistenza di una convivenza di fatto tra la defunta e la resistente, fanno ritenere che, al di là del dato formale

costituito dalle risultanze anagrafiche, la signora A. dimorasse effettivamente nell'immobile di cui è chiesto il rilascio che condivideva stabilmente con la signora G. fin dal 2006.

Le risultanze anagrafiche, del resto hanno un valore meramente presuntivo circa l'effettiva dimora abituale che può essere accertata con ogni mezzo di prova (cfr., ancora recentemente Cassazione, sez. 3, ord. n. 19387 del 03/08/2017: "Le risultanze anagrafiche rivestono un valore meramente presuntivo circa il luogo dell'effettiva abituale dimora, che è accertabile con ogni mezzo di prova, anche contro le stesse risultanze anagrafiche, assumendo rilevanza esclusiva il luogo ove il destinatario della notifica dimori, di fatto, in via abituale"). In un simile coerente quadro probatorio, ad inequivoca conferma della profonda unione che da tempo la legava con la convenuta, la signora G., nel testamento in data 1 luglio 2004, aveva lasciato le sue proprietà -tra cui espressamente anche l'appartamento oggetto di causa- alla signora A. e che, solo per un vizio di forma (mancanza di autografia). Tale testamento era stato personalmente consegnato dalla de cuius al dott. F. che ne aveva curato la pubblicazione (cfr. verbale di pubblicazione del testamento a rogito notaio B.). Va, quindi, ritenuta l'effettiva coabitazione della convenuta con la signora G. nell'immobile oggetto di causa, quantomeno dal 2006 fino al 2016, anno del decesso della G.

II.- In difetto di domanda riconvenzionale non può, tuttavia, essere decisa in questa sede la data di rilascio da parte della convenuta dell'immobile oggetto di causa.

III.- In forza delle considerazioni che precedono vanno respinte anche le ulteriori domande dell'attrice ivi comprese quelle relative al rimborso delle somme corrisposte a titolo di imposte.

IV.- La statuizione sulle spese segue il criterio della soccombenza.

(...Omissis...)

P.Q.M.

Il Tribunale di Savona, definitivamente pronunciando, nel contraddittorio delle parti, disattesa ogni diversa e contraria istanza, per le ragioni indicate in motivazione, così provvede: 1.- respinge le domande avanzate dall'attrice nei confronti della signora G.

(...Omissis...)

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 4 Settembre 2017, n. 1094 - Pres. Bonavia - Rel. Casanova - B. (Avv. Venè) c. O. (Avv. Venturi).

(Riforma Trib. Genova, sent. n. 1515/2014)

SOCIETÀ - cessione di quote sociali - bilanci societari provvisori - attendibilità della valutazione del patrimonio sociale - annullabilità della transazione per falsità dei documenti - esclusione - nullità del contratto per errore essenziale - esclusione.

(Artt. 1227, 1428 e 1973 c.c.)

La transazione avente ad oggetto cessione di quote sociali il cui valore è stato stabilito sulla base di bilanci societari provvisori è da ritenersi valida ed efficace. Le bozze dei bilanci societari, seppur scevri di poste significative di bilancio (i.e. rimanenze e ammortamenti) sono da ritenersi per loro stessa natura provvisori ma attendibili ai fini della valutazione del patrimonio sociale.

Ciò significa che la natura provvisoria di tali documenti non possa comportare né la declaratoria di falsità degli stessi ai sensi e per gli effetti dell'art. 1973 c.c. né l'annullabilità della cessione per essere incorso parte appellata in errore essenziale di cui all'art. 1428 c.c.

L'errore sulla valutazione economica della cosa oggetto del contratto non rientra nella nozione di errore di fatto idoneo a giustificare una pronuncia di annullamento del contratto, in quanto non incide sull'identità o qualità della cosa, ma attiene alla sfera dei motivi in base ai quali la parte si è determinata a concludere un certo accordo ed al rischio che il contraente si assume, nell'ambito dell'autonomia contrattuale, per effetto delle proprie personali valutazioni sull'utilità economica dell'affare.

(...Omissis...)

Esposizione dei motivi di fatto e di diritto della decisione

Con atto di citazione del luglio 2011 il Signor O. conveniva in giudizio i Signori B. riferendo di essere stato proprietario della quota pari al 20% del capitale sociale della Progetto srl, il cui restante 80% era di proprietà dei convenuti e che, durante le trattative per la cessione della propria quota, egli aveva ricevuto una copia del bilancio al 31.12.2009 da cui emergeva una situazione preoccupante, risultando una perdita d'esercizio di oltre € 179.000,00.

Affermava che, al momento della cessione, gli era stata presentata una nuova situazione patrimoniale da cui, comunque, risultava esservi sempre una perdita d'esercizio per € 91.642,03, sicché si determinava alla cessione ai B., nel maggio 2010, per il prezzo di € 4.000,00, pari al valore nominale della suddetta propria quota.

Intervenuta l'approvazione del bilancio da parte dei soci superstiti, emergeva però che vi era stata non già la pesante perdita d'esercizio emergente dai documenti che egli aveva visionato ma un utile di € 6.376,00, come comunicatogli nell'agosto successivo dalla commercialista della società, dott.ssa R.

Si doleva, quindi, del comportamento tenuto da controparte per cui era stato indotto a cedere ad un prezzo non congruo la propria quota e chiedeva che le controparti fossero condannate a risarcire il danno patito, rappresentato dalla differenza tra il valore effettivo di tale quota, che avrebbe dovuto attestarsi su € 15.209,80 e la minor somma percepita.

Si costituivano in giudizio i convenuti che riferivano che prima del 2005 l'attore ed il Signor C. avevano costituito la Progetto Auto snc avente ad oggetto la vendita ed il commercio di autovetture; successivamente, per dare assistenza ai loro clienti, i Signori C. e O. avevano costituito con i fratelli B., grazie alla loro esperienza acquisita nel settore della manutenzione auto, la Progetto srl avente ad oggetto, appunto, l'attività di officina per la riparazione auto e moto, elettrauto e vendita pezzi di ricambio.

Il C. era, poi, uscito dalla società Progetto srl e, successivamente, anche il Signor O. aveva manifestato l'intenzione di concentrare la propria attività sulla Progetto snc, sicché erano iniziate le trattative per la cessione della quota, che i fratelli B. avrebbero dovuto acquisire in parti uguali.

Tale cessione era effettivamente avvenuta il 27.5.2011 e nella stessa data veniva sottoscritta una scrittura privata da cui risultava che il Signor O., considerato che la Progetto srl era creditrice per € 21.728,00 della Progetto snc, rinunciava ai propri crediti verso la Progetto srl e si impegnava a rinunciare ad intraprendere qualsivoglia azione nei confronti di tale società; contestualmente, la Progetto srl rinunciava al credito verso la Progetto snc.

Affermavano, quindi, i convenuti, che l'O. era perfettamente al corrente della situazione contabile della società, per avere ricevuto tutta la documentazione necessaria che, comunque, sempre era stata a sua disposizione, sicché contestavano la pretesa dell'attore, e, in subordine, chiedevano riconoscersi il concorso di colpa dell'O. ex art. 1227 c.c.

L'attore, a fronte delle difese avverse, chiedeva, quindi, in memoria ex art. 183 c.6 n.1 c.p.c., dichiararsi la nullità della scrittura privata 27.5.2010 limitatamente alla clausola di rinuncia all'azione risarcitoria e di recupero dei crediti, o, in via di ulteriore subordine, nella totalità dei suoi patti.

Il primo Giudice, ritenuto che dovessero valutarsi complessivamente l'atto di cessione della quota e la scrittura privata in pari data, riteneva la scrittura una vera e propria transazione che riguardava anche la cessione della quota in capo all'O.; affermava che, nonostante fossero state consegnate all'attore le bozze provvisorie dei bilanci, queste riportavano dati inveritieri; sicché "essendo la transazione fondata su un documento falso", accoglieva la domanda subordinata dell'O. di annullamento della transazione, e, quindi, sulla scorta della CTU disposta, rideterminava, il valore della quota condannando i Signori B. al pagamento della differenza ancora dovuta per € 8.240,00.

Appellano i fratelli B. svolgendo i seguenti motivi:

Ia) Errata ricostruzione dei fatti

Lamentano, innanzitutto, gli appellanti che il primo Giudice avrebbe erroneamente ricostruito la situazione dei fatti affermando che essi avevano consegnato le bozze di bilancio all'O., quando, invece, l'O. aveva ricevuto la documentazione contabile direttamente dalla commercialista della società; neppure era stato tenuto conto, poi, che l'O. aveva potuto valutare tale documentazione con il commercialista di sua fiducia. Inoltre, le bozze erano state ritenute false erroneamente dal Tribunale, mentre esse erano, semmai, incomplete per non essere state indicate le voci relative agli ammortamenti ed alle rimanenze.

Contestano, poi, che fosse applicabile, in tale situazione, l'art. 1973 c.c., atteso che la transazione può essere annullata quando la parte, fuorviata da documenti falsi, sia caduta in un errore essenziale, qui insussistente.

Inoltre, la falsità del documento avrebbe dovuto essere accertata giudizialmente; in quanto cessionari della quota, poi, non sarebbe stato a loro carico dare garanzie circa la consistenza della società.

Del resto, anche dalla CTU svolta in primo grado, emergeva che le indicazioni omesse (circa gli ammortamenti e le rimanenze) non erano relative a voci obbligatorie, ed emergeva anche che sarebbe bastato un esame mediamente attento per percepire l'omissione.

Affermano, quindi, gli appellanti che, laddove il primo Giudice avesse avuto dei dubbi circa lo svolgimento delle trattative e sul fatto che O. avesse ricevuto dalla commercialista della società, dott.ssa R., tutta la documentazione, avrebbero dovuto ammettere le prove, che erano state, invece, respinte.

Ib) Circa la falsità dei documenti e l'annullamento della scrittura privata

Aveva poi errato il Giudice nel ritenere annullabile la transazione, poiché, anche ammessa la falsità dei bilanci, ciò avrebbe potuto rilevare solo ai fini della determinazione del valore della quota, ma non avrebbe potuto incidere sulla validità della transazione che intendeva definire, con recipro-

che concessioni, i rapporti intercorrenti tra le parti.

La transazione, proprio perché definiva complessivamente detti rapporti, nonché le poste incerte come gli utili maturati a favore dell'O. nella società Progetto srl era equilibrata; l'aver il primo Giudice annullato la transazione avrebbe avuto l'effetto paradossale di consentire all'O. di richiedere alla società gli utili su cui era, invece, intervenuta la transazione, lasciando la società Progetto srl esposta alle sue pretese, quando essa aveva, per converso, rinunciato ai propri crediti verso la Progetto snc.

Comunque, il valore di una quota sociale è determinato dalla libera contrattazione delle parti, e non può definirsi come errore essenziale ex art. 1428 c.c.

II) Circa il comportamento tenuto dagli appellanti

Non era vero, poi, quanto affermato dal primo Giudice secondo cui essi avrebbero dato informazioni false all'O., e che, pur non essendo tenuti a dare alcuna informazione, nel momento in cui avevano a ciò provveduto, sarebbero stati tenuti a darle veritiere; ribadivano, infatti, che O. aveva ricevuto le bozze dei bilanci dalla commercialista della società e che egli era socio della Progetto srl dalla sua costituzione, sicché avrebbe potuto direttamente acquisire la documentazione della società, essendo stata sempre a disposizione, essendo irrilevante che O. non fosse amministratore.

Gli appellanti hanno insistito, quindi, per l'ammissione delle prove dedotte, che avrebbero chiarito tale situazione, e che il primo Giudice non aveva ammesso.

III) Erronea valutazione della quota

Ancora i B. censurano la determinazione del danno fatta dal primo Giudice che aveva ritenuto che questo fosse pari alla differenza tra il valore della quota ed il corrispettivo ricevuto dall'O., indicandolo in € 8.240,00, ritenendo erroneamente che il CTU avesse espresso la preferenza per il valore nominale del patrimonio, che portava a valorizzare la quota in € 12.240,00.

Rilevano, però, che il CTU aveva indicato due possibili valori da attribuire alla quota, il secondo dei quali, per € 10.800,00, teneva conto, invece, anche del debito fiscale verso l'Erario che era voce certa già all'atto della contestazione fatta dall'Agenzia delle Entrate, sicché anche il primo Giudice avrebbe dovuto tenerne conto.

Affermano, poi, che, essendo la quota dell'O. di minoranza, comunque, il valore avrebbe dovuto abbattersi per il c.d. sconto di minoranza, non solo nella misura del 10%, indicata dal CTU, cui aveva aderito il primo Giudice, ma nella maggior percentuale come ritenuta dalla dottrina, tra il 30% ed il 60%.

IV)

Infine, contestano gli appellanti che il primo Giudice abbia escluso l'applicabilità dell'art. 1227 c.c., e così una colpa dell'O. nella causazione del danno lamentato, poiché, invece, sarebbe bastato un esame anche superficiale, da parte sua, per rendersi conto delle omissioni del bilancio.

L'appellato O. si è costituito per chiedere il rigetto dell'appello e, in via incidentale, la riforma della sentenza nella parte in cui aveva determinato il valore della quota solo in € 12.240,00 e non nel maggior importo di € 13.600,00 chiedendo, quindi, di condannarsi controparte al pagamento della differenza per € 9.600,00. (... *Omissis*...)

Osserva la Corte:

Le doglianze degli appellanti, seppure frammentate in nu-

merosi motivi, distinti in lettere e numeri, devono essere esaminate congiuntamente poiché si sostanziano nella censura mossa al primo Giudice di avere fatto una errata valutazione dei documenti, di avere respinto le istanze istruttorie e, così, essere giunto a dichiarare l'annullamento della transazione, sottoscritta nello stesso giorno in cui è avvenuta la cessione delle quote, transazione che avrebbe dovuto, invece, ritenersi pienamente valida, così come la cessione.

(... *Omissis*...)

Deve, quindi, essere esaminata la scrittura privata che secondo i B., avrebbe definito complessivamente tutti i rapporti tra le odierne parti e le società di cui essi erano soci, e che il primo Giudice ha qualificato come una vera e propria transazione, ma di cui ha ritenuto, poi, di dichiarare l'annullamento perché fondata parzialmente su documenti falsi.

Tale decisione non può essere condivisa.

Innanzitutto, deve precisarsi che nella scrittura privata i Signori B. pur sottoscrivendo l'atto senza spendere il nome della Progetto srl, sicuramente agiscono nella loro duplice veste di persone fisiche, interessate alla cessione della quota dell'O. a loro favore (cessione di cui si fa ampia menzione), nonché di legali rappresentanti della società suddetta, così come l'O., espressamente, compare tanto in proprio che come rappresentante della Progetto snc.

Pertanto, infondata appare la eccezione dell'O. di carenza di legittimazione ad attivare la scrittura ad opera dei Signori B. In particolare si rileva che, all'art. 3 della scrittura viene precisato che: "le firme della presente scrittura costituiscono ampia finale e liberatoria quietanza a saldo dei crediti vantati dalla società Progetto srl nei confronti della società Progetto snc e del Signor O. nei confronti della Progetto srl."

In detta scrittura, quindi, si dava atto che l'O. non aveva percepito gli utili della Progetto srl degli anni 2007 e 2008 per € 15.000,92; che egli intendeva cedere la propria quota nella società costituita con i B., a questi stessi, per € 4.000,00; che, per converso, Progetto srl era creditrice di € 21.728,10 per fatture emesse a carico della Progetto snc; sicché, da un lato Progetto Auto srl rinunciava al credito pari ad € 21.728,10, rinunciando ad intraprendere qualsiasi azione risarcitoria o di altra diversa natura in merito al pagamento delle fatture oggetto del presente atto; e quindi l'O., contemporaneamente alla cessione della propria quota "rinuncia(va) ai propri crediti corrispondenti ad € 19.000,92 anch'egli rinunciando ad intraprendere qualsiasi azione risarcitoria o di altra diversa natura in merito al pagamento della quota di sua proprietà della Progetto srl e di nulla avere a pretendere le somme derivanti dalla distribuzione degli utili conseguiti dalla Progetto srl alla data odierna e di sua spettanza ovvero ad abbandonare eventuali azioni legali."

Già ad un primo sommario esame, le diverse poste attive e passive paiono piuttosto bilanciate.

Deve, poi, ricordarsi che, ai sensi dell'art. 1973 c.c. la transazione può essere annullata per falsità di documenti se è stata fatta "in tutto o in parte, sulla base di documenti che in seguito sono stati riconosciuti falsi" situazione che non ricorre nel presente caso.

Infatti, è pacifico che i documenti forniti all'O. circa la situazione della società Progetto srl, non erano che bozze di quello che sarebbe poi stato il bilancio portato all'esame dell'assemblea della società, e, quindi, indipendentemente dall'essere state omesse delle poste significative di bilancio, si trattava di documenti per loro natura provvisori, e pertanto, per i quali non pare neppure ipotizzabile che ne possa venir dichiarata la falsità.

La circostanza, poi, emersa dalla CTU, per cui le bozze consegnate all'O. inizialmente (doc.3) a due giorni dalla firma dell'atto di cessione, e quelle consegnate il giorno stesso della cessione mancassero di dati rilevanti ai fini di valutare il patrimonio sociale (i.e. le voci rimanenze e ammortamenti) non può ritenersi significativa per fondare un giudizio di annullabilità della cessione.

Ed infatti, proprio la CTU ha precisato che la mancata indicazione di questi dati non avrebbe potuto essere evidente anche per un osservatore medio, relativamente al quale non deve farsi riferimento, necessariamente, alle competenze dell'O., poiché, trattandosi di un bilancio societario, deve valutarsi la capacità media nella lettura di un bilancio, e non può avere, quindi, rilievo indagare quali competenze abbia l'O. che, infatti, era supportato da un suo commercialista, persona, quindi, che deve ritenersi in grado di una lettura adeguata.

La presenza di tale professionista nel corso delle trattative intercorse tra le parti (che ebbero a portare sia alla transazione che alla cessione della quota) è stata oggetto di deduzione istruttoria dei B. che appare, tuttavia, inutile siccome è proprio l'O., nell'atto di citazione introduttivo del giudizio di primo grado, che riferisce di essere stato assistito dal dr. C. (cfr.p.1 riga terzultima); non pare allora affatto che l'O. sia stato impedito dall'apprezzare adeguatamente la contabilità aziendale, essendo, appunto, supportato da un tecnico del settore.

Ma le omissioni di cui dette bozze erano affette, neppure potrebbero assumere rilievo ai fini dell'annullamento della scrittura privata 27.5.2010 per l'errore in cui afferma di essere stato indotto l'O., poiché l'errore di fatto che giustifica l'annullamento di una transazione deve assumere i connotati di un errore essenziale, per tale non potendo mai intendersi l'errata valutazione della convenienza economica del contratto, come sarebbe laddove si ritenesse che, alla luce della bozze incomplete di bilancio, egli sia stato indotto alla transazione (che riguardava posizioni di debito e credito delle società di cui egli era socio unitamente ai B.) in considerazione di un'errata valutazione della sua quota.

Ed infatti, come affermato dalla giurisprudenza di legittimità, che questo Collegio condivide pienamente: "L'errore sulla valutazione economica della cosa oggetto del contratto non rientra nella nozione di errore di fatto idoneo a giustificare una pronuncia di annullamento del contratto, in quanto non incide sull'identità o qualità della cosa, ma attiene alla sfera dei motivi in base ai quali la parte si è determinata a concludere un certo accordo ed al rischio che il contraente si assume, nell'ambito dell'autonomia contrattuale, per effetto delle proprie personali valutazioni sull'utilità economica dell'affare" (cfr. da ultimo, Cass. civ., sez. II, 03/09/2013, n. 20148 e in senso conforme Cass. civ., sez. III, 3 aprile 2003 n. 5139).

Perché possa giungersi all'annullamento di una transazione, poi, non solo è richiesto che essa si basi su un documento dichiarato giudizialmente falso, ma anche che detto documento falso sia stato il presupposto su cui si è basata la transazione, mentre nella stessa sentenza impugnata si afferma che la transazione era basata parzialmente su documenti falsi, così rendendo evidente che le bozze in esame non erano state, semmai che uno degli elementi presi in considerazione per giungere alla scrittura privata 27.5.2010, ma non certo quello su cui essa si era basata.

Deve pertanto affermarsi la validità della transazione con la quale le parti, facendosi reciproche concessioni, dichiaravano di rinunciare ad agire l'una nei confronti dell'altra, ritenendo le rispettive

pretese e diritti sostanzialmente equivalenti, comunque volendo definire complessivamente, in tal modo, i loro rapporti.

Ciò posto, poiché sicuramente la scrittura di transazione e l'atto di cessione sono negozi collegati, le stesse ragioni che militano a favore della validità della transazione devono essere richiamate per affermare la validità della cessione della quota.

Sul punto deve anche ricordarsi che l'O., siccome cedente la quota, ben avrebbe potuto e dovuto farsi carico di determinarne il valore per proporla in cessione ai B. che, in quanto cessionari, seppur a loro volta già soci della società, non erano tenuti a fornirgli informazioni sulla situazione patrimoniale della società stessa, ed essendo risultato, anzi, come detto, che l'O. è stato affiancato da un commercialista, sicché ben ha potuto stabilire il prezzo al quale intendeva vendere alle controparti la propria quota.

E' comunque vero, poi, come rilevato dagli appellanti, che il valore di una quota sociale è determinato dalla libera contrattazione delle parti, e l'errore su detto valore non può definirsi come errore essenziale ex art. 1428 c.c., restando, quindi, irrilevante a questi fini.

Conclusivamente, l'appello deve essere accolto, sicché devono respingersi le domande avanzate dall'O. dichiarandosi la validità della scrittura privata 27.5.2010, e della cessione della quota.

(... *Omissis*...)

P.Q.M.

(... *Omissis*...)

Accoglie l'appello proposto da B. e per l'effetto respinge le domande avanzate da O., dichiarando la validità della scrittura privata 27.5.2010 e dell'atto di cessione della quota intercorsa in pari data tra lo stesso e gli appellanti B.

(... *Omissis*...)

Tribunale di Genova, 30 giugno 2017, n. 1797 – Giudice Unico Gibelli – X (Avv.ti Girardi e Blengino) c. Y.

RESPONSABILITÀ civile – danno cagionato da animale - danno biologico – personalizzazione del danno – ammissibilità.

(Artt. 2043 e 2052 c.c.)

RESPONSABILITÀ civile - danno cagionato da animale - perdita della capacità sessuale - lesione del rapporto parentale – sussiste.

(Art. 2043 c.c.)

In tema di perdita di capacità sessuale cagionata dal morso di un cane è dovuto il risarcimento, nella forma di liquidazione propria delle tabelle milanesi attuali, per il danno biologico subito ricomprensivo il danno morale per l'ordinaria reazione dell'umore e della ideazione di gravità della lesione subita. La disfunzione erettile grave, causata dalla lesione procurata dal morso del cane, non deve essere considerata nella sua mera potenzialità astratta senza cioè considerare la speciale incidenza funzionale, in tal caso infatti il danno biologico sarebbe in termini puramente medico legali dello stesso livello anche per chi non avesse consuetudine ricorrente con i rapporti sessuali o non potesse od avesse grosse difficoltà ad averne per diversi motivi di salute o per scelta personale o vocazionale. Occorre invece contemplare la rilevanza concreta della perdita di capacità sessuale ed in particolare l'incidenza funzionale della stessa per il soggetto danneggiato. (Nel caso di specie il Tribunale ha ritenuto che fosse necessaria la c.d. personalizzazione del danno al fine

di liquidare un risarcimento per il danno alla persona quanto più integrale possibile, considerando che la sessualità era spesso praticata dalla coppia e perciò di rilevante importanza e la cui interdizione ha causato effetti negativi alla stessa, a tal fine ha elevato (del 30%) il risarcimento del danno per le conseguenze mediate ed immediate del danno all'integrità psicofisica del soggetto danneggiato).

In merito alla compromissione del rapporto coniugale considerato come bene in sé, il risarcimento del danno per lesione del rapporto parentale sussiste non solo in caso di totale ablazione del rapporto causata dall'uccisione del coniuge ma altresì nel caso di menomazioni gravissime causate da terzo che abbiano trasformato il rapporto parentale in un rapporto meramente assistenziale anziché di scambio e di interazione tra i coniugi. (Nel caso di specie il Tribunale ha riconosciuto che l'interdizione dei rapporti sessuali rappresenta una deformazione radicale del rapporto di coppia tale da privarlo della sua ragione originaria almeno nella normalità dei casi, pertanto è dovuto un risarcimento del danno per una parziale compromissione del rapporto coniugale nel caso di disfunzione erettile del coniuge causata dal morso di un cane).

A.BI.

(...Omissis...)

Motivi

La causa ha ad oggetto la richiesta di risarcimento del danno alla persona, ed al rapporto coniugale, formulata dagli attori (coniugi) in relazione ad una lesione patita del Sig. X, a causa del morso di un cane, con conseguenti lesioni in area genitale. La domanda formulata ex art. 2052 c.c. è diretta avverso la proprietaria/utilizzatrice dell'animale, la quale si è costituita e non ha negato la qualità detta. Non vi è coinvolgimento diretto in causa di compagnia di assicurazione.

La tesi attorea è così riassunta dalla capitolazione formulata a sostegno della stessa.

In ordine al fatto è dedotto quanto segue.

Il giorno 4/10/2014 alle ore 17 circa l'attore camminava col figlio in via X nei pressi di via X in X, quando un grosso cane di colore marrone si avventava contro di loro. Il cane era privo di museruola. Il sig X si parava davanti al figlio e veniva morsiato all'altezza del pube e dell'avambraccio sinistro. La sig.ra Y, che in quel mentre conduceva il detto cane al guinzaglio, era incapace di trattenerlo.

All'esito delle ferite l'attore si recava presso l'ospedale di X.

In ordine ai precedenti del fatto suddetto la ricostruzione è invece la seguente.

A far data dal 2013 la sig. ra Y risulta essere stata notata più volte mentre portava al guinzaglio il proprio cane, Dogue de Bordeaux, per il centro cittadino di X privo di museruola. Nell'arco temporale di cui sopra sono notori in X reiterati episodi di aggressioni da parte del cane della sig.ra Y ad utenti della strada.

Ad es. il sig. X fu aggredito dal cane della sig.ra X nel settembre del 2013 mentre si trovava nelle parti comuni del condominio di residenza della stessa, condominio che deliberò all'unanimità in data 16/11/2013 che il cane della sig.ra Y potesse circolare nelle parti comuni del condominio solo se munito di museruola.

Anche la sig. ra X fu aggredita e ferita nel gennaio del 2015 dal cane tipo Dogue de Bordeaux della sig.ra Y mentre si trovava a camminare nei pressi dell'abitazione di quest'ultima, essendo in tale circostanza la bestia priva di museruola e la sig.ra X incapace di trattenerla.

Infine sulle conseguenze del fatto la tesi attore è ancora la seguente.

I sig.ri X hanno attraversato a partire dall'ottobre 2014 fino ad oggi un periodo di crisi coniugale, detta crisi discende dalle lesioni riportate dal X ed alla residua preclusione dei rapporti intimi tra i coniugi. La frequentazione con gli amici è mutata a far data dall'episodio oggetto di causa e si sono verificati reiterati episodi di nervosismo e litigiosità.

La convenuta si è costituita con negatoria dei fatti parziale e generica e non ha risposto all'interpello deferito sull'intero complesso delle circostanze suddette. La allegazione di maggior rilievo della convenuta consiste, tuttavia, nella denuncia di una presunta grave imprudenza del sig. X il quale, prima della già descritta aggressione, avrebbe raccolto da terra "con impeto" una pallina sfuggita al cane, così generando (si deve intendere per imprudenza) la sensazione nell'animale di un pericolo imminente e la sua violenta reazione.

La stessa convenuta ha svolto inoltre contestazioni in diritto in ordine al titolo di responsabilità.

Il fatto storico (prima tesi attorea sopra riportata) risulta provato essenzialmente dalla ingiustificata mancata risposta all'interpello. Sul punto si tornerà infra.

Gli antefatti di causa rilevanti, anch'essi per i profili che si diranno, sono invece provati direttamente per testi sia pure in misura solo parziale a fronte della "tesi piena" sopra esposta. Il Sig. X (udienza 23/11/16) ha asserito: di aver visto più volte la Y nel centro di X col proprio cane condotto senza museruola; di avere segnalato alla convenuta l'opportunità che la stessa munisse l'animale di apposita museruola stante l'atteggiamento aggressivo dello stesso che era solito azzuffarsi con altri cani; di essere a conoscenza di aggressioni subite da altre persone sempre avvenute da parte del cane della convenuta; di aver notato che, in occasione dei reiterate episodi di "attacco" da parte dell'animale, che la X non era in grado di controllarlo.

L'amministratore di condominio ove risiede la convenuta, Sig. X, (udienza del 12/1/2017) ha precisato che a causa dell'aggressione subita dal condomino sig. X, quest'ultimo aveva chiesto, ed ottenuto, che fosse votato in assemblea l'obbligo, a carico della Y, di tenere rigorosamente al guinzaglio il proprio animale e di fargli sempre indossare la museruola in occasione della sua circolazione, quanto meno nelle aree condominiali.

All'ultima udienza di escussione testi il Sig. X ha dichiarato di esser stato oggetto di "assalto" da parte del cane della Y mentre si trovava a camminare nel centro cittadino con suo figlio in spalla e di aver notato che, nella detta circostanza, il cane della Y si trovava legato ad un albero e che aveva strappato il guinzaglio per avventargli contro; aggiungeva che era anch'egli a conoscenza di altri episodi di aggressioni da parte della famigerata bestia a carico di ulteriori malcapitati.

In fine gli aspetti essenziali relativi al danno sono largamente provati dalla disposta ed effettuata doppia CTU sulle persone di ambo gli attori-coniugi, compresi gli aspetti relativi al danno psichico patito dall'attrice a seguito dei fatti.

Alla luce degli esiti suddetti la responsabilità attorea appare evidente.

In ordine al punto centrale in fatto, ovvero l'effettività dell'aggressione la stessa risulta provata, come già accennato, essenzialmente dalla mancata risposta all'interpello.

Il Tribunale non ignora che il mezzo di prova suddetto è legalmente inidoneo a formare la prova piena, connettendosi piuttosto al positivo esito dello stesso (per il deducente) la c d "semiplena probatio". Nondimeno occorre anche ricordare che la prova semipiena non è neppure riducibile al concetto di "indizio". In effetti l'indizio costituisce un fatto dal quale

risulta possibile con una relativa probabilità risalire alla verità di un altro fatto.

Tuttavia ogni fatto oggetto di ipotesi indiziaria, per potersi ritenere ritenersi provato, deve risultare probabile anche alla luce di altro ed autonomo indizio. L'identità dimostrativa dei due indizi deve essere elevata (precisione) gli stessi devono essere univoci (concordanza) ed esprimere anche da soli una probabilità di un certo livello (gravità). Non è necessario che siano tre o quattro, ciò limitandosi a migliorare il livello di certezza della prova.

La prova semipiena, invece è una prova potenzialmente perfetta. Essa non richiede la conferma per ogni fatto proveniente dalla fonte idonea a procurarla. È sufficiente che almeno parte delle verità ritraibili dal mezzo risultino confermate, perché, rilevata la concatenazione logica dei fatti che si ritengono provati, e la conferma con prova piena di alcuni di questi, possa ritenersi la probabile verità del tutto. Un tipico esempio di prova semipiena, oltre alla mancata risposta all'interpello in sede civile è la dichiarazione dell'imputato in procedimento connesso in sede penale. A determinate condizioni di legge essa ha valore di prova, ma richiede i cd. "riscontri" ovvero una conferma parziale, non la conferma punto per punto, propria del meccanismo di formazione della prova logica per cumulo indiziario, ma una semplice conferma su alcuni punti.

Nel caso di specie i riscontri alla capitolazione attorea sono vastissimi. Una parte delle circostanze è espressamente non contestata con la costituzione. La lesione provocata dall'aggressione e la sua tipologia sono riscontrate dai referti medici, la probabilità dell'aggressione è sostenuta dai precedent (che così evidenziano la loro una prima rilevanza di causa). L'aggressione è ammessa nella denuncia della convenuta alla assicurazione che si è acquisita (sia pur col complemento della narrazione della raccolta della pallina), la stessa perdita di controllo dell'animale, del resto logicamente necessaria per procurare l'effetto, ha precedent pienamente provati per testi. La mancata risposta all'interpello si limita a "legare tutto ciò". L'effetto della mancata risposta e dei plurimi punti di suo riscontro è il raggiungimento della prova piena sull'intera narrativa attorea del fatto.

Come già detto il danno è direttamente riscontrato dal CTU. Prima di procedere alla liquidazione occorre ricordare che al caso è applicabile l'art. 2052 il cui portato risulta tuttavia superfluo. Infatti vi è anche la prova piena della colpa grave della convenuta. È pienamente accertato, in via incidentale, ai fini civili il reato di lesioni personali gravissime.

L'eventuale repentina raccolta della pallina sfuggita al cane, oltre a non essere provata (l'onere della prova in ordine alle circostanze di fatto integrative del concorso è del danneggiante) è del tutto irrilevante. Raccogliere un oggetto che ruzzola sul suolo pubblico è una condotta addirittura istintiva e quindi non è certo un fortuito. Inoltre non integrerebbe neppure un concorso di colpa poste che l'onere di vigilanza degli animali, domestici e da compagnia, è interamente a carico degli utilizzatori. Risulta assurdo ipotizzare che cittadini che non posseggono o non vogliono possedere animali debbano nondimeno studiare come interagire con essi, documentarsi sulle possibili reazioni, pena la perdita del diritto al risarcimento per aggressioni di questi ultimi. La popolazione non proprietaria, avverso gli animali circolanti in città, ha il solo onere della diligenza generica e quindi solo quello di evitare comportamenti chiaramente riconoscibili come provocatori o aggressivi, anche secondo una logica anche umana.

Oltre è il proprietario/utilizzatore che deve vigilare, avvisare

i terzi dei rischi, essere in ogni caso in grado di controllare l'animale.

La responsabilità della convenuta è quindi piena e non ridotta dal concorso.

Quanto al risarcimento del danno è dovuto innanzi tutto all'attore il risarcimento per il danno biologico, dovendosi precisare che tale danno comprende, nella forma di liquidazione propria delle tabelle milanesi attuali, il danno morale, e ciò limitatamente alla ordinaria e non patologica reazione dell'umore e della ideazione di gravità della lesione subita:

In proposito sono da liquidarsi Euro 44.538,00 per la IP segnalata dal CTU come del 16%, ed euro 5.400,00 per la IP riconosciuta in misura nel complesso equivalente a 45 gg al 100% (10 gg al 75%, 30 gg al 50% e 60gg al 25%). Nella determinazione della diaria nella misura di euro 120 die si è tenuto conto dell'ansia per il pericolo, poi avveratosi, per la vita sessuale.

Si perviene in tal modo al computo di un risarcimento di quasi 50.000,00 euro.

In ordine alla perdita della capacità sessuale (disfunzione erettile grave) è vera l'affermazione di parte convenuta che essa costituisce già il motivo della stima della lesione ad un certo livello. Infatti la mera cicatrice riportata, senza considerare la sua speciale incidenza funzionale non integrerebbe certo un danno del 16%.

Nondimeno la disfunzione è considerata, nella stima medico legale, nella sua mera potenzialità astratta. Il danno biologico sarebbe, in termini puramente medico legali dello stesso livello anche per chi non avesse consuetudine ricorrente con i rapporti sessuali o non potesse od avesse grosse difficoltà ad averne per altri motivi di salute o per scelta personale o vocazionale. Al contrario nel caso è comprovato (dalla relazione psicologica sulla consorte) che la sessualità era praticata nella coppia e di rilevante significato per la stessa, come dimostrano i negativi effetti della sua interdizione. Si reputa pertanto equo, anche a solo titolo di personalizzazione elevare del 30% il danno come sopra ritenuto, pervenendo ad una liquidazione finale del danno non patrimoniale "alla salute" di euro 65.000,00.

Il danno suddetto comprende solo le conseguenze immediate e mediate del danno all'integrità psicofisica.

Altra questione è quella della compromissione del rapporto coniugale, come bene in sé. Per tale posta di danno, in via ordinaria, in considerazione del fatto che il contenuto del rapporto coniugale non integra una posizione di unilaterale e costante godimento o vantaggio (comportando invece anche doveri, oneri e condivisioni di sofferenze) si riconosce un risarcimento autonomo solo in caso di totale ablazione del rapporto (uccisione del coniuge). Più di recente, tuttavia, il risarcimento per lesione parentale è stato riconosciuto anche in caso di completa alternazione da parte di terzo del normale corso storico del rapporto parentale, ovvero nel caso di menomazioni gravissime che abbiano trasformato il rapporto parentale in un rapporto meramente assistenziale anziché di scambio ed interazione.

Effettivamente in ordine al rapporto coniugale, anche l'interdizione dei rapporti sessuali rappresenta una deformazione radicale del rapporto, una deformazione che lo priva della sua ragione originaria, almeno nella normalità dei casi.

Pertanto la liquidazione suddetta pare integrabile anche sotto il profilo di una liquidazione equitativa per una parziale compromissione del rapporto coniugale. Tale liquidazione si individua nella somma di euro 25.000,00 pari ad 1/6 circa del risarcimento minimo riconosciuto per il caso di uccisione del coniuge. (la cifra sarebbe maggiore se la lesione fosse perpetrata a ridosso del matrimonio).

Riassumendo l'intera liquidazione a vantaggio del danneg-

giato diretto la stessa ammonta ad euro 90.000,00 tutti stimati a valore odierno già comprensivo della rivalutazione o devalutazione monetaria.

Alla somma suddetta si aggiungono euro 3.000,00, sempre a valori odierni per spese mediche indennizzabili.

Per quanto riguarda la consorte attrice, alla stessa va riconosciuta la medesima lesione del rapporto parentale appena detta (euro 25.000,00) oltre al danno psichico rilevato dal CTU quale patologica concretizzazione del mero dolore per la lesione subita dal marito (posta non risarcibile in sé perché non correlata a lesione diretta antiggiuridica).

A tale titolo (mero danno biologico) vanno rifusi euro 12.000,00 per un danno del 7% computato con le tabelle del 2014, con modestissimo arrotondamento di adeguamento ad oggi.

Nel caso non pare possano apportarsi personalizzazioni né al danno psichico né a quello del rapporto parentale. Infatti il soggetto aggravio dello stesso per l'attrice risulta collegato in perizia a mere sue sensibilità personali, forse persino orientamenti degli schemi relazionali e del tono dell'umore antecedenti il fatto. Pertanto oltre alla "lesione dell'integrità del rapporto coniugale" ed al "disturbo permanente dell'umore come malattia" non può riconoscersi anche un danno morale personalizzato derivante da tale compromissione posto che la denunciata "crisi coniugale" non rappresenta affatto un portato necessario della compromissione della salute di uno dei due coniugi, potendo anche tale compromissione, in astratto, determinare il rafforzamento del legame. Il risarcimento complessivo da erogarsi all'attrice, risulta quindi di euro 37.000,00.

Non resta che disporre sulle spese di lite.

La modestissima rimodulazione del danno rispetto alle ampie pretese dispiagate (quasi tutte accolte) non pare assimilabile ad alcuna forma di soccombenza reciproca. Gli attori sono quindi in toto vincitori e vincono di conseguenza le spese liquidate come in parte motiva.

La pervicace resistenza di parte convenuta, persino in punto a debeat, a fronte di un caso che persino nella coscienza comune è sentito come di responsabilità oggettiva deve intendersi temeraria ed ostruzionistica e come tale meritevole di condanna ex art. 96 c.p.c. in importo pari alle spese di lite liquidate.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, visto l'art. 281 sexies del c.p.c.

Condanna

parte convenuta a versare all'attore la somma di euro 93.000,00 ed all'attrice la somma di euro 37.000,00 oltre ai soli interessi legali sulle somme devalutate fino al fatto e fino all'esborso limitatamente ad euro 3.000,00 per l'attore.

(...*Omissis*...)

Condanna

la stessa parte, ex art. 96 c.p.c. a versare agli attori, creditori in solido, l'ulteriore somma di euro 7.000,00 liquidata ad oggi.

(...*Omissis*...)

Tribunale di Genova, sez. II civ., ord. (decisoria di procedimento sommario) 3 settembre 2017 – Giudice Unico Gibelli - X (Avv. Esibizione) c. Istituto Giannina Gaslini (Avv. Carassale) e c. Assicurazioni (Avv. Di Franco).

RESPONSABILITÀ civile – enti ospedalieri – obbligo di rendere la prestazione “migliore possibile” - responsabilità - natura contrattuale – immediata applicabilità della norma - sussiste.

(Art. 7, l. n. 24/2017, c.d. Legge Gelli)

In tema di qualificazione della responsabilità del medico non contraente col paziente, il terzo comma dell'art 7 della c.d. legge Gelli (l. n. 24/17) è norma di interpretazione autentica del c.c. sul punto di specie e, quindi, di immediata applicazione.

Anche dopo la legge Gelli la responsabilità di enti ospedalieri, ASL e cliniche rimane di natura contrattuale nonostante il tenore apparentemente contraddittorio del primo comma dell'art. 7 ed è fondata su una loro specifica obbligazione derivante dalla legge e/o dal contratto di ospedalità, di render la prestazione teoricamente migliore possibile.

(...*Omissis*...)

Con la presente viene sciolta la riserva decisoria assunta all'ormai remota udienza del 13 gennaio del corrente anno, riserva lungamente mantenuta in considerazione del rilievo del caso in tema di responsabilità medica, nonché della radicale evoluzione della disciplina della materia attualmente in corso e connessa all'intervenire di radicale novellazione normativa (c.d. legge Gelli l. 8 marzo 2017, n. 24). A tale legge, di seguito, e per alcuni aspetti, si tenterà un primo approccio interpretativo, pur nei limiti della sintesi imposta alla motivazione dal procedimento sommario, e con la consapevolezza della possibilità di diverso definitivo orientamento della giurisprudenza.

La sintesi motivazionale di cui si è detto impone di limitare la contestualizzazione del fatto a quanto segue. Il caso concerne, all'esito dell'evoluzione del contraddittorio, soltanto la sussistenza o meno di responsabilità dell'Ente Ospedaliero Gaslini per il brusco peggioramento della salute di X, un ragazzo di 22 anni, che seguivano quasi dalla nascita, all'esito dell'intervento neurologico del 13.3.02. Con tale intervento di artrodesi i sanitari tentarono di porre un freno all'evoluzione verso la tetraplegia, destino imposto al paziente da una malformazione alla colonna vertebrale che lo affliggeva fin dalla nascita (sostanzialmente le prime due vertebre risultavano deformate, una anche orizzontalizzata ed inserite nel contesto cranico). La malformazione aveva appena iniziato a manifestare i propri effetti, derivanti dalla gravissima compressione e sofferenza indotta al canale midollare, ormai ridotto dai 20/25 mm normali a 3/4 millimetri, e, sia pur non essendo ancora comparse parestesie stabili, si intensificavano quelle transitorie tanto che, per evitare ogni trauma al canale nervoso residuo, era stata bloccata la testa con una impalcatura fissa, c.d. Halo Vest. Il paziente, e la famiglia, avevano in passato rifiutato di recarsi a Londra, come consigliato dallo stesso Gaslini per compiere un intervento risolutore per via anteriore endo-orale con resezione della mascella. Il Gaslini aveva tentato senza successo la rimozione del dente dell'epistrofero, rimozione risultata impossibile ad approccio diretto. Nell'ingravescenza della situazione si tentò una artrodesi di decompressione della colonna per via posteriore, ma l'esito della stessa fu la tetraplegia immediata e quasi completa. Alla stesa seguì, a distanza, la morte, evento non imputato all'infausto esito chirurgico suddetto, come lo è invece la sopravvenuta tetraplegia. Si osservi che la limitazione dell'oggetto alla indotta tetraplegia è resa palese dal riferimento nelle conclusioni ad un solo reato: quello di lesioni colpose.

Come cennato, la materia suddetta richiede un rapido vaglio della disciplina attuale della responsabilità medico legale, alla luce della novità normativa introdotta dalla legge Gelli già citata. L'analisi teorica sarà tuttavia già orientata alle esi-

genze di motivazione di questo caso. Successivamente, meglio analizzati gli elementi di fatto offerti dall'istruttoria, lo schema normativo ricostruito sarà utilizzato per la formazione del *de-cisum*.

Prima dell'intervento legislativo in esame la sinossi della ricostruzione giurisprudenziale della disciplina responsabilità civile di personale ed enti sanitari poteva ritenersi grosso modo la seguente.

Tutti i rapporti tra medici e pazienti o si svolgono nel contesto di un contratto d'opera professionale vero e proprio (come avviene con i liberi professionisti) oppure avvengono a seguito di un "contatto sociale" il quale costituisce un "altro fatto idoneo a far sorgere obbligazioni" ai sensi dell'art. 1176 del c.c. La responsabilità medico chirurgica è quindi sempre contrattuale (da ultimo e diffusamente Cassazione civile, sez. VI, 17 aprile 2014, n. 8940). Essa suppone una negligenza imprudenza o imperizia del sanitario operante, ma, nel contesto di interventi relativamente routinari, e con esito infausto, tale inadempimento all'obbligo di fornire una prestazione professionalmente adeguata si deduce logicamente dallo stesso esito negativo dell'intervento, e, risultando così già integrata la fattispecie di cui all'art. 1218 c.c., una volta dimostrato il fallimento dell'intervento, orientato da parametri tecnico medici consolidati, la liberazione del professionista può avvenire solo mediante il raggiungimento della prova liberatoria tipica dello stesso art. 1218, ovvero la prova della "non imputabilità dell'inadempimento" per circostanze fortuite, fatto di terzi, rischio necessariamente implicito nell'agire medico e non evitabile. La prova suddetta poteva considerarsi, ove raggiunta, come esclusiva, nella sostanza, sia del nesso causale che della colpa. Posto che l'esclusione del nesso causale è tuttavia possibile anche per via autonoma, ovvero per la dimostrazione che, pur in presenza dell'ipotizzata colpa, la stessa risulti irrilevante per aver altro fattore del tutto autonomo determinato il danno, parte della giurisprudenza continuava a sottolineare come la prova del nesso causale, anche in materia contrattuale, continua ad incombere sull'attore e che, di conseguenza, il sanitario convenuto poteva limitarsi ad addurre la "seria plausibilità di una concausa" del tipo detto, rinviando ancora una volta l'onere probatorio all'attore in ordine alla irrilevanza della concausa (sostanzialmente in tal senso Cassazione civile, sez. III, 12 settembre 2013, n. 20904 e meglio Cassazione civile, sez. III, 17 ottobre 2013, n. 23575).

Quanto alla responsabilità degli enti essa era vista, per lo più, come fondata sulla immedesimazione organica tra gli stessi ed i sanitari operanti ovvero nella loro qualifica di ausiliari, ex art. 1228, in rapporto al soggetto funzionalmente onerato di rendere la prestazione sanitaria ed individuabile nella struttura nel suo complesso (di recente Cassazione civile, sez. III, 19 giugno 2015, n. 12717).

In caso di intervento innovativo, necessario ed opportuno, ma non disciplinato da consolidate buone prassi, operava invece l'art. 2232 c.c., essendo necessario dimostrare una colpa grave dei sanitari come "oggetto legislativamente necessario" dell'inadempimento. Raggiunta la prova da parte dell'attore il meccanismo di coinvolgimento dell'ente era il medesimo. Il consolidamento dello schema esaminato aveva lasciato in ombra la ricostruzione teorica, pur approdata anch'essa alla giurisprudenza di legittimità (ancora di recente Cassazione civile, sez. III, 8 marzo 2016, n. 4540), per la quale anche gli enti stessi sono onerati di una precisa "loro" obbligazione di render le migliori cure, obbligazione che loro incombe direttamente (in forza della legge o del c.d. contratto di spedalità) e non costituisce solo un mero riflesso dell'obbligazione dei medici.

La tesi attorea, aderisce strettamente alla ricostruzione appena detta. Nella strutturazione giuridica della propria tesi la difesa attorea individua, persino esplicita nelle conclusioni finali, una precisa ipotesi di colpa dei sanitari. La stessa si ritiene pienamente provata, senza la necessità dell'operar di presunzioni. La colpa suddetta, che consisterebbe nell'aver operato il paziente senza garantire l'immobilizzazione della testa nel corso dell'intervento (tesi in qualche modo avallata dalla CTU) avrebbe anche natura di gravità. Ne conseguirebbe che, anche senza ricorre agli aspetti più "spinti" dello schema responsabilitario sopra esaminato, pervenuti facilmente al "medio logico" della responsabilità dei medici, si potrebbe poi fare automaticamente il passo alla responsabilità dell'ente come sopra detto.

Prima di verificare se sia vero che, nel caso, vi sia la prova pacifica, e palese, di una colpa grave dei sanitari, occorre ancora ricostruire il quadro nel quale la detta verifica deve essere effettuata, questa volta alla luce della c.d. legge Gelli, legge approvata nella pendenza della decisione.

La nuova normativa non modifica alcun articolo del codice civile pur ponendosi, su alcuni punti di rilievo, in contrasto ineludibile solo con l'interpretazione giurisprudenziale sopra data. Sulla base dei medesimi articoli di legge, tuttavia, in passato la responsabilità dei "medici non contraenti col paziente", era stata ricostruita in termini extracontrattuali, ovvero conformemente alla nuova disciplina, e ciò dalla stessa giurisprudenza di legittimità. Posto che il sistema codicistico pare potenzialmente in grado, per la prova storica detta, di sostenere sia una ricostruzione a base contrattuale delle responsabilità di tutti i medici, sia una ricostruzione quanto meno differenziata, la nuova normativa deve intendersi, a giudizio dell'estensore, come di "interpretazione autentica". Essa quindi si ritiene di "immediata applicazione". Inoltre, non essendovi una vera innovazione normativa, ma solo l'introduzione di una norma "orientativa dell'interpretazione" del sistema codicistico, non si è ritenuto di rimettere la causa a nuova discussione delle parti, posto che tutte le argomentazioni dalle stesse svolte sono riguardabili alla luce dei nuovi principi.

Il primario effetto dell'applicazione della nuova normativa consiste nel recupero della centralità, nelle ricostruzioni giudiziarie, della responsabilità medica dei sanitari, della precisa individuazione di una "colpa professionale" chiaramente ipotizzata come deviazione da una precisa "linea guida" della condotta medesima ed anche positivamente provata, sia pure con l'ausilio delle presunzioni semplici ritraibili dal cattivo esito di una fase e del complesso dell'intervento.

Non è quindi più possibile fondare il giudizio di responsabilità del singolo medico su un inadempimento rimasto indefinito e la cui esistenza non sia positivamente accertata come deviazione da una specifica regola di condotta, ma solo dedotta da un effetto negativo, senza che sia venuta la prova liberatoria di cui all'art. 1218 c.c. Quanto sopra è infatti possibile solo se il sanitario abbia "espressamente promesso col contratto la possibilità di esplicitare una diligenza sufficiente al raggiungimento dello scopo". Solo l'espresso impegno contrattuale può condurre la responsabilità medica oltre la soglia, già elevata, del modello di colpa professionale che prevede che lo stesso abbia il dovere assoluto, non l'obbligo contrattuale, di rispettare le migliori linee guida e che sia responsabile della sicura deviazione dalle stesse.

Procedendo con riferimento al caso concreto qui si può accennare ad una prima seria disparità delle ricostruzioni. Per gli attori, come detto, la colpa dei sanitari è grave ed evidente

e quindi il problema sopra posto non si pone. Per parte convenuta l'operazione fu compiuta quale unica reazione possibile all'avanzamento della tetraplegia ed era intrinsecamente a rischio. Operando in una condizione estrema non vi erano linee guida certe, o precetti tecnico scientifici alle stesse equiparabili e quindi, nonostante l'esito, esso altro non è che una delle fatalità fin dall'inizio preconizzate come possibili ed affrontate solo per salvare il paziente.

Ma occorre procedere ancora nell'analisi della nuova normativa, ed in particolare dell'art. 6 della legge del 2017.

La nuova configurazione della responsabilità del singolo sanitario è come detto contenuta nel terzo comma dell'art. 7, ed appare esaustiva e diretta al punto che si intendeva disciplinare. Il primo comma invece, che disciplina la responsabilità delle strutture sanitarie, ha una formulazione solo apparentemente chiara, una formulazione che, invece, a giudizio dell'estensore, si limita a ribadire uno dei punti della precedente ricostruzione meramente giurisprudenziale, senza avere però alcuna generale portata restrittiva.

La norma infatti ribadisce, col riferimento all'art. 1228 del c.c. che, ove vi sia responsabilità del sanitario operante nel contesto di struttura pubblica o privata, vi è anche, ed automaticamente, responsabilità della struttura che è l'effettiva "gerente" (diretta o in regime autorizzatorio) del "servizio sanitario" ed in rapporto alla quale il sanitario, anche se solo convenzionato, anche se "scelto" dal paziente, opera come ausiliario. E' esattamente la ricostruzione invocata dai ricorrenti nel caso di specie e, come si vede parrebbe non aver nulla di innovativo, se non fosse per una grave incongruenza. Il rigido mantenimento della equivalenza tra la responsabilità della struttura e quella del sanitario, essendo la seconda dichiaratamente extracontrattuale, sembrerebbe vanificare ogni riferimento all'art. 1218 c.c., posto che, nella sostanza, alla base di ogni ipotesi di responsabilità parrebbe doversi essere una colpa positivamente provata di un sanitario, colpa rilevante ex art. 2043 del c.c.

Osservando meglio la norma, tuttavia, si notano due ulteriori elementi. Se la responsabilità della struttura fosse solo un riflesso di quella dei sanitari sarebbe superfluo il richiamo ad un generale inadempimento ex art. 1218 c.c. ed inoltre la responsabilità per fatto degli ausiliari è correlata a "qualsiasi fatto doloso o colposo degli stessi", senza che sia ribadito né il richiamo al mancato rispetto delle linee guida codificate né il rapporto tra la gravità della colpa e la consistenza del risarcimento, ulteriore notevole elemento innovativo introdotto nella definizione della responsabilità medica (del singolo medico). Si noti inoltre che la limitazione della rivalsa all'ipotesi di colpa grave (art. 10) suppone per contro una "colpa lieve" per la quale vi è responsabilità dell'ente, ma non vi è rivalsa. L'esistenza di una responsabilità dell'ente per "fatto proprio" e non solo "di riflesso" è quindi certa e codificata, sia pure un altro settore della normativa.

Dagli elementi sopra riportati risulta con chiarezza che, a differenza del terzo comma dell'art. 6, il primo comma non ha intenzioni limitative, né interpretative, ma si limita a far risalire sempre all'ente la responsabilità nell'ipotesi di sua sussistenza già accertata in capo ai medici, codificando un assetto giurisprudenziale pacifico.

Nulla tuttavia risulta mutato, rispetto al tradizionale quadro della responsabilità contrattuale degli enti esercenti il servizio sanitario sia privatamente che nel contesto del servizio nazionale.

Al contrario la nuova formulazione dell'art. 6, che, come visto, non è esaustiva, non esclude che essi siano destinatari

di una specifica obbligazione a fornire la miglior prestazione sanitaria possibile in base alla legge o in base a contratto e, pertanto la loro responsabilità resta pienamente contrattuale (da violazione di una obbligazione).

In quanto contrattuale la responsabilità degli enti sanitari, a prescindere la fenomeno parziale dell'imputabilità agli stessi delle colpe dei sanitari positivamente accertate, si estende, sempre, in caso di interventi standard, a tutti i casi di "esiti ritenuti migliorabili", ovvero a tutti gli esiti infausti per i quali non si sia raggiunta la prova che una migliore prestazione era impossibile oggettivamente o che l'esito peggiore è dipeso da una causa imponderabile, come una complicanza imprevedibile. In caso di interventi innovativi o molto difficoltosi, per le conseguenze degli atti medici o chirurgici in senso proprio non vi è che la responsabilità indiretta per la colpa del sanitario, salvo il permanere della responsabilità di tipo contrattuale in relazione agli obblighi accessori all'intervento, come quelli diagnostici, di trattamento intraoperatorio dello stesso, o di seguito post-operatorio.

Completato il quadro dei principi che si intendono adottare come fondamento della decisione occorre ritornare ancora al caso specifico.

Non è vero, o almeno non costa all'esito della CTU condotta da medico e legale e specialista, che sia emersa in causa una chiara colpa professionale di un singolo medico. Sentito a chiarimenti il CTU, che sul punto ha consultato l'ausiliario neurologo, non ha espresso alcuna certezza sul fatto che la Halo Vest, che tutelava il canale midollare residuo dagli shock da movimento, potesse essere conservata effettuando l'atto operatorio con un simile supporto. Anche intuitivamente è difficile immaginare un'articolata e delicatissima azione chirurgica in presenza di quell'ostacolo. Se è possibile che non si potesse far a meno di rimuovere il tutore suddetto, se l'intervento era, come affermato, opportuno per l'approssimarsi di ingrossanti parestesie, se, come indubbio, erano già stati rifiutati interventi più invasivi è possibile che l'atto di operare rimuovendo l'Halo Vest fosse necessitato, fosse un rischio pur grave, da assumersi e, di conseguenza, la prova positiva di una grave colpa di chi decise tale rimozione non c'è.

Se gli attori avessero scelto di convenire uno qualsiasi dei sanitari, fosse anche chi aveva la responsabilità dell'intera operazione, alla luce del nuovo quadro normativo, essi sarebbero soccombenti contro tutti.

Gli attori hanno tuttavia convenuto l'ente ospedaliero che, come visto ha un diverso tipo di responsabilità.

I consulenti hanno espressamente affermato che, anche nell'ipotesi in cui il supporto avesse dovuto essere rimosso, la manovra avrebbe dovuto essere compiuta con una estrema attenzione. La stessa doveva essere studiata ed eseguita in modo tale da non mobilitare mai troppo bruscamente il collo del paziente, pena le gravissime conseguenze poi riscontrate. Ritengono i consulenti che, per qualche fattore non ben precisato (movimento dell'anestesista per procedere all'intubazione, movimento incongruo di un infermiere incaricato di mantenere il blocco, movimento del chirurgo esecutore dell'atto principale, mera accidentalità) tale immobilità non sia stata mantenuta e che ciò sia stato sufficiente a realizzare una compressione del ridottissimo canale midollare tale da comprometterne per sempre la funzione (determinando la tetraplegia al risveglio). Evidentemente i consulenti hanno prescelto questa tesi su quella, di una estensione dell'infiammazione dai tessuti interessati all'atto chirurgico al midollo, e su punto tanto tecnico il GU non può interferire.

Compiuta l'analisi suddetta risulta quindi che, anche senza la grave colpa ipotizzata in citazione, una colpa vi fu. Si tratta di una colpa "a soggetto incerto", solo "probabilmente sussistente", perché dotata di alternative non del tutto escluse e meramente accidentali, non sicuramente grave perché potrebbe essere tale un movimento grossolano, ma potrebbe anche esser stato sufficiente un movimento tenue, o l'assegnazione di una postura che era difficile sospettare come scorretta. Resta il fatto che è concepibile una movimentazione molto accurata e tale da garantire una condizione analoga alla vita con la Halo Vest, ma che essa non riuscì.

Un presupposto colposo come quello appena esaminato è sufficiente ad implicare la responsabilità dell'ente ospedaliero che risponde a titolo contrattuale? A giudizio dell'estensore sì, perché risponde di qualsiasi fatto colposo di qualsiasi suo dipendente e, rispondendo a titolo contrattuale, risponde anche se la colpa ipotizzata è solo una spiegazione razionale del fatto di preponderante probabilità e non è chiaramente esclusa la sua sussistenza, e non è dimostrato che la condotta corretta non era esigibile.

Gli attori hanno chiaramente richiesto che la responsabilità dell'ente venisse tratta da quella dei sanitari. Anche se non hanno chiesto una cognizione diretta della responsabilità dell'ente ed anche se il percorso di ricostruzione di una responsabilità risulta essere stato assai più tortuoso di quello ipotizzato anche nelle difese finali attoree, nella sostanza è risultato confermata almeno una frazione del fatto dedotto, ed è stata riconosciuta almeno una frazione delle ragioni dedotte. Pertanto non si ritiene la formulazione della domanda parzialmente dissonante dai motivi sopra esposti un ostacolo all'accoglimento della stessa.

La domanda proposta con ricorso è quindi almeno fondata in punto an debeatur e sotto tale profilo va accolta.

Il quantum preteso è invece in parte non dovuto in ogni caso. In larga parte è tale per il modo in cui si è ritenuta accoglibile la domanda. Solo in minima parte è effettivamente dovuto. Preliminarmente sul punto si deve rammentare che la domanda è risultata accoglibile solo sotto il profilo contrattuale e non sotto quello extracontrattuale.

Risulta quindi operante non solo il limite al risarcimento di cui all'art. 1223 del c.c. (che lo circoscrive alle conseguenze immediate e dirette dell'illecito), ma anche l'art. 1225 c.c. che lo circoscrive ulteriormente alle conseguenze prevedibili.

Nulla è dovuto a titolo di danno iure proprio per lesione del rapporto parentale.

Tale danno è ordinariamente riconosciuto quando il rapporto parentale è "distrutto" con l'uccisione del congiunto. Talvolta il riconoscimento si estende alle "invalidazioni gravi" che alterano completamente il rapporto parentale, trasformandolo da un rapporto scambievole in un rapporto assistenziale, rendendolo materialmente, se non anche moralmente, unilaterale. Mai il riconoscimento non avviene mai, almeno nella giurisprudenza di questo tribunale, per mere variazioni temporanee indotte nel contenuto del rapporto. Esso infatti, per sua naturale configurazione giuridica, è già costituito da una fascia di opportunità relazioni ed obblighi suscettibili di assumere ogni forma, compresa quella di una onerosa assistenza. L'evoluzione temporanea in tal senso non si può quindi considerare un danno risarcibile solo perché genera infelicità.

Nel caso, come detto, il danno da morte non risulta neppure richiesto (si fa riferimento alla lesione nelle conclusioni) e la morte è certamente una conseguenza mediata dell'atto chirurgico cooperando ad essa la malattia e fatti successivi.

Quanto alla inabilitazione del congiunto occorre considerare che essa fu solo accelerata e non determinata dall'esito dell'intervento posto che a tale risultato la stessa evoluzione naturale della malformazione avrebbe condotto comunque. I congiunti del *de cuius*, odierni attori, non risultano incisi nella natura essenziale del loro rapporto parentale posto che esso era già orientato, per fatti naturali, ad una prospettiva assistenzialistica.

Al contrario è certa la riasarcibilità del danno biologico patito iure proprio dal *de cuius*, costituente un credito al momento della morte e trasmesso agli eredi per rispettiva quota.

Nel calcolo del danno suddetto occorre considerare alcuni dati fondamentali.

Al momento immediatamente antecedente al fatto, a giudizio del CTU il livello di inabilità del paziente era del 70%. E' evidente che al momento successivo era del 100%, non essendovi molti dubbi circa la possibilità di assegnare tale valore ad una completa tetraplegia.

Il danno biologico patito in vita dal paziente risulta quindi pari al differenziale tra una inabilità del 100% ed una del 70%. Secondo il CTU, tuttavia, la tetraplegia completa sarebbe comunque sopraggiunta nel giro di un decennio, anche considerato il costante uso del tutore.

Il danno biologico suddetto va quindi rapportato anziché all'intera vita residua del soggetto, ad un solo decennio applicando al risultato differenziale ottenuto la frazione espressiva del rapporto tra la un decennio e la vita residua completa. Inoltre, posto che nel decennio detto il differenziale teorico si assottiglia dal 30% allo 0% occorre dimezzare ancora il valore ottenuto cosa facilmente ottenibile considerando, a scopo correttivo, un quinquennio anziché un decennio (la diversa via di considerare un differenziale del 15% non è praticabile matematicamente posto che il differenziale suddetto non dà un valore dimezzato rispetto a quello del 30%).

Il conteggio suddetto è espressivo del danno biologico in senso stretto patito dalla vittima dell'illecito e del danno morale ordinariamente connesso a tale livello di inabilità.

Nonostante non si siano individuate colpe gravi dei sanitari e quindi non sia possibile, come consuetamente avviene, riconoscere una componente morale anomala del danno sulla base della considerazione della ricorrente e legittima recriminazione mentale della vittima contro l'illecito, pare invece possibile un amplissimo riconoscimento del danno morale sotto altro profilo.

Anche se il paziente sapeva del proprio destino è indubbio che l'intervento sfortunato lo condusse, nella piena coscienza, da una capacità residua alla quale era abituato ad una incapacità assoluta, e ciò non progressivamente, non "a spot", ma istantaneamente ed al risveglio da intervento che pensava salvifico.

Per i motivi sopra esposti, in via di eccezione, si ritiene possibile liquidare un danno morale speciale pari quasi al doppio del valore tabellare del danno biologico puro, che è una frazione del danno non patrimoniale risultante dal sistema tabellare milanese.

Conclusivamente il mero danno biologico connesso all'intervento si può computare nei termini seguenti:

$$\begin{aligned} & \text{IP al } 100\% \text{ (all'età di } 22 \text{ anni ed a valori già attualizzati)} - \text{IP} \\ & \text{al } 70\% \text{ (alla stessa età e sempre a valori attualizzati)} \times \\ & [(5/(100-22))] = \\ & = (1.078.370,00 - 706.968,00) \times (5: 78) = 371.402,00 \times \\ & 0,064 = 23.769,73. \end{aligned}$$

Aggiunta al risarcimento suddetto l'unica integrazione a titolo di danno morale trasmesso *iure successionis*, di cui sopra si

è detto, si perviene per via equitativa, superando le ordinarie integrazioni per danno morale, ad un risarcimento, sempre a valori attuali, di euro 50.000,00, come detto soglia massima del risarcibile in base all'esito ritenuto del giudizio.

Si deve subito precisare, ai fini della "comprensione laica" della decisione, uscendo dal linguaggio tecnico fino al ora mantenuto, ed a vantaggio di eventuali fruitori di questa motivazione non avvezzi al linguaggio suddetto, che il risarcimento erogato non è

"il risarcimento ritenuto giusto per un ragazzo sano reso tetrapelgico da un intervento erroneo",

ma piuttosto

"il risarcimento ritenuto giusto per un ragazzo gravemente malato la cui malattia aveva decorso inevitabile alla tetraplegia, decorso che risulta marcatamente accelerato dai sanitari per un probabile, e non ben chiarito errore, commesso nel tentativo di migliorarne la condizione"

Nella detta misura si accolgono le domande degli attori.

L'enorme sproporzione tra il domandato ed il ritenuto costituisce, come da recente giurisprudenza di legittimità, una forma di soccombenza parziale che giustifica la compensazione delle spese di lite. Si fa eccezione alla compensazione suddetta per le spese di CTU

che sono poste a carico integrale della parte soccombente con le garanzie assicurative azionate.

In proposito non vi sono particolari notazioni. Le coperture non sono denegate le limitazioni di polizza non sono contestate, notoriamente la coassicurazione implica la riduzione a parziaria della garanzia.

P.Q.M.

Il Tribunale, visti gli articoli di legge indicati in epigrafe:

Condanna l'ente ospedaliero convenuto a versare agli attori, creditori ciascuno per la quota di ereditaria detta in atti, ed in subordine per quella legittima secondo le quote di legge, la somma di euro 50.000,00 a valori attuali a titolo di danno non patrimoniale patito dal congiunto in vita, oltre i soli interessi legali sulla somma suddetta devalutata da oggi alla data dell'illecito;

Assolve il convenuto da ogni avversaria maggior pretesa;

(... Omissis...)

Condanna le compagnie di assicurazione chiamate a rifondere l'Ente garantito da tutto quanto versato in esecuzione della presente con i limiti quantitativi alla garanzia dell'originaria polizza e ciascuna per la quota di coassicurazione risultante dagli atti.

Massime

Tribunale di Genova, sez. IV civ., 12 ottobre 2017 – Pres. Mazza Galanti – Rel. Cresta.

ADOZIONE – maggiorenne – derogabilità del requisito della differenza dei diciotto anni di età tra adottante ed adottando – ammissibilità – rilevanza del progresso rapporto affettivo familiare.

L'adozione di persona maggiorenne è un istituto estremamente duttile che in quanto tale deve consentire di formalizzare il rapporto di convivenza, accoglienza e familiarità già esistente, già sperimentato e concretamente vissuto, a prescindere dalla sussistenza del limite dei diciotto anni di età fra adottante e adottando. In un caso siffatto l'adozione ordinaria viene chiamata ad assolvere quella stessa funzione espressamente prevista dal legislatore nell'ipotesi adozione di minori in casi particolari (L. 184 del 1963 art 44 comma 1 lett. b) sicché fra l'adozione di maggiorenni e adozione di minori in casi particolari si crea una notevole vicinanza sul piano dei valori l'una e l'altra mirando a favorire la coesione affettiva e l'unità della famiglia come comunità. Trattasi di una nuova funzione dell'istituto, aderente all'evoluzione della famiglia ed alla maggiore importanza che all'interno della stessa assumono i legami affettivi e di solidarietà rispetto a quella che era la tradizionale funzione patrimoniale dell'istituto dell'adozione di maggiorenni.

F.B.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 27 marzo 2017, n. 839 – Giudice Unico Braccialini – N. (Avv.ti Fiorato e Ferrari) c. Postevita Spa (Avv.ti Siri, Gasparini e Bet).

ASSICURAZIONE (contratto di) – assicurazione sulla vita – polizze “unit linked” – termine più favorevole all'investitore – ammissibilità – prevalente componente di investimento – sussiste – termine prescrizionale per i “prodotti finanziari” – applicabilità – scheda informativa – comportamento dell'assicuratore rispetto all'eccezione di prescrizione – possibile causa di nullità – conseguenze – violazione del dovere di buona fede nelle trattative – responsabilità precontrattuale – configurabilità.

SPESE processuali – cessazione della materia del contendere – controversia tra le parti sull'onere delle spese processuali – criterio della soccombenza virtuale – applicabilità.

La componente di investimento nelle polizze “unit linked” è chiaramente percepibile e porta a ritenere applicabile per esso il normale termine prescrizionale che riguarda i comuni “prodotti finanziari”.

Allorché nella scheda di informazione del contratto assicurativo si prospetti un termine diverso e più favorevole all'investitore rispetto al regime ordinario, il comportamento dell'assicuratore incide nella valutazione delle parti investitrici/assicurate e diventa fattore determinante per la scelta del rapporto assicurativo con una compagnia assicurativa piuttosto che con un'altra, alla luce del più favorevole trattamento contrattuale.

Ove si ritenga che tale comportamento dell'assicuratore determini

la nullità del contratto, si rientra nella previsione degli artt. 1337 e 1338 c.c., secondo cui chi ha dato causa alla nullità del rapporto deve sopportarne le conseguenze.

L'informazione ingannevole nella fase delle trattative, invece, espone l'ente assicurativo a responsabilità per condotta contraria alla buona fede.

Nel caso di cessazione della materia del contendere allorché non sia fornita documentale evidenza che l'accordo contempli l'abbandono della lite a spese compensate o comunque una rinuncia delle parti attrici agli oneri di difesa, si rende necessario statuire giudizialmente al riguardo secondo il criterio della soccombenza.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 2 febbraio 2017, n. 329 – Giudice Unico Gabriel – F. S.r.l. (Avv. Ciconte) c. C. S.r.l. (Avv.ti Napolitano e Ventimiglia).

AZIENDA (affitto di) – locazione di immobile adibito ad uso diverso da quello di abitazione – obbligo di pagamento oneri accessori alla locazione in capo all'affittuario – specifica previsione nel contratto di affitto di azienda – necessità.

(Art. 2558 c.c., art. 36 l. 392/1978)

La clausola del contratto di affitto di azienda con cui si prevede l'obbligo di pagamento da parte dell'affittuario, in favore del concedente, del canone di locazione dell'immobile ove viene esercitata l'attività di impresa, non determina l'automatica successione nel contratto di locazione dell'immobile quale effetto necessario del trasferimento dell'azienda, in quanto la successione nel contratto è soltanto eventuale e richiede, comunque, la conclusione di un apposito negozio volto a porre in essere la sublocazione o la cessione del contratto di locazione. Ne consegue che, in assenza di prova della successione nel contratto di locazione, l'affittuario è tenuto al pagamento degli oneri accessori della locazione solo se ha assunto tale obbligazione nell'ambito del contratto di affitto di azienda.

M.BAG.

Tribunale di Savona, 26 luglio 2017 – Giudice Unico Princiotta – M. (Avv. Romani) c. I.S.P. Spa (Avv.ti D'Argenio e Arnaldo).

COMPETENZA civile – questione pregiudiziale – esame del motivo di merito suscettibile di definire il giudizio – ammissibilità – sussiste.

(Art. 24 Cost.; art. 111 Cost.; art. 38 c.p.c.)

In applicazione del principio processuale della “ragione più liquida”, deve ritenersi consentito al giudice esaminare un motivo di merito, suscettibile di assicurare la definizione del giudizio, anche in presenza di una questione pregiudiziale (nella specie il Tribunale ha accolto la domanda attrice finalizzata ad ottenere l'indennizzo di cui alla polizza vita del coniuge, anche in presenza di una questione pregiudiziale, quella dell'incompetenza territoriale a giudicare sulla controversia de quo).

(Conforme Cass. S.U. n. 9936/2014)

A.O.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 8 marzo 2017, n. 683 – Giudice Unico Gandolfo – R. (Avv. Iurilli) c. Condominio V. (Avv. Carnevale).

COMUNIONE e condominio – rappresentanza dell'amministratore – lite avente ad oggetto impugnazione di delibera assembleare – necessità di autorizzazione alla lite – insussistenza.

(Artt. 1130, 1131 e 1137 c.c.)

COMUNIONE e condominio – tetto – manutenzione straordinaria – innovazione – esclusione.

(Art. 1120 c.c.)

Nel giudizio di impugnazione di delibera assembleare, l'amministratore di condominio può costituirsi in giudizio senza che sia necessaria una preventiva delibera assembleare.

La delibera con cui l'assemblea dei condomini dispone la ristrutturazione del tetto dell'edificio non costituisce innovazione, bensì opera di manutenzione straordinaria.

M.BAG.

Tribunale di Genova, 7 giugno 2017, n. 1428 – Giudice Unico Grasso – B. (Avv. Carassale) c. A. (Avv. Spigno).

COMUNIONE e condominio – costruzione di manufatto – piano o porzione di proprietà esclusiva di un condomino – obbligazione di non fare – regolamento condominiale – natura negoziale – violazione – sussiste.

(Art. 1122 c.c.)

COMUNIONE e condominio – piano o porzione di piano di proprietà esclusiva di un condomino – costruzione di manufatto – decoro architettonico delle parti comuni e pregiudizio estetico – lesione – criteri di valutazione.

Qualora si invochi il rispetto di una norma del regolamento condominiale di natura contrattuale che limiti i poteri e/o le facoltà dei singoli condomini, occorre valutare la legittimità del comportamento del condomino esclusivamente in base al tenore delle previsioni negoziali di detto regolamento, le quali costituiscono un vincolo di natura reale assimilabile ad una servitù reciproca.

(Conf.: Cass. n. 1364/2001; Cass. n. 2106/2004)

Il manufatto costruito da un condomino (casotto) sopra il piano o porzione di piano di proprietà esclusiva di quest'ultimo determina nocumento al decoro e all'estetica del condominio se risulta visibile dagli edifici frontistanti, dalla strada e dagli altri spazi del caseggiato, oppure se risulta totalmente estraneo alle linee architettoniche del caseggiato per dimensione e collocazione.

(Conf.: Cass. n. 1064/2011)

SO.C.

Corte di Cassazione, sez. I civ., ord. 14 giugno 2017, n. 14809 – Pres. Migliucci – Est. Federico.

(Conferma App. Genova)

COMUNIONE e condominio – presunzione legale di condominialità – derogabilità – patto contrario.

La presunzione prevista dall'art. 1117 c.c., in materia di beni di proprietà comune, non costituisce una presunzione in senso tecnico, bensì l'attribuzione legale della natura comune ai beni ivi indicati.

Tale attribuzione può essere derogata e superata solo con patto contrario risultante dall'atto costitutivo del condominio o con usucapione. Esclusa l'ipotesi dell'usucapione, solamente se in occasione della prima vendita la proprietà di un bene potenzialmente rientrante nell'ambito dei beni comuni (nella specie portico e cortile) risulta riservata ad uno solo dei contraenti, deve escludersi che tale bene possa farsi rientrare nel novero di quelli comuni.

Tribunale di Savona, 8 agosto 2017 n. 2359 – Giudice Unico Princiotta – A. (Avv. Marcelli) c. condominio (Avv. Zerbini).

COMUNIONE e condominio – ordine del giorno dell'assemblea condominiale – obbligo di completezza – sussiste – argomenti non all'ordine del giorno – impossibilità di trattarne – sussiste – delibera che ne tratta, adottando decisioni che i condomini non erano preparati a discutere – sua annullabilità – sussiste.

(Art. 1137 c.c.)

L'ordine del giorno che ha ad oggetto semplicemente la "verifica della facciata condominiale, dei cornicioni e dei frontalini" non lascia presagire alcun intervento immediato. Perciò l'assemblea che, senza alcuna specifica motivazione, incarica l'amministratore di "provvedere d'urgenza all'eliminazione dei calcinacci pericolanti, utilizzando la soluzione economicamente e tecnicamente più vantaggiosa" viola il diritto dei condomini ad una adeguata informazione, e può essere impugnata a norma dell'art. 1137 cod. civ.

A.FONT.

Tribunale di Savona, 18 giugno 2017, Giudice Unico Princiotta – F. (Avv. Pregliasco) c. 2G. Srl (Avv. Olivieri) e c. condominio (Avv. Delfino).

CONTRATTO in genere – contratto preliminare – risoluzione per inadempimento – conoscenza di vizi pregressi – assunzione del rischio – infondatezza.

*In tema di risoluzione di contratto preliminare per inadempimento, la domanda con cui l'attore chieda l'accertamento del *factum principis* che ingenera l'inadempimento idoneo a legittimare l'azione di risoluzione con la conseguente condanna del convenuto al pagamento del doppio della caparra, è infondata qualora l'attore ne fosse a conoscenza.*

L'aver sottolineato espressamente in contratto preliminare la pregressa esistenza del lamentato vizio, di cui parte attrice (promittente acquirente) si dichiarava pienamente edotta, esclude a priori che il medesimo possa essere addotto quale presupposto legittimante la risoluzione per inadempimento essendosi, parte attrice, assunta il rischio di dover contribuire in futuro alle spese per l'eliminazione definitiva dello stesso ed escludendo alla radice la sua idoneità a determinare un inadempimento colpevole.

D.G.

I

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 17 ottobre 2013, n. 1158 – Rel. Sangiuolo – B. (Avv. Carassale) c. V. (Avv. Pittaluga).

CONTRATTO in genere – contratto preliminare – immobile co-intestato – obblighi promittente venditore – promessa di vendita di cosa altrui – configurabilità.

In tema di contratto preliminare di vendita, il promittente di una cosa che non gli appartiene, può adempiere alla propria obbligazione procurando l'acquisto del promissario direttamente dall'effettivo proprietario. Ne consegue che sino alla scadenza del termine per la conclusione del definitivo il promittente venditore può adempiere all'obbligazione di fare acquistare al promissario acquirente la proprietà del bene, senza che quest'ultimo possa agire per la risoluzione, dovendosi valutare la regolarità della condotta delle parti al momento della stipula del definitivo, e non nelle fasi precedenti questo momento, a nulla rilevando pertanto, l'assenza della forma prevista per la contemplatio domini al momento della stipula del preliminare.

(Conforme: Cass., sez. un., n. 11624/2006; Cass., n. 20701/2017)

II

Corte di Cassazione, sez. II civ., 4 settembre 2017, n. 20701 – Pres. Matera – Rel. Lombardo – V. (Avv. Scopsi) c. B. (Avv. Carassale).

CONTRATTO in genere – contratto preliminare – immobile co-intestato – obblighi promittente venditore – promessa di vendita di cosa altrui – configurabilità.

La sentenza di merito che qualifichi il contratto preliminare di compravendita di cosa parzialmente altrui alla stregua di una promessa di vendita di cosa altrui, è immune da vizi logico – giuridici avendo interpretato la fattispecie concreta in modo conforme alla giurisprudenza di questa Corte secondo cui il contratto preliminare di compravendita di cosa parzialmente altrui è valido, benché insuscettibile di esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c., e obbliga il promittente venditore, oltre che alla stipula del contratto definitivo per la quota di sua spettanza, a procurare il trasferimento al promissario acquirente anche di quella rimanente (o acquistandola e ritrasferendola al promissario acquirente oppure facendo in modo che il comproprietario addivenga alla stipulazione definitiva), rimanendo tale contratto assoggettato all'ordinario regime risolutivo per il caso di inadempimento dell'obbligazione assunta dal promittente venditore.

S.BL.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 28 febbraio 2017 – Giudice Unico Cozzani – G. (Avv. Spagliardi) c. S. (Avv. Donadoni).

INGIUNZIONE procedimento per – opposizione a decreto ingiuntivo – mancanza di prove – revoca del decreto ingiuntivo – esclusione.

(Artt. 1988 e 2967 c.c.; artt. 633 e ss. e 645 c.p.c.)

La totale mancanza probatoria volta a dimostrare l'inadempimento della creditrice opposta, unitamente alla dichiarazione di riconoscimento di debito resa per iscritto in via stragiudiziale, comporta inevitabilmente il rigetto dell'opposizione e l'integrale conferma del decreto ingiuntivo opposto.

A.O.

I

Tribunale di Genova, sez. lav., 8 ottobre 2014, n. 1019 – Giudice Melandri.

LAVORO (rapporto di) – obbligo di fedeltà e rispetto – uso social network – frasi ed immagini lesive dell'im-

agine del datore di lavoro – insubordinazione – licenziamento per giusta causa – ammissibilità.

La condotta del lavoratore che, tramite social network, proferisce gravi offese nei confronti del datore di lavoro, non è giustificata da un ritardo di pochi giorni nel versamento della tredicesima e costituisce giusta causa di licenziamento, dato che nel nostro ordinamento giuridico i beni patrimoniali sono considerati meno importanti, nel giudizio di bilanciamento dei contrapposti interessi, dei beni inerenti alla persona quali la dignità e l'onore, che devono sempre essere rispettati.

II

Corte d'Appello di Genova, sez. lav., 19 gennaio 2015 – Pres e Rel. De Angelis.

LAVORO (rapporto di) – obbligo di fedeltà e rispetto – uso social network – frasi ed immagini lesive dell'immagine del datore di lavoro – insubordinazione – licenziamento per giusta causa – ammissibilità.

Costituisce giusta causa di recesso da parte del datore di lavoro, in quanto idonea a far venire meno il rapporto di fiducia tra lo stesso ed il lavoratore, la diffusione, da parte di quest'ultimo, di frasi ed immagini denigratorie ed offensive nei confronti del datore di lavoro tramite social network rivolti ad una platea di persone di numero indeterminabile, ma sicuramente enorme, condotta che comporta un notevolissimo pregiudizio d'immagine della società, con potenziali ricadute sulla fiducia della clientela esistente e di quella da acquisire, che possono essere venute ad apprendere di poter avere come interlocutrice un'azienda inaffidabile.

F.B.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 3 febbraio 2017, n. 355 – Giudice Unico Gabriel.

LOCAZIONE – immobili uso abitativo – canone – mancato pagamento di una sola rata o degli oneri accessori per un importo superiore a due mensilità di canone – inadempimento del conduttore – decorrenza del termine di venti giorni ex art. 5 della Legge 27 luglio 1978 n. 392 – apprezzamento del giudice del merito – preclusione – predeterminazione legale della gravità dell'inadempimento ex art. 1455 c.c. – risoluzione del contratto ex art. 1453 c.c. – ordine di rilascio dell'immobile.

(Artt. 1453 e 1455 c.c., arte. 5, 55 e 56, l. 27 luglio 1978 n. 392)

CONTRATTO in genere – inadempimento – azione di risoluzione ex art. 1453 c.c. – esistenza del titolo – onere della prova a carico del creditore – adempimento – onere della prova a carico del debitore

(Art. 1455 c.c., arte. 5, 55 e 56, l. 27 luglio 1978 n. 392)

In tema di locazione di immobili ad uso abitativo, con riferimento all'inadempimento del conduttore dell'obbligazione primaria del pagamento del canone ai sensi dell'art. 5 della L. 392/1978 – il quale individua come motivo di risoluzione del contratto ex art. 1455 c.c. il mancato pagamento di una sola rata di canone, decorsi venti giorni dalla scadenza – la valutazione della gravità e dell'importanza dell'inadempimento del conduttore non è rimessa all'apprezzamento del giudice, ma è predeterminata legalmente

mediante previsione di un parametro ancorato a due elementi: l'uno, di ordine quantitativo, afferente al mancato pagamento di una sola rata di canone (o all'omesso pagamento degli oneri accessori per un importo superiore a due mensilità di canone); l'altro, di ordine temporale, relativo al ritardo consentito o tollerato. Ne consegue la declaratoria della risoluzione del contratto e l'ordine di rilascio dell'immobile.

(In senso conforme: Cass., n. 8628/2006; Cass., n. 8418/2006; Cass., n. 23257/2010)

Nell'azione di risoluzione del contratto, che ha quale elemento costitutivo fondamentale l'inadempimento del debitore, il creditore è tenuto a provare soltanto l'esistenza del titolo (nella specie, con la produzione in giudizio del contratto di locazione recante le obbligazioni assunte dal conduttore inadempiente) ma non l'inadempimento dell'obbligato, gravando su quest'ultimo l'onere di provare il proprio adempimento, non potendosi porre a carico del creditore la prova negativa del mancato adempimento.

(In senso conforme: Cass., sez. un., n. 13533/2001)

C.F.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 2 febbraio 2017, n. 337 – Giudice Unico Ziccardi – L. (Avv. Muscolo) c. Cond. (Avv. Lisitano).

PROCEDIMENTO civile – questione pregiudiziale – necessità di definizione del giudizio – superamento della pregiudizialità – ammissibilità.

(Artt. 24 e 111 Cost.)

COMUNIONE e condominio – convocazione dell'assemblea – mancata comunicazione a taluno dei condomini – annullabilità – sussiste – modifica tabelle millesimali – maggioranza qualificata – necessità.

(Artt. 1336 e 1337 c.c.)

PROCEDIMENTO civile – responsabilità processuale aggravata – presupposti – limiti.

(Art. 96 c.p.c.)

In applicazione del principio processuale della "ragione più liquida" – desumibile dagli artt. 24 e 111 Cost. – deve ritenersi consentito al giudice esaminare un motivo di merito, suscettibile di assicurare la definizione del giudizio, anche in presenza di una questione pregiudiziale (conf. Cass. 9936/2014).

La mancata comunicazione, a taluno dei condomini, dell'avviso di convocazione dell'assemblea condominiale non comporta la nullità ma l'annullabilità della delibera condominiale. Conseguentemente, se la delibera non viene impugnata nel termine di trenta giorni previsto dall'art. 1337, terzo comma c.c., la delibera diviene valida ed efficace nei confronti di tutti i partecipanti al condominio (conf. Cass. 4860/2005).

Sia per l'approvazione che per la revisione delle tabelle millesimali non è necessaria l'unanimità ma è sufficiente la maggioranza qualificata ex art. 1136, comma 2, c.c. (conf. Cass. Sez. Unite 18477/2010)

La domanda di risarcimento per responsabilità processuale aggravata di cui all'art. 96, primo comma, c.p.c., per il suo accoglimento presuppone l'accertamento sia dell'elemento soggettivo (malafede o colpa grave), sia dell'elemento oggettivo (entità del danno sofferto). Quindi la condanna per responsabilità aggravata non richiede soltanto la soccombenza e la mala fede o la

colpa grave, ma anche la dimostrazione della concreta sussistenza di un danno, conseguenza del comportamento processuale; in mancanza di siffatta prova, il Giudice non può procedere alla liquidazione di ufficio del danno neppure in via equitativa.

F.G.

Tribunale di Genova, 2 marzo 2017 – Giudice Unico Ammendolia.

PROCEDIMENTO civile – lite temeraria – abuso del processo – condanna al pagamento di una somma equitativa determinata a controparte – ammissibilità – sussiste.

(Art. 96 c.p.c.)

La parte che, per colpa grave, promuova o coltivi una azione manifestamente inammissibile è condannata, anche d'ufficio, al pagamento di una somma equitativamente determinata dal Giudice in favore di controparte, essendo la lite temeraria per motivi pretestuosi coerente con la previsione normativa della colpa grave dell'art. 96 c.p.c. (nella specie la somma dovuta ex art. 96 c.p.c. comma 3 è stata equitativamente determinata nella misura del 50% delle spese di lite).

(Conforme Corte Cost. 152/2016; Cass. 3003/2014)

A.O.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 2 marzo 2017, n. 6832 – Pres. Basoli – Est. Albino – C. (Avv. Giusti) c. Equitalia Nord (Avv. Misurale).

PROCEDIMENTO civile – querela di falso proposta in via principale – interesse ad agire – sussistenza.

(Artt. 100, 221 e segg. c.p.c.)

PROVA civile – atto pubblico – efficacia – limiti.

(Artt. 2699, 2700 c.c., art. 72bis DPR 602/1973)

Nel giudizio di querela di falso proposto in via principale il giudice non è tenuto al preliminarare vaglio, al fine della valutazione dell'ammissibilità della domanda, della rilevanza del documento, come richiede invece l'art. 222 c.p.c. per il caso di querela incidentale, ma deve, ai soli fini del riscontro della fondatezza della domanda, controllare che sulla genuinità del documento sia insorta contestazione, che di esso sia stato fatto uso, anche fuori di un determinato processo e che, per il suo contenuto, esso sia suscettibile di costituire mezzo di prova contro l'istante, mentre non ha rilievo l'ammissione della falsità da parte del soggetto nei cui confronti la querela è stata proposta.

(Conf. Cass. 12130/2011, Cass. 6793/2012)

Il fondamento della fede privilegiata riconosciuta alle attestazioni provenienti da pubblici ufficiali è rappresentato dal potere certificativo, il quale, costituendo espressione d'una funzione pubblica, può essere esercitato solo in ipotesi tassativamente predeterminate per attestare la verità di un fatto che si svolge davanti al pubblico ufficiale o di cui egli stesso è autore o di quanto rilevato o avvertito in sua presenza. Ne consegue l'atto di pignoramento esattoriale dei crediti verso terzi notificato ai sensi dell'art. 72Bis DPR n. 602/1973 non certifica fino a querela di falso la correttezza intrinseca delle asserzioni impuginate di falso, che costituiscono mere premesse conoscitive del procedimento esattoriale azionato dal pubblico ufficiale, suscettibili di essere sottoposte con gli strumenti previsti dalla legge (in particolare l'opposizione) al vaglio dell'autorità giudiziaria al fine di farne valere l'invalidità.

(Nel caso di specie il Tribunale, a fronte della proposizione di querela di falso con cui un contribuente contestava la falsità ideolo-

gica dell'atto di pignoramento dei crediti ex art. 72bis DPR 602/1973 deducendo la falsità dell'affermazione ivi contenuta circa la sussistenza del debito, rigettava la domanda evidenziando che le doglianze relative alle false indicazioni sull'entità del debito dell'attore sono riconducibili ad attività e/o possibili errori nella determinazione degli importi ricavati dal ruolo dell'Agenzia delle Entrate od oggetto di erronea valutazione/convincimento da parte del funzionario incaricato derivato dall'analisi del procedimento.

M.BAG.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 26 settembre 2017, n. 2401 – Giudice Unico Giordano – A. S.r.l. in liquidazione (Avv. Giannella e Aloï) c. D. S.r.l. (Avv. Ghisiglieri) e c. Assicurazioni (Avv. Carassale).

PROCEDIMENTO civile – prescrizione e decadenza – inammissibilità.

(Art. 183 c.p.c.)

L'eccezione di decadenza e/o prescrizione dall'azione di garanzia per vizi in conseguenza sollevata soltanto in sede di I memoria ex art. 183, comma 1, c.p.c., è inammissibile in virtù del combinato disposto dell'art. 183, comma 5 c.p.c., che stabilisce che "Nella stessa udienza l'attore può proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto" e del successivo comma 6, secondo il quale "Se richiesto, il giudice concede alle parti i seguenti termini perentori: 1) un termine di ulteriori trenta giorni per il deposito di memorie limitate alle sole precisazioni o modificazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte".

P.P.C.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 25 febbraio 2017, n. 676 – Giudice Unico Bozzo Costa – R. Srl (Avv. La Camera) c. M. (Avv. Levreri) e c. Assicurazioni (Avv. Carassale).

RESPONSABILITÀ civile – avvocato – responsabilità professionale – risarcimento del danno – notifica copia viziata decreto ingiuntivo – negligenza – revoca del mandato – inefficacia – termini – chiamata di terzo – insussistenza di responsabilità a carico dell'avvocato.

Pur risultando pacifica ed contestata la condotta imperita e negligente del professionista per aver notificato una copia non conforme all'originale de decreto ingiuntivo oltre che viziata, la domanda (n.d.r. di risarcimento del danno) resta infondata per non essere causalmente connessa suddetta condotta imperita all'esito infausto del giudizio di appello, il quale, ponendosi in totale contrasto con il consolidato orientamento della suprema corte del quale non dà conto alcuno, ha da solo determinato la perdita ingiustificata del credito. Avverso detta sentenza sarebbe stato atto dovuto il ricorso alla corte suprema, attività processuale ingiustificatamente omessa per fatto non imputabile al professionista il quale durante l'appello non aveva più il mandato alle liti. Ad escludere eventuali ulteriori profili di responsabilità si aggiunge ancora il fatto che il credito in oggetto, al termine del mandato professionale, non era in alcun modo prescritto e che era ben possibile (oltre che dovuto) il ricorso in cassazione contro la sentenza della Corte d'Appello di Genova.

SE.F.

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 10 marzo 2017, n. 316 – Pres. Casanova – Rel. Caiazzo – B. (Avv. Olcese) c. Regione Liguria (Avv. Spotorno).

RESPONSABILITÀ civile – responsabilità del medico – inadempimento degli obblighi informativi – violazione del diritto all'autodeterminazione – sussiste – atto terapeutico correttamente eseguito – danno conseguenza alla salute – onere probatorio a carico del paziente – sussiste.

RESPONSABILITÀ civile – responsabilità del medico – danno patrimoniale – danno emergente e lucro cessante – liquidazione in via equitativa – non sussiste – onere probatorio a carico del paziente – sussiste.

(Artt. 1226, 2043, 2056 c.c.)

RESPONSABILITÀ civile – responsabilità del medico – danno non patrimoniale – natura unitaria e omnicomprensiva del risarcimento – danno alla sfera sessuale – autonoma risarcibilità – non sussiste.

(Art. 2059 c.c.)

Il risarcimento delle conseguenze pregiudizievoli dell'atto terapeutico necessario e correttamente eseguito (terapia radiante), senza tuttavia la preventiva informazione al paziente, presuppone a carico di quest'ultimo, l'allegazione e la prova che, se adeguatamente informato, avrebbe rifiutato il trattamento.

Il concreto esercizio del potere discrezionale del giudice di liquidare in via equitativa il danno patrimoniale, ex art. 1226 e 2056 c.c., è subordinato alla condizione che risulti obiettivamente impossibile o particolarmente difficile per la parte interessata provare il danno nel suo concreto ammontare, ma non può ricomprendere anche l'accertamento del pregiudizio economico della cui liquidazione si tratta, essendo posto a carico del danneggiato l'onere probatorio circa la sussistenza e l'entità materiale del danno.

Il danno non patrimoniale deve essere considerato unitariamente, secondo la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. Soltanto in presenza di circostanze specifiche ed eccezionali, tempestivamente allegate dal danneggiato, le quali rendano il danno in concreto più grave, è consentito al giudice incrementare le somme dovute a titolo di risarcimento del danno in sede di personalizzazione della liquidazione.

(In senso conforme: Cass., sez. un., n. 26972/2008; Cass., n. 23778/2014)

SO.C.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 31 marzo 2017 – Giudice Unico Lippi – G. (Avv. Spinelli) c. M. (Avv. Villani).

RESPONSABILITÀ civile – attività professionale – sussistenza – natura dell'obbligazione.

(Art. 2222 e ss c.c.)

Non sussistono gli estremi della responsabilità professionale nei confronti del venditore di un immobile nel fatto dell'architetto che, su incarico del proponente acquirente, neghi la possibilità del cambio di destinazione del bene, condizione cui era subordinato l'acquisto. Il professionista, infatti, contrae un'obbligazione nei confronti del solo proponente acquirente e tale obbligazione di configura come un'obbligazione di mezzi e non di risultato.

I.B.

Tribunale di Genova, 27 aprile 2017, n. 1105 – Giudice Unico Gibelli – C. (Avv. Quercioli) c. P. (Avv. Carassale) nonché c. T. (Avv. Boero) e nei confronti di Z. (Avv. Camerieri).

RESPONSABILITÀ civile – medico – errata diagnosi prenatale – risarcimento del danno – esclusione per mancanza del diritto “di non nascere se non sano” – difettosa informativa diagnostica in gravidanza – mancata prova della volontà di abortire – insussistenza del danno – violazione del diritto dei genitori a prepararsi all’evento della nascita di un bambino con malattia – risarcimento del danno – esclusione.

In conformità alla giurisprudenza attuale (Cassazione, Sezioni Unite Civili del 22/12/2015 n. 25767) in tema di responsabilità medica, nel caso di errata diagnosi prenatale, il nato non sano “non può agire per il risarcimento del danno, neppure sotto il profilo dell’interesse ad avere un ambiente familiare preparato ad accoglierlo, giacché l’ordinamento non conosce il “diritto a non nascere se non sano””.

In difetto di prova circa la volontà di optare per la scelta abortiva da parte della gestante, non può essere accolta la richiesta di risarcimento del danno per errata diagnosi prenatale avanzata dai genitori di un bambino nato non sano (nel caso di specie, il Tribunale ha dato conto della consapevolezza della madre di essere affetta da malattia ereditaria, del tardivo ricorso della gestante all’assistenza ginecologica solo all’undicesima settimana e della mancata richiesta di ulteriori esami di controllo di gravidanza).

Non può essere riconosciuto il risarcimento del danno a favore dei genitori i quali, per difetto di un errore diagnostico prenatale, abbiano patito un disagio psicologico privo di implicanze cliniche, per non aver potuto prepararsi adeguatamente all’evento nascita con malattia; detto disagio, se appartenente alla mera sfera del danno morale e non accompagnato da una violazione sostanziale del diritto alla salute, non rientra infatti nella sfera del danno ingiusto e risarcibile ammesso dalla giurisprudenza dominante (Cassazione Sezioni Unite Civili dell’ 11/11/2008 n. 26972).

A.M.OCC.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 6 luglio 2017 – Giudice Unico Canepa – O. (Avv. Karim) c. C. (Avv. Carassale).

RESPONSABILITÀ civile – responsabilità da cose in custodia – insidia stradale – comportamento imprudente del danneggiato – responsabilità del proprietario – esclusione – fattispecie.

In tema di danno da insidia stradale, la concreta possibilità per l’utente danneggiato di percepire o prevedere con l’ordinaria diligenza la situazione di pericolo occulto, vale ad escludere la configurabilità dell’insidia e della conseguente responsabilità della P.A. per difetto di manutenzione della strada pubblica, dato che quanto più la situazione di pericolo è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l’adozione di normali cautele da parte del danneggiato, tanto più incidente deve considerarsi l’efficienza del comportamento imprudente del medesimo nel dinamismo causale del danno, sino a rendere possibile che detto comportamento interrompa il nesso eziologico tra fatto ed evento dannoso (nella specie il Tribunale ha ritenuto che la condotta del pedone caduto su marciapiede che presentava asfalto disconnesso sia stata imprudente, considerato che la zona era ben illuminata lo stato di dissesto della pavimentazione non poteva non essergli noto abitando a poca distanza dal luogo dell’accaduto, l’asfalto disconnesso avrebbe potuto essere evitato, spostandosi di lato, avrebbe dovuto porre maggior attenzione nell’incedere in relazione alla sua età (78 anni al momento dell’accaduto), non rilevando in alcun modo che la pavimentazione fosse stata risistemata dal Comune dopo il sinistro, trattandosi di normale attività di manutenzione della strada).

(Artt. 1227 e 2051 c.c.)

TZ.LND.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 16 agosto 2017, n. 2253 – Giudice Unico Spera – Porto di Lavagna S.p.A. (Avv.ti Bongiorno Gallegra e Rovatti) c. Comune di Lavagna (Avv. Ghibellini) e c. Assicurazioni (Avv.ti Carassale).

RESPONSABILITÀ civile – responsabilità per omissione – danno causato da terzi – violazione delle regole di prudenza, correttezza o diligenza – esclusione – concorso di colpa – esclusione.

ASSICURAZIONE (contratto di) – danno precedente alla stipula del contratto – chiamata in garanzia – esclusione.

La responsabilità civile per omissione può scaturire non solo dalla violazione di un preciso obbligo giuridico di impedire l’evento dannoso, ma anche dalla violazione di regole di comune prudenza, le quali impongano il compimento di una determinata attività a tutela di un diritto altrui. Tale principio trova applicazione sia quando si tratti di valutare se sussista la colpa dell’autore dell’illecito, sia quando si tratti di stabilire se sussista un concorso di colpa della vittima nella produzione del danno, ex art. 1227, comma primo, c.c. Non può, pertanto, ritenersi corresponsabile del danno colui che, senza violare alcuna regola di comune prudenza, correttezza o diligenza, non si sia attivato per rimuovere tempestivamente una situazione di pericolo creata da terzi.

(Cass., sez. un., 21 novembre 2011, n. 24406)

Ai fini della validità del contratto di assicurazione della responsabilità civile, non è consentita l’assicurazione di un rischio i cui presupposti causali si siano già verificati al momento della stipula, dovendo essere futuro rispetto a tale momento non il prodursi del danno, quanto l’avversarsi della causa di esso, senza che rilevi che il concreto pregiudizio patrimoniale si sia poi verificato dopo la conclusione del contratto, in quanto conseguenza inevitabile di fatti già avvenuti in precedenza.

(Cass., 13 marzo 2014, n. 5791).

F.P.

Tribunale di Savona, 17 agosto 2017 n. 919 – Giudice Unico Princiotta – M. (Avv. Nasuti) c. Condominio (Avv. Beltrametti).

RESPONSABILITÀ civile – cose in custodia – responsabilità oggettiva – sussiste – cattivo funzionamento dell’impianto di illuminazione del vano scala di un condominio – applicabilità dell’art. 2051 c.c.

(Art. 2051)

In tema di risarcimento del danno cagionato da cose in custodia, la fattispecie di cui all’art. 2051 c.c. configura un’ipotesi di responsabilità oggettiva e non una presunzione di colpa, essendo sufficiente per l’applicazione della stessa la sussistenza del rapporto di custodia tra il responsabile e la cosa che ha dato luogo all’intento lesivo (nella specie, la mancanza di illuminazione del vano scala aveva provocato la caduta di un condomino. Il Tribunale ha condannato il condominio al risarcimento dei danni per le gravi lesioni da questo riportate).

A.FONT.

Tribunale di Savona, 10 ottobre 2017 – Giudice Unico Princiotta – L. (Avv. Olivieri) c. A.R.T.E. Savona (Avv.ti Petroni e Scarone).

RESPONSABILITÀ civile – danno non patrimoniale – risarcimento – presupposti – limiti – esclusione del risarcimento nel caso di specie.

Il mero disagio patito dal conduttore a causa del ritardo nella riparazione di elettrodomestici non funzionanti da parte del proprietario dell'immobile oggetto di locazione non è risarcibile stante l'assenza di una previsione normativa, la mancanza di una grave lesione di un diritto inviolabile della persona, come tale oggetto di tutela costituzionale e la tipologia di danno (c.d. "bagattellare"), come tale insuscettibile di essere monetizzato, in particolare quando la domanda di risarcimento non sia supportata da alcun parametro utile per riscontrare l'esistenza di un danno e la sua corrispondenza alla somma richiesta.

F.B.

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 21 luglio 2017 – Pres. Atzeni – Rel. Baudinelli – B. (Avv. Carbonaro) c. G. (Avv. Bardi). Respinge.

REVOCATORIA azione – esperibilità – requisiti del credito – ammissibilità di crediti contestati – eccezione di compensazione – inammissibilità

(Artt. 1243 e 2901 c.c.)

I crediti contestati possono costituire titoli utili per la revocatoria in relazione alle finalità proprie di tale azione, che non persegue scopi restitutori. La nozione di credito in questo ambito deve quindi essere intesa in senso lato, comprensiva della ragione o dell'aspettativa, con conseguente irrilevanza dei normali requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità, sicché anche il credito eventuale, nella veste di credito litigioso, è idoneo a determinare l'insorgere della qualità di creditore che abilita all'esperimento dell'azione revocatoria ordinaria avverso l'atto di disposizione compiuto dal debitore. Per converso, un credito che sia privo dei presupposti di liquidità, certezza ed esigibilità o della sola liquidità, non potrà essere opposto in compensazione ai crediti contestati idonei all'esperimento della stessa azione revocatoria.

(Conforme Cass. 5619/2016; Cass. n. 23225/2016)

A.O.

Corte di Cassazione, sez. II civ., 19 luglio 2016, n. 14747 – Pres. Mazzacane – Est. Matera.

(Cassa App. Genova, 25 novembre 2010)

SUCCESSIONE ereditaria – quota riservata ai legittimari – donazione di nuda proprietà con riserva di usufrutto – riunione fittizia – imputazione ex se.

(Artt. 556, 564 e 747 c.c.)

Al fine di stabilire se l'atto di disposizione patrimoniale compiuto in vita dal de cuius sia lesivo della quota riservata ai legittimari, la donazione con riserva di usufrutto deve essere calcolata come donazione in piena proprietà, atteso che, ai fini della riunione fittizia, il valore dei beni donati in vita dal defunto va determinato con riferimento al momento dell'apertura della successione, per effetto della quale l'usufrutto che il donante si era riservato viene a consolidarsi con la nuda proprietà.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 12 maggio 2017 – Pres. Gandolfo – P. (Avv. Costa) e P. (Avv. Vernazza e Ad-

dabbo) c. R. (Avv. Bruno e Fregonese), B. (Avv. Tropeano) e M. (Avv. Buffa).

TESTAMENTO – annullamento – dolo – captazione – esclusione.

(Artt. 624 e 591 c.c.)

Ai fini dell'annullamento di un testamento per dolo, la captazione non può ravvisarsi in una qualsiasi influenza psicologica esercitata da altri sulla volontà del testatore (come ad esempio un comportamento diretto ad accattivarsene la simpatia e l'affetto), occorrendo invece altri mezzi aventi il carattere di illecito ed integranti gli estremi della frode e dell'inganno, che costituiscano veri e propri raggiri o artifici posti in essere allo scopo di sviare la volontà del testatore in un senso verso il quale non si sarebbe altrimenti indirizzata.

I.B.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 25 marzo 2016 – Giudice Unico Braccialini – B. (Avv. Chiarolini) c. G. (Avv. Milazzo) e c. C. (Avv. Fazzari).

VENDITA – proprietà – titolo costitutivo – invalidazione di rivendicazione – nullità del trasferimento.

(Art. 948 c.c.; art. 167 c.p.c.)

Una mera dichiarazione successoria del dante causa non ha valore costitutivo della proprietà immobiliare. Deve, pertanto, considerarsi nullo l'atto traslativo del bene a opera dei beneficiari di tale dichiarazione, in quanto privi di un valido titolo sul bene stesso.

I.B.

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 26 luglio 2017, n. 1033 – Pres. e Rel. Atzeni – R. (Avv. Vignolo) c. casa automobilistica C. s.p.a. (Avv. Squinzi).

(Riforma parzialmente Trib. Genova, 29 agosto 2013)

VENDITA – garanzia nella vendita dei beni di consumo – denuncia del difetto di conformità – modalità.

(Art. 132, D.Lgs. 206/05)

VENDITA – garanzia nella vendita dei beni di consumo – prescrizione del diritto – riparazioni seriali – effetti.

(Art. 132, D.Lgs. 206/05)

VENDITA – garanzia nella vendita dei beni di consumo – risoluzione del contratto – presupposti.

(Art. 130, D.Lgs. 206/05)

La denuncia del difetto di conformità del bene di consumo è tempestiva quando il consumatore prova per via testimoniale la segnalazione telefonica del vizio al venditore entro sessanta giorni dalla scoperta e risulta comunque che entro lo stesso termine è avvenuto il primo tentativo di riparazione.

L'esecuzione di diversi e ripetuti interventi sul bene di consumo in relazione al difetto denunciato ha valore di riconoscimento del vizio da parte del venditore, con conseguente rigetto dell'eccezione di prescrizione del diritto alla garanzia.

Va pronunciata la risoluzione del contratto di vendita di un'autovettura dual fuel che funziona solo con alimentazione a benzina, avendo il difetto inciso in modo apprezzabile nell'economia complessiva del rapporto, avuto riguardo alla maggiore economicità dell'inutilizzabile alimentazione a metano.

Documenti

*Durante e Dopo di Noi: gli strumenti privatistici**

Andrea Fusaro

Ordinario dell'Università di Genova
Notaio

Sommario: 1. *L'obiettivo avuto di mira dal legislatore con la legge 112/2016.* - 2. *L'ambito di riferimento.* - 2.a. *L'amministrazione di sostegno.* - 2.b. *La sostituzione fedecommissaria.* - 3. *Gli strumenti civilistici recentemente elaborati dalla prassi e dal legislatore.* - 3.1. *Il trust.* - 3.2. *Gli atti di destinazione dell'art. 2645 ter c.c.* - 3.3. *Il contratto di affidamento fiduciario.* - 3.4. *La normativa tributaria.* - 4. *Gli strumenti privatistici in favore dei soggetti affetti da "disabilità grave"* - 4.1. *Il contratto di affidamento fiduciario*

1. L'obiettivo avuto di mira dal legislatore con la legge 221/2016.

La legge 22 giugno 2016, n. 112, intitolata "Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare", in apertura si prefigge l'obiettivo di "favorire il benessere, la piena inclusione sociale e l'autonomia delle persone con disabilità", in attuazione di impegni di rango costituzionale. Sono realizzazione di tali scopi iniziative sia pubbliche, sia private.

Il primo fronte è individuato con riguardo a "misure di assistenza, cura e protezione nel superiore interesse delle persone con disabilità grave, non determinata dal naturale invecchiamento o da patologie connesse alla senilità, prive di sostegno familiare in quanto mancanti di entrambi i genitori o perché gli stessi non sono in grado di fornire l'adeguato sostegno genitoriale, nonché in vista del venir meno del sostegno familiare, attraverso la progressiva presa in carico della persona interessata già durante l'esistenza in vita dei genitori".

Il secondo si concretizza nell'intento di "... agevolare le erogazioni da parte di soggetti privati, la stipula di polizze di assicurazione e la costituzione di trust, di vincoli di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile e di fondi speciali, composti di beni sottoposti a vincolo di destinazione e disciplinati con contratto di affidamento fiduciario anche a favore di organizzazioni non lucrative di utilità sociale..." (1).

2. L'ambito di riferimento.

Lo scenario considerato viene tradizionalmente identificato con il "Dopodinoi", formula che sintetizza la preoccupazione dei genitori di garantire a un figlio disabile, o comunque debole, sia assistenza, sia risorse economiche. Loro obiettivo è assicurare il necessario successivamente alla propria scomparsa o anche prima, qualora siano impossibilitati a occuparsene personalmente; procurargli il sostentamento e le cure, mettendole al riparo da aggressioni di terzi, addirittura

dalla loro stessa iniziativa. Quindi non viene in gioco solo la fase successiva al decesso degli ascendenti. Conformemente a ciò, nella legge 112, com'è stato già sottolineato (2), sono contemplati istituti di aiuto ai disabili sia per il "dopo di noi", sia per il "durante noi", in ordine all'eventualità in cui i genitori non siano in grado di provvedere(3).

Le soluzioni escogitate nel tempo - dal legislatore e dalla prassi - hanno variamente affrontato i due aspetti insieme o, più spesso, in maniera disgiunta. A lungo il nostro codice civile - emulo di quello francese - mutuandone l'impronta economica, privilegiò gli aspetti patrimoniali, trascurando la cura e l'assistenza. Interdizione e inabilitazione erano le misure rivolte a tutelare il soggetto debole da se stesso, privando di efficacia gli impegni eventualmente assunti: la sottrazione di capacità d'agire - totale o parziale, secondo una partizione standardizzata - integrava una misura protettiva del patrimonio, solo indirettamente della persona.

Negli ultimi decenni il nostro ordinamento ha preso ad affinare strumenti rivolti a far fronte alle complessive esigenze del soggetto debole.

2.a. L'amministrazione di sostegno.

All'alba del terzo millennio ha visto la luce la disciplina italiana dell'amministrazione di sostegno (4), che ha ampliato la prospettiva, aspirando a darsi carico delle complessive esigenze delle persone svantaggiate per cause psichiche o anche soltanto fisiche, come indica la variazione lessicale, che transita dalla sottolineatura della sottrazione legale di capacità - insita nell'inabilitazione e nell'interdizione - all'enfasi sul supporto apprestato. Al genitore è consentito sollecitare la nomina dell'amministratore di sostegno per il figlio debole maggiorenne, mentre rispetto a quello minore - provvisoriamente protetto da tale condizione e accudito dagli ascendenti - è praticabile la designazione preventiva del soggetto verso cui il giudice si orienterà (art.408 c.c.) allorché - previo riscontro della sussistenza dei presupposti - aprirà l'amministrazione, similmente a quanto già previsto per il tutore (art. 348 c.c.). La differenza riguarda l'estensione dei compiti affidati all'amministratore rispetto a quelli demandati a curatori e tutori, la loro definizione non più astratta, ma funzionale alle specifiche esigenze, e la - corrispondente - sottrazione di capacità del soggetto amministrato (5).

Rileva, poi, la responsabilità patrimoniale generica che espone le sostanze individuali all'aggressione del creditore, riservando alla legge la separazione di una porzione della ricchezza destinata al perseguimento di una certa finalità, oppure a favore di un soggetto: allo scopo occorre perfezionare un trasferimento alla persona, oppure a un ente che si prefigga quell'obiettivo. La cogenza della regola depositata nell'art. 2740 c.c. è, notoriamente, oggetto di ripensamenti, sollecitati dalla crescente moltiplicazione dei patrimoni separati.

2.b. La sostituzione fedecommissaria.

È nota l'ostilità nei confronti del fedecommissario, rispecchiata nel Code civil, approdata nel codice civile italiano unitario, un poco attenuata in quello del 1942(6). Con la riforma del diritto di famiglia è venuta a consolidarsi la versione cosiddetta assistenziale: la novella ha modificato il divieto, introducendo

*Testo della comunicazione preparata per l'incontro "Durante e Dopo di Noi", organizzato dal CISEF a Genova il 4 ottobre 2017.

l'eccezione a favore degli interdetti(7). Gli articoli 692 e ss. c.c. ne dettano la disciplina, riservando l'impiego ai genitori, agli altri ascendenti in linea retta ed al coniuge dell'interdetto(8). Il contenuto è quello tradizionale, consistente nell'istituzione rispettivamente del figlio, del discendente, del coniuge con l'obbligo di conservare e restituire alla sua morte i beni - anche costituenti la legittima - a favore della persona o degli enti che, sotto la vigilanza del tutore, hanno avuto cura dell'interdetto medesimo. La stessa disposizione si applica nel caso del minore di età, se versa nelle condizioni di abituale infermità di mente tali da far presumere che, nel termine indicato dall'art. 416 c.c., interverrà la pronuncia di interdizione (art. 692, comma 2, c.c.).

Secondo la giurisprudenza di legittimità sono coesenziali a tale istituto la duplice vocazione(9), l'ordine successivo(10), l'obbligo di conservare per restituire(11). La linea interpretativa prevalente estende l'invalidità al fedecommesso "de residuo", la disposizione con cui il testatore attribuisce a un soggetto il godimento dei propri beni con piena facoltà di disporre e di venderli prevedendo, nel contempo, a carico del beneficiario l'obbligo di trasferire gli stessi - al momento della sua morte - a soggetti diversi(12), in quanto integrerebbe pur sempre una costrizione della libertà testamentaria(13). Poiché, come si è anticipato, la versione del fedecommesso assistenziale ne limita l'impiego in favore del discendente interdetto, esso risulta inutilizzabile non solo rispetto al figlio debole nondimeno legalmente capace, ma addirittura in ordine all'amministrato di sostegno, salvo espresso richiamo nel provvedimento di apertura, ai sensi dell'art. 411, 4° c., c.c..

A tale chiusura la prassi ha cercato di ovviare tramite lasciti rivolti a scorporare l'usufrutto dalla nuda proprietà, in modo da destinare solo il primo al discendente incapace o comunque debole. La sanzione che grava sul fedecommesso è stata oggetto di esame giurisprudenziale a margine di casi nei quali emergevano generici intenti di pianificazione successoria, attuati tramite la previsione dell'attribuzione a distinti soggetti della nuda proprietà e dell'usufrutto dei beni ereditari(14). Il testamento con cui si lasciano a persone diverse rispettivamente l'usufrutto e la nuda proprietà di uno stesso bene non integra gli estremi della sostituzione fedecommissaria, quando: le disposizioni siano dirette e simultanee e non in ordine successivo; i chiamati non succedano l'uno all'altro, ma direttamente al testatore; la consolidazione tra usufrutto e nuda proprietà costituisca un effetto non della successione, ma della vis espansiva della proprietà(15).

È stata riconosciuta la validità della disposizione con cui il genitore di un incapace lasciava alle proprie cugine il suo patrimonio a condizione che lo assistessero, ancorché prevedendo la loro immissione nel possesso dei beni dopo la morte di tale figlio, poiché mancava la doppia vocazione in ordine successivo e l'obbligo per il figlio(16) di conservare e restituire; nella specie fu ravvisata non una sostituzione fedecommissaria, ma un'istituzione di eredi delle predette nella nuda proprietà e un legato di usufrutto a favore dell'incapace(17).

3. Gli strumenti civilistici recentemente elaborati dalla prassi e dal legislatore.

Solo in tempi recenti si è intensificata l'elaborazione di misure tese a ovviare alla rigidità del nostro sistema: vi ha provveduto la prassi, poi il legislatore.

3.1. Il trust.

Si tratta di un istituto fiorito nella porzione del diritto inglese chiamata Equity(18), che non trova corrispondenza nel no-

stro ordinamento(19), ma - secondo la visione tradizionale - è dallo stesso semplicemente riconosciuto - in quanto costituito secondo uno che lo contempra - in forza della ratifica della convenzione dell'Aja.

La pressante richiesta di strumenti in grado di assicurare la separazione patrimoniale, insieme con gli enormi pregi di quello straniero(20), hanno propiziato la calorosa accoglienza riservata dalla prassi al trust c.d. interno(21), il cui unico legame con una giurisdizione che contempra l'istituto è il richiamo della relativa legge. La traiettoria è mirabile per molte ragioni, che rappresentano altrettanti titoli per la sua consegna agli annali della storia del diritto, condotta secondo i canoni del realismo giuridico: la commistione tra legittimazione teorica e convenienze pratiche; la strategica penetrazione all'interno della giurisprudenza transitando per la linea di minor resistenza (la volontaria giurisdizione) in modo da accumulare precedenti favorevoli guadagnati in assenza di contraddittorio; l'annichilimento dei filtri che al primo atterraggio del trust nel nostro paese furono individuati per custodire la coerenza del sistema, in specie il difetto di alcuno strumento omologo. Sennonché la vaghezza di quest'ultimo parametro ha operato quale viatico per l'abbattimento di quella barriera, consentendo al trust di sovrapporsi alle figure italiane in ragione della diversa struttura, ovviamente inedita per il nostro ordinamento.

Alcune voci sono uscite dal coro(22) - con toni spesso acuti, ritenendo il riconoscimento circoscritto al trust radicato in un ordinamento straniero, ossia contenente elementi di estraneità ulteriori rispetto alla legge regolatrice. Sono state talora impiegate espressioni forti, come quando si è riconosciuta una manifestazione di "grottesco giuridico" nel dibattito sviluppatosi nell'ultimo trentennio(23).

Occorre, quindi, aver presente che - come si ricorda nelle trattazioni specialistiche - "la disciplina di un trust appartiene all'ordinamento giuridico straniero scelto dal disponente nell'atto istitutivo"(24).

La redazione di un atto di trust richiede l'individuazione del trustee, del guardiano, dei beneficiari, nonché della legge applicabile, che non può essere quella italiana in quanto - come detto - essa non conosce questo strumento; necessita ottima conoscenza dei vari diritti di trust, da scegliere anche in dipendenza della coerenza con gli obiettivi prefissi. La costituzione del trust non presuppone necessariamente il conferimento dei beni da gestire e poi destinare, che può avvenire anche in un secondo tempo, ancora in vita, oppure con il testamento.

Il trust è particolarmente indicato a rispondere alle esigenze del "dopo di noi", consentendo di dissociare l'appartenenza del bene dal suo godimento(25), di differire l'assegnazione della prima e sfasarla nel tempo a favore di diversi soggetti(26). Il trust si raccomanda per l'abbinamento di flessibilità e strutturazione delle sue regole; esso è giunto nel nostro ordinamento quale istituto di diritto straniero, con cui i giuristi interni non hanno sempre familiarità, cosicché è occorso l'intervento di esperti in materia, competenti nelle discipline richiamate. Sulla scorta di conforti dottrinali, nella prassi si è diffuso il trust c.d. tricolore oppure interno, in quanto sono italiani tutti gli elementi - soggettivi e oggettivi - tranne il diritto applicabile richiamato, scelto tra le giurisdizioni che lo contemprano(27).

Il diffuso impiego nella prassi in versioni non sempre ortodosse(28) rispetto ad alcuna fonte straniera ha condotto a registrare l'assimilazione del trust nel nostro ordinamento, come testimoniano dati legislativi, ministeriali, giurisprudenziali. Sul fronte legislativo la riflessione si avvantaggia di una nutrita

produzione normativa - specie in materia internazionale, fiscale e penale - che contiene il frequente riferimento all'istituto anglosassone. Anche sul fronte giurisprudenziale si segnalano numerose pronunce italiane sul trust, che testimoniano il frequente impiego dell'istituto, tuttavia si è constatato che le Corti non sembrano impegnate nell'"elaborazione di regole della fattispecie trust"(29) volte alla sua assimilazione: semplicemente, si preoccupano di salvaguardare le categorie nazionali già esistenti da un utilizzo poco rigoroso dello strumento straniero(30). Secondo questa visione il nostro diritto si candiderebbe, quindi, a dotare lo strumento di una propria disciplina(31), ulteriore rispetto a quella introdotta dall'art.2645 ter c.c.

3.2. Gli atti di destinazione dell'art. 2645 ter c.c.

L'art. 2645 ter c.c. ha modificato l'accezione di separazione patrimoniale, in passato limitata alle ipotesi nominate, ora ammessa in via generalizzata sulla base di un atto atipico di destinazione, laddove in precedenza erano tipici quanto alla funzione (fondo patrimoniale) o al soggetto (art. 2447-bis c.c.)(32). Il vincolo di destinazione deve indicare lo scopo e questo dev'essere meritevole. A fianco di riferimenti più generici, nel testo della disposizione compaiono le "persone con disabilità", cosicché lo strumento rivela una specifica attitudine all'impiego per il "dopodinoi". Oggetto del vincolo di destinazione è il diritto reale di godimento su un bene immobile, ragionevolmente la proprietà, ma alcune esigenze sono risolvibili appoggiando il vincolo a un diritto diverso: a favore di un disabile riuscirebbe utile anche il solo usufrutto, che si raccomanda per la sua durata massima vitalizia.

Si è ragionato circa la portata della norma, se sia ricognitiva di una separazione patrimoniale frutto della destinazione, che viene dotata di pubblicità, oppure la fondi tramite la trascrizione immobiliare; la risposta al quesito viene, ovviamente, a dipendere dalla visione privilegiata circa la portata dell'autonomia privata rispetto alla creazione di patrimoni separati(33).

3.3. Il contratto di affidamento fiduciario.

A differenza del trust, i contratti di affidamento fiduciario sono una struttura giuridica elaborata da una dottrina recente, "una nuova costruzione, non ancora sostenuta da alcuno specifico supporto giurisprudenziale o legislativo, tranne che dalla recente legge di San Marino sull'affidamento fiduciario"(34). Sono state recuperate parzialmente le trattazioni in tema di negozio fiduciario, istituto appoggiato a una prestigiosa tradizione che annovera celebri contributi scientifici(35), alcuni arresti giurisprudenziali(36) e qualche accenno in testi legislativi - specie in materia di partecipazioni sociali(37); com'è noto, la sua ammissibilità è pressoché indiscussa, mentre l'efficacia reale è tendenzialmente esclusa(38).

La teorica del contratto di affidamento fiduciario non ha replicato tale modello, ma l'ha rielaborato per forgiare una figura della quale non solo è illustrata la liceità(39), ma pure è pretesa l'opponibilità, in termini di attitudine alla separazione patrimoniale(40). Anteriormente all'approvazione della legge 112/2016 questo modello era reperibile solo nelle pagine della letteratura che l'ha ideata, nonché in alcuni atti notarili(41) e qualche provvedimento di volontaria giurisdizione con cui ne veniva autorizzata la stipula nell'interesse dell'amministrato, privo di attitudine a incidere sulla portata segregativa auspicata dal ricorrente(42).

3.4. La normativa tributaria.

La normativa tributaria da tempo contempla un trattamento agevolato quando l'erede è un portatore di handicap grave, ri-

conosciuto tale ai sensi della legge 104/1992: l'imposta di successione si applica esclusivamente sul valore eccedente l'importo di 1,5 milioni di euro (articolo 2, comma 49-bis, DL 262/2006).

4. Gli strumenti privatistici in favore dei soggetti affetti da "disabilità grave".

La legge 22 giugno 2016, n. 112 esplicita l'intento di agevolare il ricorso a strumenti privatistici in favore dei soggetti affetti da "disabilità grave", situazione coincidente con quella dell'handicap grave, certificato ai sensi dell'art. 3, comma 3, l. 5 febbraio 1992, n. 104(43), che definisce tali coloro la cui autonomia personale, correlata all'età, rende necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale(44). L'art. 1 della legge 112 postula l'ulteriore requisito che si tratti di soggetti privi di "sostegno familiare in quanto mancanti di entrambi i genitori o perché gli stessi non sono in grado di fornire l'adeguato sostegno genitoriale", ma opera un'estensione considerando la prospettiva "del venir meno del sostegno familiare"(45). Gli artt. 3 e 4 della legge 112 istituiscono un fondo per l'assistenza di tali soggetti, indicando le modalità di accesso alle misure di sostegno(46) e le finalità che con esso si intendono perseguire. Il successivo decreto interministeriale, cui l'art. 3 legge 112 rinvia l'individuazione dei requisiti per accedere al fondo, è stato nel frattempo approvato.(47)

Per consentire la realizzazione di un "programma di vita" del disabile grave, idoneo a soddisfare le sue necessità e bisogni, sono indicati regimi fiscali di favore per: polizze di assicurazione (art. 5), trust, vincoli di destinazione dell'art. 2645-ter c. c., fondi speciali - composti da beni sottoposti a vincolo di destinazione e disciplinati con contratto di affidamento fiduciario - anche a favore di onlus che operano prevalentemente nel settore della beneficenza (art. 6). L'impiego degli strumenti contemplati è variamente incentivato, sempre sotto il profilo fiscale: maggior detraibilità per i premi corrisposti in relazione a polizze assicurative aventi per oggetto il rischio di morte finalizzate alla tutela delle persone con disabilità grave(48); esenzione dell'atto di separazione patrimoniale dall'imposta di donazione (art. 6, comma 1, legge 112/2016) e applicazione delle imposte ipotecaria e catastale e di registro in misura fissa (art. 6, comma 6, legge 112/2016); esenzione da imposta di bollo per gli atti relativi alla gestione dei patrimoni separati (art. 6, comma 7, legge 112/2016); superiore detraibilità delle erogazioni liberali effettuate da privati (art. 6, comma 9, legge 112/2016); possibili agevolazioni Imu, subordinate alla previsione comunale (art. 6, comma 8, legge 112/2016). In ordine alle polizze l'innalzamento della soglia di detraibilità del premio dall'imposta sul reddito delle persone fisiche è subordinato alla condizione che esse siano "finalizzate alla tutela delle persone con disabilità grave come definita dall'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, accertata con le modalità di cui all'articolo 4 della medesima legge". Riveste particolare peso l'esenzione dall'imposta sulle successioni e donazioni per i beni e i diritti conferiti in un trust o gravati da un vincolo di destinazione e per quelli destinati a fondi speciali istituiti in favore delle persone con disabilità grave (art. 6, primo comma, legge 112/2016), legata al ricorrere di alcuni presupposti(49). Attiene al profilo teleologico la previsione come finalità esclusiva dell'inclusione sociale, la cura e l'assistenza delle persone con disabilità grave, in favore delle quali sono istituiti, scopo da indicare espressamente nell'atto istitutivo del trust, nel regolamento dei fondi speciali o nell'atto istitutivo del vincolo di destinazione (art. 6, comma secondo). A tale requisito ne sono affiancati ulteriori, sia formali, sia strutturali. Il primo consiste nella forma pubblica (art. 6, comma 3, lett.

a, c.c.), prescrizione invero superflua rispetto agli atti di destinazione, in quanto già dettata dall'art. 2645-ter c.c.. Gli altri sono pretesi rispetto al contenuto e sono dettati indifferentemente verso "l'atto istitutivo del trust ovvero il contratto di affidamento fiduciario che disciplina i fondi speciali di cui al comma 3 dell'articolo 1 ovvero l'atto di costituzione del vincolo di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile". Viene in gioco, intanto, l'analiticità del testo, puntualizzata rispetto ad alcuni versanti: la identificazione "in maniera chiara e univoca" dei "soggetti coinvolti e i rispettivi ruoli"; la descrizione di funzionalità e bisogni specifici delle persone con disabilità grave, in favore delle quali sono istituiti; l'indicazione delle "attività assistenziali necessarie a garantire la cura e la soddisfazione dei bisogni delle persone con disabilità grave, comprese le attività finalizzate a ridurre il rischio della istituzionalizzazione delle medesime persone con disabilità grave" (art. 6, comma 3, lett. b, c.c.). Ancora è preteso che le fonti elencate "individuino, rispettivamente, gli obblighi del trustee, del fiduciario e del gestore, con riguardo al progetto di vita e agli obiettivi di benessere che lo stesso deve promuovere in favore delle persone con disabilità grave, adottando ogni misura idonea a salvaguardarne i diritti" (art. 6, comma 3, lett. c, c.c.), inoltre indichino "gli obblighi e le modalità di rendicontazione a carico del trustee o del fiduciario o del gestore" (art. 6, comma 3, lett. d, c.c.); ancora "gli esclusivi beneficiari" che devono essere "persone con disabilità grave" (art. 6, comma 3, lett. d, c.c.); inoltre "i beni, di qualsiasi natura, conferiti nel trust o nei fondi speciali di cui al comma 3 dell'articolo 1 ovvero i beni immobili o i beni mobili iscritti in pubblici registri gravati dal vincolo di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile, siano destinati esclusivamente alla realizzazione delle finalità assistenziali del trust ovvero dei fondi speciali o del vincolo di destinazione" (art. 6, comma 3, lett. e, c.c.). È, inoltre richiesta l'individuazione del "soggetto preposto al controllo delle obbligazioni imposte all'atto dell'istituzione del trust o della stipula dei fondi speciali ovvero della costituzione del vincolo di destinazione a carico del trustee o del fiduciario o del gestore", con la precisazione che "tale soggetto deve essere individuabile per tutta la durata del trust o dei fondi speciali o del vincolo di destinazione" (art. 6, comma 3, lett. f, c.c.). Il termine finale della durata dev'essere fatto coincidere con "la data della morte della persona con disabilità grave" (art. 6, comma 3, lett. g, c.c.). Infine l'atto istitutivo del trust ovvero il contratto di affidamento fiduciario che disciplina i fondi speciali di cui al comma 3 dell'articolo 1 ovvero l'atto di costituzione del vincolo di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile devono stabilire "la destinazione del patrimonio residuo" (art. 6, comma 3, lett. h, c.c.).

L'esenzione fiscale è estesa all'evenienza di recupero dei beni in capo ai disponenti in ipotesi di premorienza del beneficiario(50), mentre diversamente sono dovute le imposte in misura ordinaria(51).

4.1. Il contratto di affidamento fiduciario.

Se alla previsione degli strumenti elencati all'art. 6 fosse consentito assegnare valenza non solo tributaria, ma civilistica, la sua portata sarebbe dirompente. Essa potrebbe non solo fugare le residue perplessità circa l'accoglienza da riservare al trust, persino quello interno, ma pure decretare l'ingresso nel nostro ordinamento positivo di figure nuove, quali il contratto di affidamento fiduciario e i fondi. In questo senso si è, ovviamente, schierato, l'autore della teoria evocata, rimarcando che "l'opponibilità di questa conformazione ai terzi è ora sancita dalla legge n.112, dato che altrimenti non avrebbe avuto senso pari-

ficare il contratto di affidamento fiduciario al trust e ai vincoli di destinazione: se tutti e tre sono stati considerati dal legislatore rapporti giuridici idonei ad assicurare che certi beni siano volti al progetto di vita del disabile grave, tutti e tre questo in comune debbono avere: la protezione di quei beni rispetto alle vicende del loro temporaneo titolare: trustee, affidatario, gestore, fiduciario, comunque lo si voglia chiamare"(52).

Nella medesima direzione sono andati altri celebri studiosi, valorizzando "il tono scontato con cui la legge 22 giugno 2016, n. 112 dà per acquisito il contratto di affidamento fiduciario"(53), pur constatando che il quadro della disciplina "non può ritenersi ancora integralmente disegnato"(54). Tale lettura ha ricevuto adesioni(55) e sembra scontata presso i cultori del diritto tributario(56).

L'art. 6 legge 112/2016 menziona i fondi, senza altro precisare se non che "perseguano come finalità esclusiva l'inclusione sociale, la cura e l'assistenza delle persone con disabilità grave, in favore delle quali sono istituiti" e il contratto di affidamento fiduciario che li disciplina identifichi "in maniera chiara e univoca i soggetti coinvolti e i rispettivi ruoli", oltre a descrivere "la funzionalità e i bisogni specifici delle persone con disabilità grave, in favore delle quali sono istituiti"; inoltre è prescritta l'indicazione delle "attività assistenziali necessarie a garantire la cura e la soddisfazione dei bisogni delle persone con disabilità grave", nonché gli obblighi e le modalità di rendicontazione a carico del fiduciario, il soggetto preposto al controllo delle obbligazioni ad esso imposte, il termine finale della durata dei fondi (coincidente con la data della morte della persona con disabilità grave) e la destinazione del patrimonio residuo(57).

Si è osservato che "fondo è parola che nel lessico giuridico italiano assume una pluralità di significati(58): si assisterebbe alla recezione in un testo legislativo di una configurazione dottrinale priva di riscontro alcuno nel diritto positivo(59), la cui esistenza è reperibile nel contratto modello predisposto dal medesimo autore della costruzione dell'affidamento fiduciario(60) e in qualche atto notarile che l'ha mutuato; è bensì consueto segnalare l'accoglienza a contratto di affidamento fiduciario e fondi e da parte di precedenti giurisprudenziali, ma le pronunce evocate riguardavano tutti provvedimenti di volontaria giurisdizione(61).

Dopo aver sottolineato che tutti i beni e tutti i diritti - non solo immobiliari- possono essere destinati al fondo speciale, una proposta ricostruttiva si è soffermata sulla pubblicità. Nell'ipotesi in cui siano conferiti al fondo speciale diritti reali immobiliari viene suggerita l'esecuzione di due trascrizioni, la prima avente ad oggetto il trasferimento del bene e la seconda per opporre il vincolo di destinazione; ove oggetto sia una partecipazione al capitale di una Srl, ove se ne escluda la natura di bene mobile registrato (nel qual caso occorrerebbe la pubblicità nel registro delle imprese in conformità all'art. 2645-ter c.c.), si pensa alla doppia iscrizione "del tipo di quella che si esegue nella sequenza, invalsa nella pratica, trasferimento della proprietà-pegno a garanzia del pagamento del prezzo. Si effettuerà quindi una prima iscrizione a carico del disponente — affidante a favore del cessionario — affidatario ed una seconda iscrizione a carico dell'affidatario ed a favore del beneficiario (o del disponente — affidante)"(62).

Questa propensione verso la valorizzazione della portata civilistica della legge non è però pacifica. Alcuni illustri studiosi hanno manifestato cautela, hanno sospeso il giudizio circa tale attitudine dell'autonomia privata(63); altri ancora hanno escluso che alla menzione non solo del contratto di affidamento fiduciario, ma pure del trust, sia consentito assegnare

tanto peso, osservando che 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” (64). Nel secondo, in quanto le sole espressioni «contratto», «affidamento» e «fiduciario» di per sé non possono sofferire ad una disciplina organica” (65).

La vertenza ermeneutica coinvolge l’assegnazione di effetti reali al contratto di affidamento fiduciario, che, com’è stato osservato “nelle narrazioni correnti attrae una attenzione pressoché esclusiva” (66). Al riguardo si è denunciato intanto la finalità esclusivamente tributaria della disposizione e che “tale richiamo non può evidentemente implicare alcuna presa di posizione relativamente alla separazione patrimoniale, come si ricava dal confronto tra la mera indicazione dello strumento negoziale effettuata in questa occasione ed il lessico impiegato con riguardo ai patrimoni separati”, cosicché appare “affermazione pericolosamente superficiale quella per cui il riferimento alla figura dell’affidamento fiduciario (per la quale si prevede semplicemente - come per le altre - la forma dell’atto pubblico ed i contenuti più significativi: art. 6) varrebbe ad attribuirle i caratteri ad essa conferiti dalla dottrina che ne propugna la diffusione; l’accostamento al *leasing* talora avanzato dagli interpreti, esso pure oggetto di laconiche menzioni legislative, trascura la differenza tra liceità e separazione patrimoniale” (67).

Note:

(1) In tema si rinvia a D. Muritano, *La Legge sul “Dopo di noi”. Prime osservazioni sugli aspetti civilistici*, in *CNN*, 2016; E. Di Maggio, *La legge per il “dopo di noi”*, in *Notariato*, 2016, 4, 427 ss.; A. C. Di Landro, *La destinazione patrimoniale a tutela dei soggetti deboli. Riflessioni sulla L. 22 giugno 2016, n. 112, in favore di persone con disabilità grave*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1, 47 ss., nonché ai commenti reperibili in A.A.V.V., *Trust e “dopo di noi”*, in *Trust att. fid., Quaderni*, 2016, 12, 195 ss.

(2) D. Muritano, *La Legge sul “Dopo di noi”. Prime osservazioni sugli aspetti civilistici*, cit.; V. R. Camposeo, *Gli strumenti per l’assistenza ai disabili: osservazioni sugli aspetti civilistici della Legge n. 112/2016 (c.d. “dopo di noi”)*, in *Notariato*, 2017, 4, 433 ss..

(3) In argomento G. Arconzo, *La L. n. 112 del 2016: i diritti delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare*, in *Corr. giur.*, 2017, 4, 515; R. Castronuovo, *Fiducia, affidamento fiduciario e trust. Strumenti di gestione del patrimonio lasciato agli incapaci*, in *Vita not.*, 2016, 2, 635 ss.; G. Ferrando, *Meccanismi negoziali a protezione dei soggetti deboli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 3, 977 ss.; M. Piscetta e R. Mazzoleni, *Il trust “dopo di noi” per il sostegno ai disabili*, in *Enti non profit*, 6, 2012, 16 ss.; G. Tucci, *La tutela del figlio disabile tra nuove “fiducie” e/o “affidamenti fiduciari”, trust e clausole testamentarie tradizionali*, in *Trust att. fid.*, 2011, 13 ss.; F. Formica, *Figli da proteggere*, in *Trust e att. fid.*, 2005, 5 ss.; A. C. Di Landro, *La protezione dei soggetti deboli tra misure di protezione, atti di destinazione e trust*, in *Trust att. fid.*, 2009, 493 ss.; ID., *Trust per disabili. Prospettive applicative*, in *Dir. fam.*, 2003, 1, 123 ss.; M. Delia, *La protezione dei soggetti privi di autonomia nella procedura dell’AdS e nel trust*, in *Trust att. fid.*, 2011, 591 ss.; A. Venchiarutti, *La protezione dei soggetti deboli. Trust e amministrazione di sostegno*, in *Trust att. fid.*, 2006, 46 ss.

(4) Con la legge 9 gennaio 2004, n. 6, che in apertura (art. 1) ha precisato come l’amministrazione di sostegno sia nata con la “finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell’espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente”.

(5) Rinvio a quanto avevo esposto in *Gli strumenti alternativi e complementari all’amministrazione di sostegno*, in G. Ferrando (cur.), *Amministrazione di sostegno*, Bologna, 2012, pp. 545 ss.; *Il ruolo del notaio nel ricorso*, in G. Salito - P. Matera (cur.), *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione*, Padova, 2013, pp. 95 ss.

(6) Come viene ricordato, “il legislatore del 1942... non riprodusse il divieto rigoroso di cui all’art. 899 c.c. abrogato (che sanciva la nullità di “qualunque disposizione con la quale l’erede o il legatario è gravato con qualsivoglia espressione di conservare e restituire ad una terza persona”, ancorché, al successivo art. 900, facesse salva contrariamente a quanto stabilito dal codice francese, l’istituzione), ma stabilì che l’istituto potesse essere un figlio o un fratello (o sorella) del testatore e sostituiti o un ente pubblico o tutti i figli dell’istituto, e che oggetto della sostituzione potesse essere soltanto la quota disponibile”: Cass. 18 settembre 1998, n. 9320, in *Corr. Giur.* 1999, 577.

(7) Sulla disciplina riformata del fedecommesso è reperibile una dottrina amplissima che vanta interventi assai autorevoli: G. Azzariti, *La sostituzione fedecommissaria*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 6, Torino, 1997, 333 ss.; M. Palazzo, *Le successioni*, II, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1996, 777 ss.; G. Benedetti, *Delle sostituzioni*, in AA. VV., *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da Cian, Oppo e Trabucchi, V, Padova, 1992, 206 ss.; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, Milano, 1983, 580 ss.; C. Giannattasio, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, in *Commentario del codice civile* a cura di magistrati e docenti, II, Torino, 1978, 357 ss.; M. Talamanca, *Successioni testamentarie*, nel *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1978, 287 ss..

(8) “L’ordine pubblico non osta all’applicazione della legge straniera che consente la sostituzione fedecommissaria di un ambito soggettivo e oggettivo più ampio di quello entro cui la medesima sostituzione è ammessa dall’art. 692 c.c. Da un lato, infatti, la sostituzione fedecommissaria non è in contrasto con alcuna norma costituzionale. Dall’altro, i ristretti limiti entro i quali essa è ammessa in base all’attuale testo dell’art. 692 c.c., introdotto con la legge 19 maggio 1975 n. 151, non operano, giusta la norma transitoria contenuta nell’art. 238 comma 2, di questa, riguardo alle sostituzioni fedecommissarie anteriori all’entrata in vigore della medesima legge, tuttora regolate dal testo originario dell’art. 692 c.c., che le ammetteva entro limiti più ampi”: Cass., 5 aprile 1984, n. 2215, in *Riv. dir. internaz.*, 1985, 183.

(9) Essa ricorre quando la doppia vocazione cada sui medesimi beni o parte di essi a titolo di eredità o di legato, non essendo richiesta la chiamata del sostituto nella medesima qualità dell’istituto.

(10) Si verifica quando uno stesso bene è attribuito in ordine successivo a più soggetti, con l’obbligo per il primo istituito di conservarlo e di trasmetterlo al successivo che deve però conseguirlo come avente causa del de cuius.

(11) Cass. 18 settembre 1998, n. 9320, cit..

(12) Nel senso che configura un fedecommesso nullo ai sensi dell’art. 692 c.c.: App. Cagliari, 15 luglio 1998, in *Riv. giur. Sarda* 1999, 68, con nota di Curtu.

(13) Sul fedecommesso de residuo: G. Benedetti, op. cit., 221 ss.; Talamanca, op. cit., 324 ss.

(14) In tema: G. Trapani, *Divieto di sostituzione fedecommissaria e attribuzione disgiunta di usufrutto vitalizio e nuda proprietà*, nota a Trib. Venezia, 9 Ottobre 2001, in *Famiglia*, 2002, 2, 575; F. Valenza, *Sostituzione fedecommissaria e attribuzione separata di usufrutto e nuda proprietà*, in *Corr. giur.*, 1999, 577 ss.; R. T. Masucci, *Attribuzione disgiunta di usufrutto e nuda proprietà: fedecommesso vietato?*, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 1005 ss.

(15) Cass., 10 gennaio 1995, n. 243.

(16) Questo il tenore del testamento, riportato nel corpo della motivazione di Cass. 18 settembre 1998, n. 9320, cit.: “Io qui sottoscritta nella paura di mia morte improvvisa dispongo del mio patrimonio nel modo seguente: Lascio alle mie cugine Rosa e Maria Greco, figlie di una sorella di mia madre, il mio patrimonio a patto che assistano mia figlia nella propria casa di Via P. Umberto o quella di via Caracciolo (a scelta) e la tengano con amore e carità cristiana. Le mie cugine entreranno in possesso dei beni dopo la morte di mia figlia Elisa. Spero che Dio mi dia salute per un testamento più particolareggiato”.

(17) Cass., 18 settembre 1998, n. 9320, cit.

(18) “All’origine dei trust, come si sa, è l’Equity, ma all’origine dell’Equity sono il diritto civile e il diritto canonico dei secoli fra il XIV e il XVII. Esiste dunque un patrimonio comune del diritto dei trust e del diritto civile moderno, donde la mia ipotesi di ricerca: se andassimo abbastanza indietro nel tempo per recuperare il momento unificatore fra diritto civile e trust e poi venissimo avanti fino al giorno di oggi ponendo da un lato la Pandettistica, che in questo campo è stata una superfetazione di isti-

tuti di diritto romano privi di interesse per il moderno diritto civile italiano, ma al tempo stesso traessimo vantaggio dal percorrere un cammino intellettuale che non deve confrontarsi, come fu per l'Equity in Inghilterra, con le mutevoli contingenze politiche e economiche e con il rapporto con il diritto civile inglese, che aveva proprie origini irriducibili rispetto alle nostre, saremmo in grado di proporre una struttura giuridica competitiva rispetto ai trust? “: in termini M. Lupoi, *Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario; la comparazione con il trust, in Il contratto di affidamento fiduciario: teoria e pratica. Atti del Convegno tenutosi a Roma il 3 marzo 2017*, raccolti in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017*, Ediz. Il Sole 24 ore, Roma, 2017, 129. Trattazioni più diffuse sono offerte dal medesimo A. in *Trusts*, Milano, 2001; *Latto istitutivo di trust*, Milano, 2005; *I trusts nel diritto civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, *I diritti reali*, vol. 2, Torino, 2004. Nella letteratura italiana si segnalano inoltre S. Bartoli, *Il trust*, Milano, 2001; L. Santoro, *Il trust in Italia*, Milano, 2004.

(19) Doveroso il rinvio a M. Graziadei, *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Università degli Studi di Trento, Quaderni Dip. Scienze giuridiche, Trento, 1995.

(20) Accuratamente illustrato da M. Graziadei e B. Rudden, *Il diritto inglese dei beni e il trust: dalle res al fund*, in *Quadrim.*, 1992, 458.

(21) Escogitazione notoriamente dovuta a M. Lupoi, di cui si ricordano *Trusts*, cit.; Id., *Latto istitutivo di trust. Con un formulario*, Milano, 2005. Un bilancio della vicenda concettuale è offerta da L. Gatt, *Il trust c.d. interno: una questione ancora aperta*, in *Notariato*, 2011, n.3, 280.

(22) L. Contaldi, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2001; F. Gazzoni, *In Italia tutto è permesso anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagatelle)*, in *Riv. not.*, 2001, 1247; F. Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione*, in *Riv. not.*, 2001, 11; C. Castronovo, *Il trust e "sostiene Lupoi"*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, 441.

(23) C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2012, p. 162 ritiene che tale dibattito abbia “dell'incredibile”, in quanto “...da una innocente convenzione volta a risolvere il conflitto di leggi che si può generare intorno a un trust caratterizzato da profili di internazionalità, la fervida fantasia di certi nostri interpreti, dalla quale si è fatta vellicare una prassi non disinteressata, senza colpo ferire è riuscita a far circolare la questione...”.

(24) M. Lupoi, *Atti istitutivi di trust e contratti di affidamento fiduciari*, Milano, 2010, nella prefazione.

(25) G. Ferrando, *Meccanismi negoziali a protezione dei soggetti deboli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 3, 977 ss.; M. Piscetta e R. Mazzoleni, *Il trust "dopo di noi" per il sostegno ai disabili*, in *Enti non profit*, 2012, 6, 16 ss.; G. Tucci, *La tutela del figlio disabile tra nuove "fiducie" e "affidamenti fiduciari"*, *trust e clausole testamentarie tradizionali*, in *Trust att. fid.*, 2011, 13 ss.; A. C. Di Landro, *La protezione dei soggetti deboli tra misure di protezione, atti di destinazione e trust*, cit., 493 ss.; A. Venchiarutti, *La protezione dei soggetti deboli. Trust e amministrazione di sostegno*, cit., 46 ss.

(26) La tassazione dei conferimenti in trust è stata incisa dall'articolo 2, comma 47, del decreto legge 262/2006, convertito, con modificazioni e integrazioni, dalla legge 286/2006, che ha esteso l'ambito applicativo dell'imposta sulle successioni e donazioni alla “costituzione di vincoli di destinazione”; la disciplina è stata illustrata dalla Circolare dell'Agenzia delle Entrate 22 gennaio 2008, n. 3/E, chiarendo che “la costituzione di beni in trust rileva, in ogni caso, ai fini dell'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni, indipendentemente dal tipo di trust”. Ne consegue la tassazione con riguardo al beneficiario finale: in sostanza, l'attribuzione attuata attraverso la sua indicazione quale beneficiario del trust soggiace al trattamento fiscale equivalente a quello proprio della donazione e della successione.

(27) L. FRisso, D. Muritano, *Il trust: diritto interno e Convenzione de L'Aja. Ruolo e responsabilità del notaio*, in S. Bartoli, M. Graziadei, D. Muritano, L.F. Rizzo, *I trust interni e le loro clausole*, Consiglio Nazionale del Notariato, Roma, 2007.

(28) M. Lupoi, *Si fa presto a dire "Trust"*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2017, p. 669 ss.

(29) M. Lupoi, *La metabolizzazione del trust*, in *Corr. Giur.*, 2017, 6, 781 ss..

(30) Ne sono esempio le molteplici vicende di cui è stata investita la Corte di Cassazione aventi a oggetto l'erronea attribuzione di personalità giu-

ridica in capo al trust: Cass. 22 dicembre 2011, n. 28363; Cass. 27 gennaio 2017, n.2043; Cass. 19 maggio 2017, n. 12718; Cass. 9 maggio 2014, n. 10105.

(31) “Oramai risolti i profili della legittimità del trust interno, la sentenza della Corte di Cassazione n. 2043 del 2017 attesta un ulteriore passo verso l'elaborazione di regole della fattispecie “trust interno”; esse assai spesso non possono corrispondere a quelle degli ordinamenti di provenienza ed è così che avviene la metabolizzazione del trust, visto quale flusso giuridico”: M. Lupoi, *La metabolizzazione del trust*, cit., 781 ss.

(32) Me ne ero occupato a suo tempo nel lavoro *Le posizioni dell'accademia nei primi commenti dell'art.2645 - ter c.c.*, in *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Coll. Quaderni della Fondazione del Notariato, 2007, 1, 22 ss.. In questi anni si è stratificata una consistente produzione dottrinale e tra i contributi più recenti si segnalano R.S. Bonini, *Destinazione di beni ad uno scopo. Contributo all'interpretazione dell'art. 2645-ter c.c.*, Napoli, 2015, e A. Morace Pinelli, *Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti e persone fisiche*, in *Commentario del Codice civile e codici collegati*, Scialoja-Branca, Bologna, 2017, cui si rinvia per una bibliografia aggiornata.

(33) Scetticismo è stato recentemente manifestato osservando che “del codice non è affatto scritta la limitazione della responsabilità patrimoniale, ma piuttosto che, purché trascritti prima, «i beni conferiti ... possono costituire oggetto di esecuzione ... solo per debiti contratti per tale scopo» cioè per lo scopo di destinazione. Si scambia dunque una cosa per un'altra: la esenzione da responsabilità che è essenza della separazione con l'esenzione dall'esecuzione. E questa è secondo le regole, che distinguono i modi della conservazione della garanzia patrimoniale secondo che i beni siano presenti o futuri” (in termini A. Gentili, *Atti di destinazione e negozio fiduciario comparati con l'affidamento fiduciario*, in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017*, Ediz. Il Sole 24 ore, Roma, 2017, 142).

(34) M. Lupoi, *Atti istitutivi di trust e contratti di affidamento fiduciari*, cit., il quale aggiunge “... ne emerge, dunque, che le regole applicabili ai trust offrono un grado di affidabilità maggiore di quello garantito dagli affidamenti fiduciari che si avvalgono, però, dei principi generali del nostro ordinamento, oltre che dei nostri criteri di interpretazione dei contratti”.

(35) S. Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951, 246; U. Carnevali, *Intestazione fiduciaria*, in *Diz. dir. priv.*, a cura di N. Irti, *Dir. civ.*, 1, 1980, 455 e ss.; Id., *Negozio giuridico. III) Negozio fiduciario*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, 3; M. Graziadei, *Proprietà fiduciaria e proprietà del mandatario*, in *Quadr.*, 1990, I, 1 ss..

(36) Tra le tante si ricordano Cass., sez. II, 7 agosto 1982, n. 4438; Cass., sez. II, 18 Ottobre 1991, n. 11025; Trib. Pesaro, 9 marzo 2009, in *Soc.*, 2009, 751; Cass., sez. I, 21 marzo 2016, n. 5507.

(37) Legge 23 novembre 1939, n. 1966.

(38) Cass., sez. II, 1 dicembre 1992, n. 12830.

(39) “Il contratto di affidamento fiduciario è una struttura polifunzionale e quindi un insieme di componenti invariati, alcuni necessari altri facoltativi secondo le circostanze, causalmente neutri; la struttura diviene un rapporto giuridico quando è posta al servizio di un programma perché esso la vivifica in un contratto, del quale fornisce la causa...”: M. Lupoi, *Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario; la comparazione con il trust*, cit., 131.

(40) “...la non confusione fra i beni affidati e gli altri beni dei quali l'affidatario fiduciario sia titolare deriva dal riconoscimento della conformazione del titolo dell'affidatario fiduciario e quindi dei suoi diritti; non si tratta, quindi, degli effetti riflessi di un negozio né della produzione di conseguenze limitative a carico di terzi estranei al rapporto, ma della presa d'atto di un dato giuridico che produce fra le parti i medesimi effetti che produce per i terzi; non esiste dunque distinzione fra effetti diretti e effetti riflessi, ma è il normale operare di un titolo sorretto, ai fini della sua opponibilità, da indici formali. Nella vita concreta si tratterà di valutare come manifestare gli indici formali esterni, quando riguardino beni non iscritti in pubblici registri, ma disponiamo di sufficienti indicazioni normative, per esempio con riferimento all'opposizione di terzo ex art. 619 e ss. cod. proc. civ.”: M. Lupoi, *Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario; la comparazione con il trust*, cit., 132.

(41) “...la figura ... ha avuto una sempre più diffusa applicazione, emer-

gente sia in sede giurisprudenziale, sia, di recente, anche in sede legislativa, visto che la legge 22 giugno 2016, n. 112 (in tema di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare), pur non definendone in alcun modo la struttura, ripetutamente la assimila nei suoi effetti al trust (dandone comunque per scontata l'esistenza nell'esperienza giuridica): N. Lipari, *Introduzione*, in *Il contratto di affidamento fiduciario: teoria e pratica. Atti del Convegno tenutosi a Roma il 3 marzo 2017*, raccolti in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017*, Ediz. Il Sole 24 ore, Roma, 2017, 124, il quale aggiunge "Quel che mi preme evidenziare, in chiave di teoria generale, e credo che ne avremo, da diversi punti di vista, conferma dalle relazioni che seguiranno, è che - costituisca l'affidamento fiduciario un tipo negoziale o individui una pluralità di tipi - certo è che la sua affermazione nell'esperienza giuridica accentua un nuovo modo di porsi dei c.d. formanti e segnatamente una nuova modalità di riconoscimento dell'autonomia contrattuale".

(42) Il Giudice Tutelare del Tribunale di Genova, su richiesta di un amministratore di sostegno, padre di un ragazzo rimasto vittima di un incidente, ha autorizzato la conclusione di un contratto di affidamento fiduciario di cui parti erano i genitori stessi. Nel fondo affidato sarebbero confluiti alcuni appartamenti nonché le somme che dovevano ancora essere erogate a titolo di risarcimento del danno; la gestione sarebbe stata affidata alla madre, mentre il termine finale del contratto sarebbe coinciso con il raggiungimento dell'autonomia del soggetto amministrato, dopodiché i cespiti sarebbero diventati suoi, liberi da ogni vincolo (Trib. Genova, 31 dicembre 2012, in *Trusts*, 2013, 422).

Il Giudice Tutelare di Civitavecchia ha autorizzato un amministratore di sostegno a concludere con la sorella dell'amministrata un contratto di affidamento fiduciario attraverso cui quella, a fronte del trasferimento della quota di comproprietà di un immobile che le due dividevano, si impegnava a sostenere personalmente le spese per la sua ristrutturazione, cui l'altra non riusciva a fare fronte, obbligandosi altresì a versarle una rendita vitalizia; nel ricorso veniva rappresentata la convizione che tale contratto fosse l'unico in grado di realizzare l'intento - per l'una- di beneficiare alla propria morte i nipoti - figli della sorella - della rispettiva quota di comproprietà, e - per l'altra- di garantire alla malata una certa somma mensile la cui erogazione risultasse indipendente dalle contingenze della vita dell'obbligata (Trib. Civitavecchia, 4 dicembre 2013, in *Trusts*, 2014, 299).

In altro caso Il Giudice Tutelare ha autorizzato la madre di una ragazza, completamente inabile, in qualità di sua amministratrice di sostegno, a stipulare un contratto di affidamento fiduciario per destinarle un appartamento al fine di soddisfare i bisogni della figlia, sinché fosse in vita, evitando che si confondesse col suo restante patrimonio e che cadesse nel di lei asse ereditario (Trib. Genova, 30 gennaio 2014, in *Trusts*, 2014, 511).

(43) "... Qualora la minorazione, singola o plurima, abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione, la situazione assume connotazione di gravità" (art. 3, comma 3, legge 5 febbraio 1992, n. 104).

(44) D. Muritano, *La legge sul Dopo di noi. Prime osservazioni sugli aspetti civilistici*, cit., il quale precisa che "ciò non esclude, per ovvie ragioni, che i negozi da essa previsti possano essere stipulati in favore di persone la cui disabilità non sia grave ai sensi dell'art. 3, comma 3, della l. 104/92. In questo caso, semplicemente, non si potrà beneficiare delle agevolazioni fiscali".

(45) Si è osservato, sul piano lessicale, che - alla luce del testo della disposizione - il sostegno in questione non è della famiglia, ma dei genitori. In ordine ai destinatari della legge, si è fatto constatare come il concetto di "disabilità grave" non corrisponda ad alcuna situazione certificata ai sensi della normativa vigente, bensì coincida con l'handicap grave, che è quindi requisito per l'applicazione della legge, cosicché "la certificazione di invalidità di cui alla L. n. 1118 del 1971, anche se attestante una invalidità del 100%, o altre certificazioni che attestino una condizione di disabilità, non sono da questo punto di vista sufficienti": in termini G. Arconzo, *La L. n. 112 del 2016: i diritti delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare*, in *Corr. giur.*, 2017, 4, 517

(46) "L'accesso alle misure di assistenza, cura e protezione a carico del Fondo è subordinato alla sussistenza di requisiti da individuare con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, da emanare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro della salute, pre-

via intesa in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281. Con le medesime modalità il Ministro del lavoro e delle politiche sociali provvede annualmente alla ripartizione delle risorse del Fondo": art. 3, comma 2 legge 112/2016.

(47) Con decr. Intermin. 23 Novembre 2016

(48) Art. 5, primo c, legge 112/2016

(49) "Ai trasferimenti di beni e di diritti in favore dei trust ovvero dei fondi speciali di cui al comma 3 dell'articolo 1 ovvero dei vincoli di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile, istituiti in favore delle persone con disabilità grave come definita dall'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, accertata con le modalità di cui all'articolo 4 della medesima legge, le imposte di registro, ipotecaria e catastale si applicano in misura fissa": art. 6, comma 6, legge 112/2016.

(50) "In caso di premorienza del beneficiario rispetto ai soggetti che hanno istituito il trust ovvero stipulato i fondi speciali di cui al comma 3 dell'articolo 1 ovvero costituito il vincolo di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile, i trasferimenti di beni e di diritti reali a favore dei suddetti soggetti godono delle medesime esenzioni dall'imposta sulle successioni e donazioni di cui al presente articolo e le imposte di registro, ipotecaria e catastale si applicano in misura fissa": art. 6, comma 4, legge 112/2016.

(51) "Al di fuori dell'ipotesi di cui al comma 4, in caso di morte del beneficiario del trust ovvero del contratto che disciplina i fondi speciali di cui al comma 3 dell'articolo 1 ovvero del vincolo di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile istituito a favore di soggetti con disabilità grave, come definita dall'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, accertata con le modalità di cui all'articolo 4 della medesima legge, il trasferimento del patrimonio residuo, ai sensi della lettera h) del comma 3 del presente articolo, è soggetto all'imposta sulle successioni e donazioni prevista dall'articolo 2, commi da 47 a 49, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2006, n. 286, e successive modificazioni, in considerazione del rapporto di parentela o coniugio intercorrente tra disponente, fiduciante e destinatari del patrimonio residuo": art. 6, quinto comma, legge 112/2016.

(52) "... ho cercato di tradurre il complesso dei dati sinora sommariamente riferiti ...in termini di diritto civile italiano contemporaneo; il raffronto con la prassi giurisprudenziale straniera in materia di trust mi ha indotto a aggiungere un dato ulteriore, che reputo rivestire un ruolo discriminante: individuare regole che mirino a assicurare l'autotutela degli interessi preminenti in ciascuno specifico contratto di affidamento fiduciario, riducendo l'intervento del giudice a ipotesi eccezionali. Ne è uscita la proposta del contratto di affidamento fiduciario illustrata nella mia monografia e che è stata prescelta dalla legge n. 112 unitamente ai trust e ai vincoli di destinazione": M. Lupoi, *Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario; la comparazione con il trust, in Il contratto di affidamento fiduciario: teoria e pratica. Atti del Convegno tenutosi a Roma il 3 marzo 2017*, raccolti in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017*, Ediz. Il Sole 24 ore, Roma, 2017, p. 130

(53) "... considerandolo quale strumento alternativo al trust dimostra in maniera perentoria quel che ormai avevamo scoperto da tempo: che, nella realtà del postmoderno (in maniera più vistosa di quanto già non accadesse in passato), il legislatore è destinato inesorabilmente ad arrivare per ultimo con la funzione di registrare (spesso, come nel caso, in termini addirittura impliciti) ciò che è già inesorabilmente avvenuto. Anzi, l'accostamento al trust, dato ormai per scontato, supera in radice le discussioni che hanno appassionato alcuni di noi qualche anno fa quando reagivamo alle resistenze che hanno accompagnato il riconoscimento e l'applicazione in Italia del c.d. trust interno": N. Lipari, *Introduzione*, in *Il contratto di affidamento fiduciario: teoria e pratica. Atti del Convegno tenutosi a Roma il 3 marzo 2017*, cit., 127.

(54) N. Lipari, *Introduzione*, cit., p. 126

(55) P. Zanelli, *La legge sul "Dopo di noi"*, relazione tenuta al Convegno: *Prospettive di riforma del diritto civile. Interessi fondamentali della persona e tutela del mercato*, organizzato a Roma, Università La Sapienza, il 27 gennaio 2017 dall'Associazione Civilisti Italiani.

(56) F. Gallio, *La legge "dopo di noi" codifica il trust e uno strumento alternativo: l'affidamento fiduciario*, in *Fisco*, 2016, 2836 ss..

(57) N. Atlante, L. Cavalaglio, *I fondi speciali nel contratto di affidamento*

fiduciario previsti dalla legge “Dopo di noi”: una nuova ipotesi di patrimonio separato?, in *Riv. Not.*, 2017, 227 osservano che “tutte le prescrizioni andranno ovviamente tradotte in apposite clausole dei negozi previsti dall’art. 6, il cui contenuto potrà (e probabilmente dovrà) essere arricchito in relazione alle concrete esigenze del soggetto da assistere e del programma che, attraverso la destinazione, i disponenti intendono realizzare”.

(58) “Alcune ambiguità possono essere risolte mediante la tecnica degli xenonimi, ossia traducendo di volta in volta il segno linguistico italiano collocato nel suo contesto discorsivo mediante segni di significato equivalente in altre lingue europee. Nel caso della parola “fondo” è facile quindi avvedersi che nel caso della locuzione: “fondo affidato”, la parola fondo non ha alcuna connessione semantica con l’idea di appezzamento di terreno (ossia con il tedesco *grundstück*) e piuttosto presenta stretta analogia con l’espressione inglese *trust fund*, ed è quindi accostabile al fondo patrimoniale della famiglia di cui all’art. 167 c.c.”: in termini A. Gambaro, *La posizione soggettiva dell’affidatario fiduciario e la segregazione patrimoniale*, cit., 158.

(59) Vicenda che evocerebbe l’escogitazione artistica consegnata a *La rosa purpurea del Cairo*, dove la protagonista rimane talmente affascinata dal film da rivederlo più volte fino al punto che il suo personaggio preferito, accortosi dell’assiduità della spettatrice, esce materialmente dallo schermo prendendo vita autonoma nel mondo reale, e propone alla donna di fuggire.

(60) M. Lupoi, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Giuffrè, 2012, parla di fondo affidato

(61) Trib. Genova, 31 dicembre 2012, cit.; Trib. Civitavecchia, 4 dicembre 2013, cit.; Trib. Genova, 30 gennaio 2014, cit.; Trib. Genova, G.T., 30 novembre 2016; Trib. Genova, G.T., 20 febbraio 2017.

(62) N. Atlante, L. Cavalaglio, *I fondi speciali nel contratto di affidamento fiduciario previsti dalla legge “Dopo di noi*, cit., 230

(63) A. Gentili, op. cit., 144.

(64) G. Alpa, *Il linguaggio omissivo del legislatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 415 ss., il quale aggiunge “...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”. Ancora, che se “è pur vero che la Corte di Cassazione, con diverse sentenze, ha menzionato il *trust*”. 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.”

(65) G. Alpa, *Il linguaggio omissivo del legislatore*, cit., 425, puntualizzando che “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: la 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”.

(66) A. Gambaro, *La posizione soggettiva dell’affidatario fiduciario e la segregazione patrimoniale*, in *Il contratto di affidamento fiduciario: teoria e pratica. Atti del Convegno tenutosi a Roma il 3 marzo 2017*, raccolti in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017*, Ediz. Il Sole 24 ore, Roma, 2017, 154, il quale mantiene un atteggiamento interlocutorio.

(67) C. Tenella Sillani, *Appunti sul contratto di affidamento fiduciario nella legge n. 112/2016*, in *Studi in onore di Antonio Gambaro*, tomo II, Milano, 2017, 1249 ss..

Il sangue e l’inchiostro*

Lineamenti per una “fenomenologia” del partigiano e per un tentativo di individuazione del “discrimen” giuridico tra la “figura” del “partigiano” e quella del “terrorista”: il problema e il metodo. La “Teoria del partigiano” di Carl Schmitt.

Roberto Negro

Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. *Introduzione: i recessi (in) finiti della “Teoria del partigiano”.* – 2. *La “Teoria del partigiano. Integrazione al concetto del Politico”.* Uno sguardo di sintesi. – 3. *La figura del partigiano “classico”. Caratteristiche ed elementi. Irregolarità. Mobilità. Impegno ideologico. Legame con il territorio.* – 4. *Figure di confine: il bandito sociale, il requisitore e il guerrigliero urbano.* – 5. *Le norme.* – 6. *L’ultimo stadio della teoria: i nuovi spazi, la totalità dell’impegno politico e il contesto politico mondiale, la perfezione della tecnica e i mutamenti industriali, un mondo liquido e la disgregazione delle strutture socio-politiche.* – 7. *La nuova “forma” del partigiano: il “salto qualitativo” e il “conflitto globale”.* *Da partigiano a terrorista?.* – 8. *Il problema del “terzo” interessato: l’ospite necessario.* – 9. *Conclusioni. Attualità di Carl Schmitt?*

Il partigiano ha dunque un vero nemico, ma non un nemico assoluto.

Carl Schmitt

Il partigiano è il gesuita della guerra.

Ernesto Che Guevara

La guerra è la continuazione della politica con altri mezzi.

Carl von Clausewitz

1. Introduzione: i recessi (in) finiti della “Teoria del partigiano”.

Un invito alla *comprensione* di una forma concettuale del moderno, potrebbe essere una introduzione al metodo con cui Carl Schmitt affrontava un tema, ancora oggi, di particolare interesse e cioè l’esame di una figura tipica della *contemporaneità*,

* Chi scrive è ben consapevole che l’argomento, per gli aspetti, anche “geopolitici”, da esaminarsi, nonché per la complessità dell’indagine, esorbita, certamente, dalle sue modeste capacità e competenze; in situazioni del genere, inoltre, si corre il rischio, non solo di essere fraintesi, ma di vedersi attribuire finalità di carattere ideologico (nel senso negativo del termine), “esotericamente recondite” o - peggio ancora - con una sotterranea “ex - posizione” di intenzioni nascoste e - peggio del peggio - con una sorta di discorso surrettizio. E però, non è così; con lo scritto che segue, e che è poi una mera esegesi al volume di Carl Schmitt “Teoria del partigiano”, si vorrebbe che i temi esaminati possano destare qualche interesse. Comunque, su questioni così importanti, è meglio il dire che il tacere, al contrario, quindi, di quanto suggerito dall’antico “detto sapienziale”. Non s’intende, peraltro, proporre considerazioni moralistiche o giudizi di valore: qui si vuole evidenziare, in primo luogo, la necessità di “capire” e di “chiamare le cose con il loro nome” e poi, invitare ad un esame dell’opera di uno studioso, che tanta importanza ha avuto per il pensiero “gius - politico” del XX secolo, nonché per gli inizi del secolo che già abbiamo cominciato a percorrere, e con il rispetto dovuto ad un nuovo “Benito Cereno”, come si autodefiniva lo stesso Schmitt. Per scrupolo di obiettività, si sono, quasi del tutto, tralasciati i possibili riferimenti alla contingente situazione attuale. Ed infatti, in concreto, cosa si potrebbe dire (o pre - dire) per fenomeni apparsi solo di recente sul palcoscenico del conflitto globale, come, ad esempio, per quanto riguarda l’ISIS? Forse, è meglio evitare di prospettare ovvie banalità. Infine, si ribadisce che il presente scritto non tratta, se non del tutto casualmente, degli eventi della guerra partigiana in Italia tra il 1943 e il 1945; invero, si vogliono solo esaminare le caratteristiche generali della “forma” del partigiano e la sua “fenomenologia”, nonché le “maschere” che questa figura può venire ad indossare, ma ciò in ambito di astrazione generalizzata, prescindendo da ogni epifenomeno di contingenza, anche se, magari, estremamente importante. Tanto va detto, per eliminare ogni possibile equivoco.

quale è quella del partigiano, appunto. Invero, ci si dovrebbe avvicinare a tale peculiare categoria concettuale con l'approccio proposto dallo stesso Schmitt, e cioè, con uno sguardo disinteressato e con una neutrale curiosità, per quanto possibile, a chi si accosta ad una *categoria giur - politica*, che porta in sé *implicazioni*, per così dire, *molteplici*, proprio per la (possibile) contiguità del partigiano con deviate "forme" affini e che, talvolta, ne indossano, in modo arbitrario, la *maschera*, quasi a meglio nascondersi da più *precise comprensioni individuanti*; si aggiunga la necessità di esame di una materia estremamente fluida, da svolgersi senza l'ulteriore appesantimento di preconcetti *giudizi di valore*.⁽¹⁾ Ed è cosa di interesse (anche se inquietante), visti i presagi funesti (con qualche prodromo di incipiente barbarie), che porta con sé il momento attuale ed anche i recenti, sempre ricorrenti, episodi di violenza ed il proliferare di azioni quasi nichilistiche su vasta scala, che colpiscono indiscriminatamente gli inconsapevoli *spettatori* e talvolta gli stessi *attori* dei drammi che attraversiamo nelle loro concretamente infinite possibili traiettorie, *chiedersi* e *chiederci*, allora, se ancora *possa sussistere* (e fino a che punto), una *distinzione* tra la figura del *partigiano* e quella del *terrorista*; una tale indagine parrebbe doverosa, anche al fine di una necessaria individuazione del *discrimen* giuridico tra queste due figure; riteniamo, infatti, che sia compito del giurista, il *confrontare* e il *confrontarsi* con gli accadimenti della contemporaneità, per compararli e comprenderli, e per essere un *testimone attivo* dei tempi, e non solo uno "spettatore di tragedie", da una sorta di personale "camera con vista".⁽²⁾ Ci si trova di fronte, nel vissuto contemporaneo, ad un'inflazione di violenza, di carattere addirittura efferato, di singoli, di gruppi e da parte di potenze statali. Nulla di più utile, che confrontarsi con le (e soffermarsi sulle) tesi esposte in un libro apparso nel 1963, e cioè la "Teoria del partigiano"⁽³⁾ di Carl Schmitt, uno dei "maestri" della scienza politica e del diritto pubblico, ancor oggi, di indubbia attualità. Si può definire il "partigiano", come colui che parteggia e combatte per un partito o una fazione, chi appoggia un potere, uno Stato et cetera; ovvero in senso originario, chi è in disparte o chi è a lato: Dante, ad es., usa il termine *parte* per significare in disparte, non con gli altri. ⁽⁴⁾ Spesso il termine ha un significato etico - politico a denotare "l'oppositore" ed anche un significato negativo di fazioso o di eccessivamente di parte - da cui partitante - o di chi parteggia per una causa, in modo del tutto identitario. ⁽⁵⁾ Possiamo, iniziando la disamina della *figura del partigiano*, prendere spunto dall'esposizione schmittiana, che individuava lo "spartiacque" tra partigiano e figure affini di combattenti, a partire dall'epoca napoleonica e dalla lotta intrapresa dagli spagnoli, come *guerriglia*, contro le armate francesi nel 1808. ⁽⁶⁾ Alla "preistoria" del partigiano appartiene, invece, la guerra di Vandea ⁽⁷⁾, antecedente a quella "grande divisione" degli aspetti del partigiano, che è il fatidico anno 1808 e, prima ancora, è qualcosa di prodromico alla *figura del partigiano*, l'impiego tattico, di *truppe leggere, mobili e parzialmente irregolari*, quali i panduri o, in genere, la cavalleria leggera. Il lavoro di Schmitt è un'opera non particolarmente ampia da un punto di vista quantitativo (l'edizione italiana consta di 132 pagine, oltre alle note e alla postfazione), ma che esamina in maniera compiuta il *problema del partigiano*, da un punto di vista storico, politico e giuridico. E si tenga presente l'importanza, non solo storica, ma per la contemporaneità, della analisi schmittiana della *forma del partigiano* ed anche della sua *contro figura* deformata, il *terrorista*; e nell'oggi è appena il caso di accennare all'importanza delle previsioni di Schmitt, sia per le diagnosi che per le prognosi: come non pensare alla *Columbia del FARC*, a *Sendero Luminoso* in

Perù o al *Medio Oriente dei nostri giorni* ed ai suoi sussulti incontrollati ed a cosa accade nelle stesse "cittadelle dell'Occidente"? Ma un esame così complesso dell'odierna situazione esula dal presente saggio, che si limita a poche notazioni di tipo esegetico. Per conoscere Schmitt nel modo migliore possibile, sarebbe opportuno leggere *Ex captivitate salus*, ⁽⁸⁾ una confessione di un *disastro* personale, ma una *difesa* della propria dignità di studioso, come già suggeriva Jacob Taubes. ⁽⁹⁾ Infine, una riflessione sul *discrimen* tra le due categorie e cioè tra partigiano e il suo *cupo* "fratellastro", il terrorista, si imporrebbe, se non altro perché ci troviamo di fronte ad avvenimenti *particolarmente pericolosi* e scarsamente conosciuti e, come già avvertiva Martin Heidegger: "...*cregono in proporzione i pericoli e tra essi il più pericoloso - l'inconoscibilità*".

Il faut opérer en partisan, partout où il y a des partisans.

Napoleone

2. La "Teoria del partigiano. Integrazione al concetto del Politico". Uno sguardo di sintesi.

L'esame del volume che in questa sede si recensisce, andrebbe integrato con la lettura del saggio "Clausewitz come pensatore politico", del 1967 ⁽¹⁰⁾ e con l'intervista a Schmitt da parte del "maoista" Joachim Schickel, *Dialogo sul partigiano* che è del 1970, ⁽¹¹⁾ e a cui si dovrebbe aggiungere il *Dialogo sul nuovo spazio*, ⁽¹²⁾ nonché "Terra e mare. ⁽¹³⁾ L'autore prende in esame una *forma tipica* di un combattente del nostro tempo ed addirittura una *figura mitica* del contemporaneo, il partigiano. Si rende, però, a questo punto necessaria una breve esposizione del volume di Schmitt per poter pervenire ad una valutazione, in sede di "prima approssimazione", del "partigiano", figura che in un'epoca di sconvolgimenti planetari e di conflitti a carattere totale e per così dire, assoluti, viene ad assumere una *rilevanza essenziale* ed un *ruolo centrale*; l'opera di Schmitt è dedicata, proprio, al *concetto* e alla *tipologia* della "guerra del partigiano". Il *testo inizia* con un *excursus di carattere storico*, e individuando la nascita di questa categoria di combattente, nel momento della guerriglia spagnola contro Napoleone e prosegue nel cercare una più precisa definizione del concetto del partigiano. La *sintesi storico - introduttiva* termina con un esame della situazione del partigiano dal punto di vista del diritto internazionale. Nella *parte storico - descrittiva*, Schmitt fa anche riferimento, a dimostrazione della pervasività e della rilevanza della figura del partigiano, ad un ufficioso manuale dell'Associazione dei Sottoufficiali Svizzeri, dall'inquietante titolo, "La resistenza totale. Avviamento alla guerriglia per tutti",⁽¹⁴⁾ una sorta di *vademecum* di (per) un eventuale (ma improbabile) "partigiano svizzero". La *seconda parte* del libro contiene l'esame dello sviluppo della *teoria del partigiano* e le relative "classificazioni" a carattere politico, storico e normativo, partendo proprio dall'editto prussiano sulla *milizia territoriale* del 1813, che contiene una sorta di primo inquadramento legislativo - normativo e regolamentare di tale figura ed è quasi una sorta di "Magna Charta" del partigiano, ⁽¹⁵⁾ per proseguire con l'esame dall'opera (*Vom Kriege* pubblicata nel 1832)⁽¹⁶⁾ di Carl von Clausewitz, ⁽¹⁷⁾ fino ad arrivare al partigiano come *rivoluzionario di professione* di Lenin e Mao Zedong, per terminare con la parabola deludente di Raoul Salan. La *terza parte* del saggio è incentrata sul *partigiano del futuro* ed è forse una "profezia" dei tempi in cui ci troviamo, di fronte ad una nuova, distorta e straniante *nemesi* del partigiano. Nell'ultimo stadio della teoria la disamina, vede o intravede nuovi concetti ed inquadra e descrive una "possibile" *nuova figura*

del partigiano e le sue *nuove caratteristiche*, per finire con una riflessione sui concetti di *legalità* e di *legittimità*, sull'esame di chi sia il vero nemico e sulla/e traiettoria/e che porta/portano *dal vero nemico al nemico assoluto*, situazione in cui la criminalizzazione reciproca e il disvalore con cui le parti in lotta *nelle interlocali odierne "terze guerre mondiali"*, si delegittimano a vicenda, porta al raggiungimento di un *climax*, che segna la *definitiva crisi* dello "*ius publicum Europaeum*"; conclude l'edizione italiana, una analisi di Franco Volpi dal titolo (tratto da Schmitt) di *L'ultima sentinella della terra*. Gli spunti di riflessione che Schmitt induce a considerare sono *inversamente* proporzionali alla brevità del volume: basti pensare alla transizione da partigiano a terrorista, al contesto socio-politico e giuridico mutato, in cui *si muovono le maschere del partigiano* e al passaggio dal concetto di *vero nemico* al concetto di *nemico assoluto*. (18) Le note del volume consentono di prendere conoscenza di aspetti specifici, per chi voglia avvicinarsi alla *figura del partigiano* e alla (sulla) *teoria* dello stesso, intesa come *categoria politica*. (19) Si deve precisare che, per l'argomento qui trattato, è particolarmente importante l'ultima parte del testo e cioè quella relativa agli *aspetti* e ai *concetti dell'ultimo stadio del partigiano*, ma che è anche "essenziale" la breve parte introduttiva a carattere storico - metodologico. Ed in ogni caso, il lavoro schmittiano è importante, proprio come tentativo di sistematizzazione di una materia *mobile*, per definizione, tenendosi presente, come afferma Schmitt, che: "*Il teorico non può fare di più che salvaguardare i concetti e chiamare le cose con il loro nome*". Ma forse Schmitt ha già, non solo offerto una *diagnosi*, ma addirittura tentato una *prognosi*, sulla futura figura del partigiano e sulle *difformi forme* che avrebbe potuto prendere nel tempo. In ogni caso il cinico (e disinvolto) consiglio di Napoleone Bonaparte, non ha certo, ancor oggi, perso di importanza e di suggestioni tattico - strategiche.

*Il nemico attacca, noi ci ritiriamo;
Il nemico arretra, noi lo molestiamo;
Il nemico è esaurito, noi lo attacchiamo;
Il nemico si ritira, noi lo inseguiamo.*

Mao Zedong

Rappresaglia. Un'invenzione degli "altri" che qualche volta siamo costretti ad adottare. Il mongolo Elia, sfuggito ai tedeschi e da noi graziato, ci suggerisce: "Se volete spaventare i tedeschi decapitate i prigionieri e andate a portare le loro teste davanti alle caserme delle città". E ride quando vede il nostro imbarazzo, "Voi italiani", soggiunge, "siete capaci di uccidere solo per gelosia".

Angelo Del Boca

Quei luoghi appartenevano a loro, quelle valli, quei paesi. Gli appartenevano e li difendevano. Ne conoscevano i sentieri, le baite, le forre. Avevano informatori, staffette che si arrampicavano ai loro rifugi, misteriosi segnali di allarme. Noi dovevamo farci strada in quel modo a forza di marce, di posti di blocco, di fuoco, di minacce.

Carlo Mazzantini

3. La figura del partigiano "classico". Caratteristiche ed elementi. Irregolarità. Mobilità. Impegno ideologico. Legame con il territorio.

Anche se è difficile descrivere una *figura classica*, ma in una *forma irregolare*, nella "*Teoria del partigiano*" e in maniera maggiormente "*didascalica*" nel "*Dialogo sul partigiano*", Schmitt individua le caratteristiche particolari di questo combattente per definizione "irregolare", e cioè quattro criteri tipici: la sostanziale *irregolarità*; la *mobilità*; l'*impegno* (*engagement* assoluto o meno) di *tipo politico - ideologico*; il carattere "tellurico" e cioè, il *legame con il territorio*, tutte caratteristiche collegate ed interdipendenti, anche se in varia e variabile mi-

sura. Schmitt sottolinea più volte come, al di là della "preistoria" del partigiano, la figura moderna, o, per meglio dire, classica, dello stesso, venga, addirittura "normata" dai prussiani, con l'editto sulla *milizia territoriale* del 1813. (20) Alle "caratteristiche peculiari del partigiano classico", deve aggiungersi l'esistenza del *rischio*, che è qualcosa di diverso dal concetto di illegalità e l'esistenza di un *terzo interessato*, senza il quale, a prescindere dal grado di attività concreta del terzo, viene a mancare la possibilità della *ex - sistenza* della lotta partigiana e della figura del partigiano, che si riduce, allora, a sporadiche e solitarie lotte individuali; un'altra caratteristica della figura del partigiano è la sua *dimensione collettiva*, nonché il fatto che, almeno fino ad un certo momento della sua tipologia di lotta, vi sia una sostanziale *asimmetria* con le forze "regolari". Schmitt dedica la seconda parte del suo volume allo "sviluppo della teoria" e delle conseguenti possibili "figure di partigiani", partendo dalla *guerriglia spagnola*, per arrivare a *Lenin*, fino a *Mao Zedong* e a *Salan*, contrapponendo, per questi due ultimi, ad un successo totale, un fallimento clamoroso. La figura del partigiano classico può prendere forma e stabilizzarsi solo quando sussistono e continuano a sussistere, comunque, le condizioni di cui sopra, ma tenendo presente che queste caratteristiche devono coesistere ed intersecarsi; possono ridursi al minimo, ma devono pur sempre esistere in una sorta di simbiosi; senza di ciò il partigiano si trasforma, non è più il partigiano classico e viene sempre più ad avvicinarsi a figure affini, ma sostanzialmente diverse; *scompare*, allora, la categoria del partigiano dalla scena della politica, sia locale, statale, interstatale o intercontinentale. Deve poi esservi il *terzo interessato*, anche se, talvolta, la sua presenza è talmente ingombrante da "svuotare" la figura del partigiano; alla lunga, forse, il terzo può divenire un "terzo incomodo". Infine, la figura del partigiano deve essere *asimmetrica* rispetto a quella del nemico. Il partigiano è allora, in essenza, diverso dal "regolare" ed anzi deve, quanto meno, partire in condizioni di inferiorità, tali da giustificare la esistenza della sua tattica di combattimento. E poi, quello che in definitiva contraddistingue la figura del partigiano classico, rispetto ai combattenti regolari, è il *concetto di rischio*, non "assicurabile", se non con la speranza, spesso addirittura aleatoria, dell'intervento del "*terzo interessato*". Si può ribadire, in primo luogo, che la caratteristica dell'irregolarità va considerata come in contrapposizione alla prevedibilità ed alla (quasi) regolarità dell'esercito regolare; peraltro si è talvolta tentato di *regolarizzare* il partigiano, ma i tentativi in tal senso sono sempre falliti ed hanno avuto successo, caso mai, solo *ex post*, proprio quando, tramite la guerra partigiana, le forze *irregolari* sono *potute divenire regolari*, attraverso la conquista del *potere politico*. Secondo Schmitt, il partigiano è un combattente irregolare, se non altro perché, almeno in linea di massima, non porta uniforme, in ciò distinguendosi dal soldato regolare che la ostenta come *simbolo di autorità* e divenendo il bersaglio preferito del moderno partigiano. (21) Anche la tattica e la strategia della guerra del partigiano, devono essere distinte da quelle dell'esercito regolare, almeno fino a quando l'esercito partigiano non diventi così forte da poter sfidare il nemico in campo aperto, come avvenne in Indocina, negli anni 50. (22) Schmitt nel libro *Terra e mare*, (23) affronta il tema del partigiano nella guerra marittima, riferendosi alla mobilità ed alla possibilità di mascheramento insidiosamente irregolare, che offre proprio l'elemento mare; si pensi alla guerra sottomarina; valuta anche il tema della accresciuta mobilità, in genere, del combattente, attraverso i mezzi aerei o, addirittura, della *iper - mobilità* assoluta, che comporta la guerra a distanza, con l'uso di missili.

La mobilità, per il partigiano, diventa qualcosa di connotato alla sua esistenza, come ben aveva indicato Mao, quando definiva il partigiano come un “*pesce nell’acqua*”. La piena conferma dell’impegno ideologico si ha quando in Lenin il partigiano diventa un “rivoluzionario di professione”. Non dobbiamo tuttavia usare categorie conoscitive astratte per definire il concetto dell’impegno ideologico; il concetto di impegno ideologico, come appartenenza ad un partito politico determinato, mal si riferisce alla figura del partigiano, cui meglio potrebbe esser confacente il concetto di *engagement*. L’impegno ideologico, tuttavia, se assolutamente estremizzato, può comportare la potenzialità di far *sfumare* la figura del partigiano, con tutte le possibili *derive* che ciò comporta. Non può prescindere, almeno il partigiano classico, dal legame con la terra. Anche nell’ultima fase, *il partigiano è pur sempre dislocato per qualcosa ed in difesa di qualcosa*. Ed allora, come considerare i combattenti clandestini ebrei, che si accingevano ad uccidere l’inviato ONU e che si preparavano all’attentato cantando: “*la parola al compagno mitra, la parola alla compagna rivoltella*” come sostiene “*Avner*” (24) nelle sue memorie? Ma erano certamente partigiani, legati ad un territorio, quello del nascente Stato d’Israele, anche se in fieri. Il partigiano è pur sempre e comunque, una figura *infra storica*, per il suo legame con la madre terra. Il possesso ed il governo di un territorio, sempre in forme estremamente mobili e sfuggenti, è poi essenziale per la tattica del partigiano, ove si consideri, come già *von Clausewitz*, che “pochi partigiani che dominano uno spazio”, possono rivendicare per se stessi “*il nome di esercito*”. (25) Infine, nell’ambito della guerra del partigiano e, definitivamente, con la guerra del Vietnam, il partigiano non si limita più alla ricerca di una zona controllata di tipo locale, ma tende a formare, addirittura, delle vere e proprie zone libere (e cioè controllate - solo - dai partigiani), sempre più vaste. (26) Tale caratteristica, che Schmitt definisce come “*tellurica*”, fa sì che la guerra partigiana sia essenzialmente una guerra difensiva, almeno fino a quando la forza partigiana non sia in grado di contrastare apertamente l’esercito regolare. (27) Ovviamente, la vittoria del *partigiano* può comportare una *nuova antitesi* con il *regolare* che si pone, di conseguenza, come *nuovo partigiano*; il che è già storicamente accaduto!

Alcune attività che possono essere citate come pressione putschista sono: rapine alle banche; scarso rilievo dato alla fondazione del partito; certi tentativi di affrontare artificialmente il processo di costruzione del partito.....; mancanza di una analisi approfondita di ciascuna fase.

Hugo Blanco

4. Figure di confine: il bandito sociale, il requisitore e il guerrigliero urbano.

Le linee di confine tra partigiano e figure affini sono molteplici, proprio per la varietà con cui, si manifesta la “forma” del partigiano. Nota Schmitt come, però, sia possibile che il bandito o figure marginalmente irregolari, si possano trasformare in partigiano. Chi sia interessato ad un esame “visivo” della questione, potrà vedersi il film “*La battaglia di Algeri*” di Gillo Pontecorvo, per la traiettoria di *Ali La Pointe*. Si deve citare, come classica opera di riferimento, sul banditismo sociale, il lavoro di Eric J. Hobsbawm, dedicato a queste figure di limite tra partigiano, ribelle e bandito *tout court* e la cui lettura è essenziale per chi voglia rendersi conto del significato dell’apparire sulla scena del conflitto di figure marginali rispetto al partigiano, ma a questo affini e delle radici storiche che danno loro nutrimento; scrive magistralmente Hobsbawm che troviamo un *esemplare reale* di una figura del genere in *Salvatore Giuliano*, che fu uno degli ultimi esemplari di una specie

della cui scomparsa “*uomini e donne non si sono ancora rassegnati quella del ‘bandito del popolo*”. Nel grande *teleromanzo* che i poveri e i deboli continuano a sognare *ci sono stati e probabilmente continueranno ad esserci* figure quali *Robin Hood*, ma Salvatore Giuliano è stata *l’ultima persona reale di cui si abbia notizia che corrispondesse a quel ruolo*”. E però, l’esito finale della vicenda di Salvatore Giuliano era scontato; gli era venuta a mancare l’appoggio del terzo interessato, il movimento separatista, che poteva dare un senso alla sua azione ed ora rimaneva la politica stabilizzata e la mafia; ma in una situazione politica stabilizzata e non avendo le caratteristiche del mero mafioso, per figure come Giuliano non c’era più posto, e gli mancava, inoltre, un impegno ideologico, che giustificasse il prolungamento di una lotta ormai disperata. (28) Il requisitore è una figura specifica, più avvicinabile per gli atti, al bandito sociale: può anche essere una figura che si confonde con il partigiano o con il rivoluzionario di professione. Basti pensare alla *famosa rapina di Tbilisi*, organizzata da Stalin. È ovvio, che qui si parla di requisitori sociali e ideologici e non di mascheramenti di attività meramente criminose. I “requisitori” adottano forme forzose di appropriazioni, in particolare di armi e denaro, per autofinanziarsi e per auto sostentamento, ma tali gruppi non hanno, o hanno in modo molto sfumato, collegamenti con le masse contadine o con i ceti più marginali degli ambienti urbani; possiamo fare l’esempio di una parte della guerriglia in Colombia negli anni ’50, durante il governo di *Rojas Pinilla*. Anche in occasione delle cd. occupazioni delle terre, specialmente in America Latina, vi sono stati sporadici movimenti di guerriglia, più o meno politicamente organizzati. (29) Dobbiamo limitarci ad un cenno su alcune forme di guerriglia urbana e figure di “guerriglieri - requisitori” urbani, come *Francisco Sabatè Llopart*, (30) attivo in Spagna negli anni ’50, che rapinava banche per finanziare residui gruppi del movimento anarchico e che usava come territorio di partenza il confine pirenaico tra Francia e Spagna; per qualche tempo si diffuse tra i superstiti anarchici spagnoli la leggenda che non fosse, in realtà, morto in un conflitto a fuoco, ma tenuto in ostaggio dalla Polizia. Un discorso a parte andrebbe fatto per i combattenti partigiani che agivano in ambiente urbano, come, in Italia, nella seconda guerra mondiale, i Gap e le Sap; però questo non sposterebbe i termini della questione, come evidenziati da Schmitt. Infatti, tali forme di guerriglia mantenevano, pur sempre, uno stretto legame con il territorio, salvo una maggiore mobilità ed autonomia d’azione e, pur nella *irregolarità della tattica*, mantenevano un forte *impegno ideologico*. (31) Il partigiano, proprio per distinguersi da figure di confine, ha sempre bisogno di una *legittimazione*. Esiteranno, comunque, come sono sempre esistite figure al limite tra la marginalità dell’avventuriero e di chi agisce solo per il guadagno; potrà sembrare strano, ma sono esistiti pirati contemporanei, come Henry de Monfreid. (32)

È il caso ben noto nel quale agli insorti vengono riferite le norme di diritto internazionale, specialmente attinenti alla guerra e alla neutralità, così nei rapporti con lo Stato contro cui lottano come in quelli con gli altri Stati.

Santi Romano

5. Le norme.

Si deve prendere atto della difficoltà di introdurre normazioni di tipo giuridico, per regolare ciò che per sua natura è irregolare e cioè la guerra del partigiano: tutt’al più si possono dare normazioni tecnico - tattiche, come nell’editto prussiano del 1813, ovvero si può cercare di moderare il conflitto con norme giuridiche che cerchino di mitigare l’asprezza del conflitto armato, eliminando il concetto di nemico assoluto,

per regolare il rapporto tra due veri nemici, il partigiano e il regolare, ed adottando criteri che offrano la possibilità di “tregue” o di zone da considerarsi come “santuari”, ed incrementando le norme di protezione per il partigiano, per il civile e perché no? per il regolare. Le norme giuridiche di diritto internazionale sul partigiano, spesso recepite dal diritto interno, sono da individuarsi nel Regolamento per la Guerra Terrestre dell’Aia del 18 ottobre 1907, e nelle quattro Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 (seguite dal Protocollo Integrativo, del 10 giugno 1977, alla terza Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949); a queste, per i riflessi e le incidenze sui diritti umanitari e di protezione, sono da aggiungere lo Statuto delle Nazioni Unite e la Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo: per l’Italia andrebbe considerato anche il disposto dell’art. 11 della Costituzione, da coordinarsi con l’art. 52 della Carta Costituzionale, per cui la *difesa* della Patria è “sacro dovere” per il cittadino, che parrebbe bandire dal nostro ordinamento ogni specie di guerra a carattere “attivo” od “aggressivo”, fatto salvo il ricorso ad una guerra *solamente difensiva* e, pertanto, legittimando forme di resistenza e di eventuale guerriglia partigiana. (33) Si deve anche tener conto delle disposizioni della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali e dei relativi Protocolli addizionali. Vero è, secondo Schmitt, che il partigiano, se conseguente, può servirsi delle norme di protezione per usufruire di un *surplus* tattico – giuridico. La materia del partigiano, della guerra partigiana o di situazioni affini, è trattata, in dottrina nell’ambito degli studi sul diritto bellico, sul diritto di guerra, sullo stato di assedio e sulla legge marziale. Per la dottrina italiana si segnala: Natalino Ronzitti, *sub voce Guerra*, in *Digesto, Quarta Edizione*, (34) (e la ricca bibliografia ivi richiamata) e che tratta dei conflitti armati internazionali e dei conflitti armati non internazionali, con un *excursus* sulla guerra navale, nonché Pietro Pinna, *sub voce Guerra (stato di)*, in *Digesto, Quarta Edizione*, (35) e si aggiunga, Alessandro Marazzi, *Nozioni di diritto bellico* (36) Le varie norme delle Convenzioni di Ginevra del 1949 ed integrazioni, inquadrano con disfavore la figura del mercenario, (37) anche se con vari distinguo, per la sua configurazione, non riconoscendogli la qualità di legittimo combattente, così come si prevede per il soggetto che compia atti meramente terroristici o per chi indossi le uniformi dei combattenti dello stato nemico e, pertanto, con *atti di inganno* in contrasto le Convenzioni, con gli usi di guerra e le consuetudini. Si precisa che in base alle Convenzioni di cui sopra, anche il *guerrighiero* è considerato *legittimo combattente*, quando: 1) esista un movimento organizzato; 2) sia “notificato” un segno distintivo; 3) esista un comandante responsabile; 4) sia mantenuto il rispetto delle leggi e degli usi di guerra. Le regole per i conflitti armati, ai sensi delle Convenzioni di Ginevra del 1949, si applicano anche alla “guerra civile”. In particolare la terza Convenzione di Ginevra del 1949, all’art. 4, *equipara alle forze armate regolari*, i combattenti dell’esercito di un governo insorto, i membri di corpi volontari aggregati alle forze armate, i membri di forze volontarie aggregati alle forze armate di un governo non riconosciuto dall’altro belligerante, gli appartenenti ai movimenti di resistenza che svolgono forme di guerra partigiana nel territorio occupato dal nemico, a condizione: 1) che indossino una uniforme; 2) che portino apertamente le armi; 3) che abbiano un comandante responsabile; 4) che rispettino le leggi di guerra e gli usi di guerra; 5) ed il partigiano, in particolare, dovrebbe fregiarsi di un segno distintivo, fisso e riconoscibile a distanza. Dovrebbe essere chiaro, però, che in una materia come quella del partigiano, l’aspetto giuridico

viene ad essere estremamente fluido e mutevole. Si deve tenere presente che il rischio di una mancanza di appropriata normazione e dell’esistenza di squilibri socio – politici, in un possibile mondo di “dannati della terra” o di marginali sottoproletariati di enormi *favelas* urbane, è quello, di una *nuova jacquerie*, armata, stavolta, non di falci o tridenti, ma del sofisticato arsenale di mezzi distruttivi che, magari a basso costo, può ri – fornire la *perfezione della tecnica*.

Solo la sconfessione della vera inimicizia spiana la strada all’opera di anientamento di una inimicizia assoluta.

Carl Schmitt

6. L’ultimo stadio della teoria: i nuovi spazi, la totalità dell’impegno politico e il contesto politico mondiale, la perfezione della tecnica e i mutamenti industriali, un mondo liquido e la disgregazione delle strutture socio – politiche.

Nell’ultimo stadio della teoria del partigiano, l’impegno politico diventa totale; (38) il partigiano usufruisce di nuovi spazi e il legame con il territorio diventa più debole ed è sostituito dall’impegno politico totale; la tecnica, estesa su scala planetaria, non ha più “confini – limite” e il mondo, con i sistemi invasivi e manipolativi già possibili, diventa sempre più *mobile* e *liquido*. E tutto, pertanto, necessita di una nuova considerazione dei concetti di legalità e di legittimità, con conseguente sussistenza di “*nuove forme di partigiano*”. In sostanza, però, per Schmitt, al di là degli sviluppi odierni della guerra marittima, aerea, planetaria o, forse magari, come prevede la letteratura di fantascienza, fra qualche anno, interplanetaria, “... per il momento, il *partigiano* significa ancora un pezzo di vero suolo; egli è una delle ultime sentinelle della terra, elemento della storia universale non ancora completamente distrutto”. (39) Ed è a partire dal Vietnam, che si rivela “il carattere della moderna guerriglia – della guerra partigiana – che non è di natura militare” in quanto “l’odierno partigiano può disporre di armi migliori di fronte al passato”, anche se a tuttora “sensibilmente peggiori di quelle degli avversari” e neppure per il fatto che l’esercito irregolare diventi regolare, ma per la possibilità di avere *appoggio politico di massa* in altri paesi ed in altre nazioni. (40) Il *rivoluzionario di professione* è una categoria ancora *in bilico* con il partigiano classico e il partigiano dell’ultimo stadio e con il suo *figlio illegittimo*, il terrorista; vero è anche che, in alcune specifiche contingenze, il rivoluzionario di professione potrebbe addirittura assumere le forme del *katechon*, nei confronti del terrorista, proprio con l’ideologia che si presenta, paradossalmente, come “potere che frena.” Il saggio di Schmitt individua con angoscia, la futura, ed in oggi quasi onnipresente, figura del terrorista, quasi che il partigiano “sradicato” possa diventare un *viaggiatore nel nulla*, come si esprimeva Karl Radek, parlando di Leo Slagheter. La nuova spazialità in cui si trova ad operare il partigiano, è più ampia rispetto al passato, ma l’autore insiste sulle “profondità” in cui si cala il partigiano, che paragona a quelle della guerra sottomarina; il *nuovo spazio del partigiano* consiste, allora, nella profondità, o meglio, in una *profondità sempre maggiore*, così che, come dice Schmitt “...*sorge un nuovo spazio di azione strutturato in maniera complessa* perché il partigiano combatte...*non sullo stesso piano della guerra combattuta al fronte*. Egli *costringe invece il suo avversario a entrare in uno spazio diverso*...*alla superficie del tradizionale teatro di guerra regolare aggiunge un’altra oscura dimensione, una dimensione della profondità*, nella quale chi porta una uniforme è già condannato”, e in tal modo il partigiano viene ad offrire, in campo terrestre, una “sconcertante” analogia con il metodo della guerra sottoma-

rina. (41) Anche riguardo all'impegno politico, la situazione per il partigiano è mutata; il partigiano deve fare riferimento a potenze non solo nazionali, ma sovranazionali o che si impegnano su scala planetaria, sotto forma di aggregati geopolitici contrapposti e, quindi, è sempre più costretto a fare i conti con un *terzo o anche più terzi interessati* di cui condivide, almeno, la prassi operativa. (42) I mutamenti tecnico - industriali interagiscono sulla figura del partigiano e, come osservava già Schmitt, vi è "il rischio sotto la spinta della tecnica onnipervasiva che il partigiano possa servirsi di mezzi di offesa e difesa che ne rendono necessario un adattamento di nuovo tipo e che il partigiano classico, il vecchio partigiano, sia esautorato da armi tecnicamente così perfezionate da rendere inutile la attività di un combattente irregolare"... i partigiani scompariranno..." *a meno che non riescano a sopravvivere assimilandosi alla nuova realtà*, in ogni caso saranno divenuti *innocui e irrilevanti*". Ma questa è solo una possibilità, e, peraltro, Schmitt ipotizza anche l'emergere di una *nuova figura di partigiano* che definisce come *partigiano industriale*, sapientemente, in modo mirato, fornito di *armi sofisticate da un terzo interessato*. Schmitt è stato anche un "profeta apocalittico", quando esamina un futuro, purtroppo possibile, del partigiano che si dedicherebbe alla soluzione nichilistica, della ricerca della *tabula rasa*. L'autore, però, ci da anche una possibile soluzione umana e che riscopra la radice d'essere del *vero partigiano*, ipotizzando la sopravvivenza di un "*partigiano del dopo bomba*", sentinella di un mondo e di una terra devastata e suo custode: qui l'immaginazione schmittiana sfiora quasi la fantascienza, individuando un partigiano nella (della) distopia: "*un nuovo tipo di partigiano che potrebbe aggiungere allora alla storia universale un nuovo capitolo, con un nuovo tipo di conquista dello spazio*". (43) La disgregazione delle strutture sociali, comporta un imbarbarimento della lotta; quando le azioni di guerra diventano puro terrorismo, allo "spazio dell'aperto terrore" si aggiungono "l'insicurezza, la paura e la diffusa indifferenza," e la prospettiva di una *possibile guerra civile mondiale* e l'anticipazione del suo "*spettacolo*". (44) Che se poi questa sia la possibile (*o la futuribile in nuce*), situazione attuale, giudicherà il lettore.

Assomigliamo a marinai sempre in viaggio e ogni libro non può essere niente più che un giornale di bordo.

Carl Schmitt

7. La nuova "forma" del partigiano: il "salto qualitativo" e il "conflitto globale". Da partigiano a terrorista? Questi elementi concorrono fino ad arrivare al punto in cui il partigiano viene ad essere parte della "*terza guerra mondiale localizzata*" e può *accentuare* il proprio impegno ideologico, fino al passaggio da partigiano a terrorista o, al *contrario*, ad un nuovo partigiano, forse meno appariscente, ma maggiormente *apportatore di valori di libertà*. È però sempre necessario, perché si possa ancora parlare di partigiano, che la guerra contro le forze armate regolari sia pur sempre *asimmetrica* e che la forza militare del partigiano sia inferiormente sperequata *rispetto all'esercito regolare*. Il partigiano necessita di essere compreso con nuovi concetti giuridico - politici; se la forza politico - militare del partigiano diviene uguale o supera quella delle forze regolari, il partigiano deve rinunciare quasi del tutto ai metodi tipici della guerra partigiana, altrimenti, o si trasformerà in puro terrorista o diventerà esso stesso un cosciente o incosciente strumento di strategia terroristica, magari, paradossalmente, adottando le tecniche della controguerriglia. Abbastanza stranamente le direttive prussiane del 1813,

vennero recepite solo tra il 1944 e il 1945, *nell'ambito dell'esercito tedesco*, e cioè con la costituzione del *Volkssturm*, (45) i cui componenti vennero considerati combattenti legittimi dalle potenze alleate, ai sensi della Convenzione dell'Aia sulla Guerra Terrestre del 1907, ma non dai Russi, che li consideravano un'organizzazione partigiana, che conduceva una guerra in modo del tutto irregolare, contro le forze armate sovietiche, con tutte le conseguenze del caso, e con la creazione del *Werwolf*, (46) di cui non si sa bene l'esito. (47) Con ciò siamo di fronte al definitivo inveramento di quella *mobilizzazione totale*, che alcuni degli intelletti più acuti e penetranti del XX secolo, avevano previsto e, talora, sciaguratamente, auspicato. (48) Ed allora possiamo agevolmente rintracciare il dove e il quando il partigiano perde i suoi connotati di partigiano "classico" ed inizia quelle trasformazioni da cui *può* diventare terrorista o, peggio ancora, "*viaggiatore nel nulla*"; e, cioè, dal momento in cui l'impegno ideologico diventa il principio superiore ed assoluto. Quindi il *discrimen* e cioè il *punto di separazione o di differenza* tra le due figure, come al solito, non è tanto un *discrimen* giuridico, ma politico: è la ricerca di una nuova legalità, che "porta al terrore". Scrive Schmitt che "quando la teoria militare - cento anni dopo Clausewitz - di un rivoluzionario di professione come Lenin distrusse ciecamente tutte le delimitazioni tradizionali della guerra, quest'ultima diventò *guerra assoluta*, ed il partigiano si trasformò in portatore dell'*inimicizia assoluta contro un nemico assoluto*" (49). C'è poi un aspetto che distingue il comportamento del partigiano e che vale come un *discrimen* etico - giuridico tra la figura del partigiano e quella del terrorista e cioè, il fatto che il partigiano non si serve, quasi mai, se non in casi eccezionali, dello strumento della *rappresaglia*, almeno sul territorio in cui trova rifugio; ciò può derivare sia dal carattere tellurico del partigiano sia, ancor più, dal fatto che la tattica del partigiano è diversa da quella delle forze regolari. Il partigiano non si propone un terrore indiscriminato, ma si pone degli obiettivi che comportano, l'uso di metodi, anche se, in astratto, terroristici, ma solo fino a quando non si possa dire che "*la guerre est finie*". Il disvalore etico - giuridico nei confronti della rappresaglia è basato sul fatto che l'esercito regolare non può e deve avere un *plusvalore* basato sul puro terrore, nei confronti di un nemico già inferiore. In ogni caso per evitare la trasformazione in terrorista del partigiano, la forma di lotta dello stesso deve essere *asimmetrica* rispetto a quella dell'esercito regolare. (50) Resterebbe da vedere se un ipotetico vero partigiano può essere "l'ultima sentinella della terra", ovvero sia la forma che, nel mondo contemporaneo, ha preso il *katechon* e ne sia, quindi, la sua *epifania*. Nota Schmitt come, progressivamente, nella guerra del partigiano va sempre più aumentando l'arsenale di armi a sua disposizione e non solo in senso materiale, si pensi alle cosiddette armi termonucleari o comunque alle armi di distruzione di massa, ma anche in senso immateriale; Schmitt fa rilevare l'importanza della guerra psicologica, già in Indocina e nella guerra d'Algeria. (51) Nella contemporaneità esiste poi un problema, in qualche modo connesso o che sfiora la teoria del partigiano, e che è quello di un *panorama di tradimenti*, che, rendendo difficili i confini tra legalità e legittimità, rende difficile individuare una "figura generale del partigiano". Ed è proprio il *carattere politico* del partigiano all'ultimo stadio, che giuridicamente giustifica l'attribuzione al nuovo e impreveduto partigiano della possibile *chance* del salto nel buio del terrorismo: "*nessuno ha ben riflettuto sulle ripercussioni della vittoria del civile sul militare, se un giorno il cittadino indossa l'uniforme mentre il militare se la toglie per continuare a combattere*". (52) Il *punto di non ritorno* del partigiano classico è allora ben individuabile, nel momento

in cui il partigiano entra nell'estrema intensità dell'impegno politico: il gesuita della guerra, - come lo definisce Che Guevara - ma senza il limite degli esercizi spirituali, diventa portatore di un'istanza di *assoluta legalità*, di un *assoluto diritto* e di una *rottura con tutto quanto lo ha preceduto*; vive nell'attesa escatologica di un nuovo *nomos*; è in questo momento che finisce il "gioco convenzionale della guerra". Ed allora, l'unico referente alla limitazione della guerra è il *terzo interessato*, che "stando a lato" del partigiano, fa sì che sorga una amicizia politica parziale, che è una sorta di *katechon* alla inimicizia politica assoluta ed allora il "*partigiano può avere un vero nemico, che non sia nemico assoluto*". (53) Certo la differenza tra la figura del partigiano e quella del terrorista può, in alcuni casi, divenire molto sfumata, man mano che il partigiano si dilata, si trasforma, perde la differenza specifica dal terrorista e perviene a metamorfosi o a situazioni di pseudomorfismo: nella forma del partigiano si introducono, cioè, contenuti, magari irriducibili alla forma, con la conseguenza che la vecchia forma contiene il compiutamente nuovo e diverso. Il momento in cui secondo Schmitt si passa all'ultimo stadio del partigiano ed al suo possibile corollario, il terrorista, è individuabile agli inizi degli anni '60 in Algeria con la nascita dell'OAS (54) e con Salan: i prodromi, sempre secondo Schmitt, sono però da ricondursi alla teorizzazione di Lenin, sul rivoluzionario di professione. È ovvio che il partigiano, anche nello stadio ultimo, può mantenere le sue caratteristiche e non tramutarsi in terrorista; può sempre rimanere un *vero partigiano*, in quanto conosce il *vero nemico*; un classico esempio è il caso di *Camilo Torres Restrepo* in Columbia. Ma dovrebbe essere chiaro che i percorsi del partigiano sono molteplici, proprio ed in virtù, della sua caratteristica principale, l'irregolarità, appunto. Forse, alcuni degli ultimi sussulti del *vero partigiano*, si sono verificati in America Latina. Resta da vedere se una nuova figura di partigiano, non più territoriale, ma a livello planetario, sia pur sempre possibile, forse, sotto *nuove* maschere.

Come combattere, a chi volete appoggiarvi?
Karl Radek (1923)

8. Il problema del "terzo" interessato: l'ospite necessario. L'esistenza di un "terzo interessato" (al limite anche meramente virtuale, ma comunque necessaria), è il perno su cui poggia la figura del partigiano "classico" o, forse del partigiano *tout court*: già la guerra partigiana in Spagna contro Napoleone, che costituisce il termine *a quo* che segna l'inizio della figura del partigiano classico e delle sue caratteristiche di lotta sotto il profilo tattico e strategico, è strettamente collegata alla figura del terzo che appoggia il partigiano militarmente o economicamente od anche solo in modo virtuale; nel caso "la potenza marittima dell'Inghilterra e la stessa monarchia spagnola, anche se tiepidamente, oscillante tra la fedeltà tradizionale al proprio essere ovvero con il tentativo di ritagliarsi una fetta di legalità attraverso negoziati, concessioni o tentativi di *agreement* con la potenza occupante". Il partigiano non può sopravvivere se non sia assistito da un terzo, in un contesto politico, in oggi, che ne dia la possibilità. (55) Ricorda Schmitt, che i partigiani in Vietnam (allora Indocina), durante la guerra con la Francia venivano aiutati e sostenuti da Cina e Russia e che nella seconda guerra mondiale, Tito poté lucrare sulle diverse impostazioni che la Russia e l'Inghilterra volevano dare alla guerra partigiana e finendo di speculare sulle rivalità delle potenze alleate. Salan, invece, ebbe a trovarsi in una situazione in cui era diventato praticamente solo: da una parte, infatti, vi era il nemico Algerino, dall'altra, il suo stesso Stato, la Francia, gli era divenuto nemico, né erano

disponibili terzi interessati, in quanto i fatti accaddero proprio nell'epoca delle decolonizzazioni e a livello internazionale non vi erano potenze che trovassero utile sostenerlo; da ciò la sua nemesi infausta ed anche una qualche aura di relativa nobiltà, con la scelta di rinunciare a difendersi (anche se la strategia del suo avvocato, che sfruttò al meglio la leggendaria figura di combattente di Salan, gli evitò la condanna a morte). Proprio l'esistenza del terzo interessato fa sì che il nemico sia solo il vero nemico e non solo un *hors la loi* ed il partigiano è la testimonianza che si può essere nemici senza che ciò comporti la qualifica di nemico assoluto e senza il *labelling* di criminale. L'esistenza del terzo interessato è fondamentale per l'esistenza del partigiano stesso, che deve pur sempre riferirsi ad un terzo, fosse pure un'entità allo stato nascente, come un gruppo politico in fieri o un governo insurrezionale o un partito rivoluzionario; ed invero il partigiano, ha sempre bisogno di una *forma di legittimazione*; non può il partigiano essere partigiano di se stesso (come l'Anarca o il Ribelle jungeriani), o dilatarsi sino ad essere un *partigiano dello spirito del mondo* come Bruno Bauer e Max Stirner, o prendere l'aspetto delle "*moltitudini desideranti*" di Toni Negri e Michael Hardt. La figura del terzo è *coesenziale* alla figura del partigiano, fino a che i sussulti rovinosi ed incontrollati dell'ultimo stadio dei conflitti, non diano la vittoria al terrorista, rispetto al partigiano. Fino ad allora, il terzo *sarà un ospite necessario e non un invitato di pietra*; e ciò era già evidente nel 1808, quando in Spagna scoppiò la rivolta antinapoleonica.

Chi potrà impedire che in maniera analoga, ma in maniera infinitamente più grande sorgano nuovi e inattesi tipi di inimicizia, il cui realizzarsi susciterà inattese forme di un nuovo partigiano?
Carl Schmitt

9. Conclusioni. Attualità di Carl Schmitt?

Se ci accostiamo ad una lettura di Schmitt di tipo "teologico" (come pare suggerire lo stesso autore), e cioè come ad un'opera di "teologia politica", il partigiano avrebbe, ancora e pur sempre, una *funzione*. Per Schmitt la società ed in particolare dall'inizio sconvolgente delle guerre di religione e a partire dall'andata in frantumi di quel diritto internazionale europeo (*lo jus publicum Europaeum*) che aveva caratterizzato il periodo delle "guerre in forma" o delle "guerre delle Cancellerie", è stata ed è ancora alla ricerca di una forza che si opponga all'avvento di un universale nichilismo del potere senza alcun freno; è forse azzardato rintracciarla nel partigiano, quando si *contrapponesse* alla figura del terrorista? Che allora il partigiano sia ancora, ed a tutt'ora, il potere che frena, il *katechon*, come san Paolo (II Tessalonicesi, 2, 2 - 8) definisce il potere che trattiene la venuta del dominio nichilistico dell'*Anomos*, privo di ogni legge? (56) È in tale ottica di pensiero che si pone lo stesso Schmitt; sotto il profilo socio - antropologico dell'oggi, la guerra diventa totale ed il partigiano può, poco a poco, trasformarsi in terrorista, ogni volta che nella sua struttura concettuale si formano endiadi esistenziali e valutative asimmetriche e che descrivono e denotano l'avversario in "*modo diseguale*" come ad esempio, prima tra greci e barbari, poi tra cristiani e pagani e in ultima istanza, tra "uomo e non uomo" o tra "super uomo e sotto uomo". Il potenziale assertivo di tali concetti fa sì che l'uomo, nella comprensione dell'umano, "veda solo un termine di paragone a lui del tutto estraneo e privo di ogni valore", anche "solo come uomo". (57) Le considerazioni di Schmitt hanno allora il valore di profezia quando evidenziano come l'ostilità raggiunga il suo punto di ebollizione nelle guerre civili; "si criminalizza e si mette *hors-la-loi*, l'avversario e allo stesso tempo questi non viene più riconosciuto"

come essere umano, ma come il perturbatore, il distruttore o “come l'ultimo ostacolo alla pace mondiale e che quindi deve essere eliminato”. (58) Fatto sta che, ancora oggi, l'analisi schmittiana continua a dare indicazioni per riflessioni su evoluzioni o involuzioni giuridico – politiche della categoria del partigiano; il vero partigiano non potrà mai trasformarsi in un terrorista o in un nichilista assoluto. Allora si potranno, proprio nel concreto emergere dei fatti e delle situazioni, verificare le prognosi di Schmitt sul possibile “destino” dell'uomo, auspicato nel “Dialogo sul potere”. (59) Come è stato notato, (60) Schmitt non poteva certamente sapere della società attuale, sempre più priva di regole e perciò, spinta ad un'affannosa ricerca di un qualsivoglia sia, *nomos*. Inoltre, uno dei motivi dell'attualità di Schmitt sta nell'ovvia constatazione che quasi tutte le guerre intervenute dal 1945 ad oggi hanno assunto la forma di guerre partigiane o hanno fatto, in gran parte propri i metodi della guerra partigiana, e ciò per equilibri tra superpotenze, creati da un reciproco terrore, derivante dal possesso di armi totalmente distruttive. Se il partigiano diventa o ri – diventa un difensore di diritti di libertà, contrapponendosi al terrorista nichilista, che deve annientare il (presunto) male assoluto, allora la figura del partigiano sarà, nuovamente, quella che si oppone al trionfo del nichilismo, in difesa della naturale per l'uomo, gioia di vivere, senza ideologiche costrizioni. Possiamo dire che il “Don Capisco” (61) ha veramente cercato di “dare l'esatto nome alle cose” nel tentativo di *ri - costruire*, dopo averla *de-costruita*, una figura del partigiano, consapevole, finalmente, della necessità di dovere, prima e al di là di ogni impegno etico – sociale, individuare il “vero nemico”, per trovarsi di fronte ad un “vero nemico” e mai ad un “nemico assoluto”, se non si vorrà ritornare in quello stato di guerra imbarbarita, che lo “*jus publicum Europaum*” aveva cercato, anche se in forme *ancien régime*, e non ideologiche, di frenare e mitigare. Invero, il partigiano conosce ed ha la comprensione dei limiti alla sua guerra perché “ha un vero nemico, ma non un nemico assoluto. Ciò deriva dal suo carattere politico” e dalle sue caratteristiche “telluriche” per cui difende un territorio ed ha una funzione difensiva, ed una impostazione di questo tipo “*determina anche una fondamentale limitazione dell'inimicizia*. Il vero nemico non viene considerato un nemico assoluto, e nemmeno un nemico dell'umanità in generale”. Oggi ciò è ancora vero? (62) In ogni caso, ed è questo l'importante, un *discrimen* di carattere politico – giuridico, tra partigiano e terrorista, può pur sempre rintracciarsi: ma tenendo presente il fatto che “*la teoria del partigiano sfocia nel concetto del Politico*, nella domanda su chi sia il vero nemico e in un nuovo *nomos della terra*”. (63) Quello che *si deve temere* è una *escalation* incontrollata dell'inimicizia in quanto “*l'inimicizia diventa così terribile che forse non è nemmeno del tutto lecito parlare di nemico e inimicizia; entrambi questi concetti sono addirittura condannati e banditi formalmente prima che possa cominciare l'opera di annientamento: anzi l'annientamento diventa del tutto astratto ed assoluto*”. (64) La riflessione si viene ad appuntare su quello che è il vero partigiano, e ancor più, sull'ultimo stadio della teoria e, mentre il vero nemico è una categoria che si inquadra nella visione classica del partigiano, il suo ultimo stadio prevede *possibili* scenari del tutto oscuramente inquietanti e si intravedono, dietro al partigiano, nuove figure che solo per abitudine tralattizia possiamo assimilarli: si pensi al terrorista internazionale, al terrorista fondamentalista, al kamikaze. Nella teoria schmittiana del diritto e della politica, si può approdare ad un punto fermo: se è vero che i concetti giuridici e politici sono concetti teologici secolarizzati, è anche vero che la politica ed il diritto, riguardano l'uomo e il suo destino collettivo e individuale, e con una sorta di escatologia politica, allora, l'uomo può divenire,

senza utopistici miraggi, uomo per l'altro uomo, né *homo homini lupus*, né *homo homini deus*, ma *homo homini homo*; ed essere uomo (per l'uomo) è, per Schmitt, “pur sempre una decisione”. (65) Il vero partigiano è colui *che conosce* il vero nemico, che è, paradossalmente, ma oggettivamente, quell'avversario con cui ci si *scontra* e, quindi, con cui ci si *incontra*, e che, pertanto, potrà nuovamente aspirare ad essere “l'ultima sentinella della terra” (66) e, in un certo senso l'ultimo difensore del “*progetto speranza*” dell'umanità, di fronte al dilagare della barbarie; allora per una conoscenza delle *categorie politiche dell'oggi*, un'opera come la “*Teoria del partigiano*”, come *chiave di lettura* della contemporaneità, viene a rivestire carattere di essenzialità conoscitiva, almeno fino a quando gli uomini, pur nei più radicali dei conflitti, *ma nell'umanissimo (anche se, magari, vano) tentativo di mitigarli*, non abbiano a rendersi conto, contrariamente al detto originario e con una ermeneutica in contrasto, che (forse) “*l'inchostro degli scrittori è più gradito a Dio del sangue dei martiri*”.

Note:

- (1) Se non fosse una banalità (forse) di cattivo gusto, si potrebbe dire che si tratta di materia conflittualmente esplosiva! Inoltre, è chiaro, che il *rischio* di questo lavoro è quello di *non essere capiti*; troppe risonanze emotive ha da noi, ancora oggi, la *parola* partigiano. È evidente che qui non si parla del partigiano italiano e del movimento di Resistenza, se non *incidenter*, ma si tratta del *partigiano* come di una peculiare *costante del conflitto armato*; lo stesso Schmitt si si è del tutto (o quasi) disinteressato del partigiano italiano di questo periodo
- (2) La difficoltà connessa all'esame di temi a carattere *co - involgente*, è particolarmente elevata: è, però, opportuno guardare in faccia la realtà e, come dice Carl Schmitt, “*chiamare le cose con il loro nome*”.
- (3) Carl Schmitt, trad. it., *Teoria del partigiano. Integrazione al concetto del Politico*, con una postfazione di Franco Volpi, *Ultima sentinella della terra*, Adelphi, Milano, 2012. Il libro costituisce un vero e proprio trattato di filosofia politica del conflitto, anche nei suoi aspetti giuridici, sulla base della analisi della fondamentale coppia di opposti *amico/nemico* e su di una teoria del conflitto, che si potrebbe dire *dialettica*, in quanto il rapporto conflittuale può sfociare nella sintesi “*guerra o pace*”, che sono le due modalità di “*risoluzione*” del conflitto stesso, ed esaminata sotto un profilo propriamente giuridico – politico, nella consapevolezza della crisi finale dello *jus publicum Europaum* (quell'embrionale diritto internazionale dell'Europa, distrutto dal progredire della *modernità occidentale* e ripercorso, con una sorta di accorato rimpianto, da Carl Schmitt), alla soffusa e sulfurea luce crepuscolare dei bagliori del suo tramonto.
- (4) “... e solo, in parte, vidi il Saladino”. (Dante, Inferno, IV).
- (5) “... e un Marcel diventa ogni villan che parteggiando viene”. (Dante, Purgatorio, VD).
- (6) Proprio in questo periodo, la guerra partigiana viene definita come *gueriglia* e cioè piccola guerra, condotta da chi si sottrae allo scontro aperto e adotta tattiche di combattimento che in gran parte si fondano sulla sorpresa, sulla mobilità e, in sostanza, nel tenere le forze armate regolari continuamente sotto pressione; e così le tattiche della gueriglia e la sua strategia sono diverse dallo scontro in campo aperto tra due eserciti contrapposti. Vero è, però, che in oggi, anche gli eserciti regolari si servono di tattiche, fino a qualche tempo fa, di competenza esclusiva del guerrigliero o del partigiano.
- (7) L'insurrezione vandeana (che inizia nel 1793) ha molti aspetti che prefigurano le forme politico – militari del partigiano classico, se non altro sotto il profilo della *irregolarità* e della *terriorialità*, mentre l'individuazione del fondamentale rapporto con il terzo interessato è già più problematica, salvo ipotizzare un collegamento con l'Inghilterra o con superstiti resistenze monarchiche contro la Repubblica. Sulla “*guerra di Vandea*”, si vedano: Caio Gracco Babeuf, trad. it., *La guerra della Vandea e il sistema dello spopolamento*, Effedieffe Edizioni, Milano, 1989; Pierre Gaxotte, trad. it., *La rivoluzione francese*, Mondadori, Milano, 2004. In letteratura: Victor Hugo, trad. it., *Novantatré*, Mondadori, Milano, 1994.
- (8) Carl Schmitt, trad. it., *Ex captivitate salus*, Adelphi, Milano, 1987.
- (9) Jacob Taubes, trad. it., *In divergente accordo*, Quodlibet, Macerata, 1996.
- (10) Carl Schmitt, trad. it., *Clausewitz come pensatore politico. Cenni e osservazioni*, in *Stato, grande spazio, nomos*, Adelphi, Milano, 2015, pp. 369 e ss.
- (11) Carl Schmitt, trad. it., *Dialogo sul partigiano* (con Joachim Schickel), in *Stato, grande spazio, nomos*, Adelphi, Milano, 2015, pp. 413 e ss. .

- (12) Carl Schmitt, trad. it., *Dialogo sul nuovo spazio*, in *Stato, grande spazio, nomos*, Adelphi, Milano, 2015, pp. 303 e ss.
- (13) Carl Schmitt, trad. it., *Terra e mare. Una riflessione sulla storia del mondo*, Adelphi Milano, 2002.
- (14) Carl Schmitt, trad. it., *Teoria del partigiano*, cit., p. 40.
- (15) Schmitt si riferisce all'editto prussiano del 1813, come alla "Magna Charta Libertatum" del partigiano. Il tentativo concreto era quello di *normare* una materia che, proprio per il suo carattere di irregolarità, mal si prestava ad una *normazione*; vero è che i prussiani, già alla metà del 1813, abrogarono l'editto!
- (16) È forse inutile dire che il lavoro di von Clausewitz (pubblicato nel 1832, dopo la morte dell'autore) ha ispirato la prassi politico - rivoluzionaria di molti rivoluzionari di professione? E ciò a partire da Marx ed Engels, tramite Lenin, Mao Zedong, Ho Chi Minh e Vu Nguyen Giap, fino a Che Guevara ed allo stesso Salan (nel fallimentare tentativo di porre in essere tattiche rivoluzionarie in ambito controrivoluzionario), per arrivare ai tupamaros, ai talebani, ai moderni kamikaze o ai jihadisti, et cetera.
- (17) Quasi per una sorta di *legge del contrappasso* (o di una perversa eterogeneità dei fini?), viene ricordato da alcuni autori che von Clausewitz insegnò per qualche tempo alla Scuola di Guerra di Berlino, ma ne venne ben presto allontanato, per la scarsa attitudine al mantenimento della disciplina dei discenti; il che però, detto per il precursore dei concetti di guerra rivoluzionaria o di guerra irregolare, avrebbe potuto essere quasi un presagio delle fortune future della figura del partigiano!
- (18) Carl Schmitt, trad. it., *Teoria del partigiano*, cit., pp. 95 – 132.
- (19) L'importanza di tali concetti è essenziale per la comprensione della tattica e strategia del partigiano, in particolare per la cd. "guerra psicologica" e che poi, nell'epoca delle decolonizzazioni e delle guerre civili locali e della guerra strisciante mondiale, è stata ed è oggetto di studio anche dei teorici della controguerriglia.
- (20) L'editto sul *Landsturm* è del 13 aprile 1813
- (21) Carl Schmitt, trad. it., *Teoria del partigiano*, cit., p. 26.
- (22) Sulla guerriglia tra i Vietcong e i francesi in Indocina, conclusasi con la battaglia di Dien Bien Phu, del 1954, si dovrebbe segnalare un poco conosciuto film di Pierre Schoendoerffer, *La 317ème section*, apparso in Italia con un titolo (sufficientemente) fuorviante e che contiene la celebre (in quanto ripresa dal più noto *Apocalypse Now Redux*, di Francis Ford Coppola, in versione integrale), *prova dell'uovo*, che è un chiarissimo e trasparente apologo talmente pertinente, da un punto di vista geopolitico, che giustifica di per sé solo la visione dei due film.
- (23) Carl Schmitt, trad. it., *Terra e mare. Una riflessione sulla storia del mondo*, cit.
- (24) Avner, trad. it., *Memorie di un terrorista*, Mondadori, Milano, 1967.
- (25) Carl Schmitt, trad. it., *Teoria del partigiano*, cit., p. 98
- (26) Eric J. Hobsbawm, trad. it., *Gente non comune*, Rizzoli, Milano, 2013, p. 262
- (27) Carl Schmitt, trad. it., *Teoria del partigiano* cit., p. 34
- (28) Eric J. Hobsbawm, trad. it., *Gente non comune*, cit., pp. 251 e ss.
- (29) Eric J. Hobsbawm, trad. it., *Gente non comune*, cit., pp. 219 – 248.
- (30) Eric J. Hobsbawm, trad. it., *I banditi*, Einaudi, Torino, 2002.
- (31) Chi scrive ha avuto l'onore (e ciò è detto senza retorica), di poter intrattenersi in conversazione, per un intero pomeriggio e, peraltro, del tutto casualmente, con Giovanni Pesce (Visone), uno dei capi dei Gap a Torino e a Milano. Per lui i compiti che gli erano assegnati rientravano in una sorta di dovere ideologico, e le azioni sue e dei suoi compagni venivano svolte come una sorta di *impegno etico*, ma senza dimenticare la necessità di agire con dignitoso coraggio, in parole povere, senza odio per il nemico e senza alcun individualistico compiacimento di se stessi. In tale circostanza l'impressione fu quella di avere di fronte a sé una persona estremamente equilibrata e priva di ogni animosità e risentimento, forse un po' delusa dalle vicende del dopoguerra e, anche per gli argomenti che più lo avevano coinvolto o toccato, sempre parlandone con una sorta di calma tranquillità: così ad esempio trattando della complessa ed oscura vicenda che aveva portato alla morte di Bonaventura Durruti.
- (32) Stenio Solinas, *Il corsaro nero. Henry de Monfreid l'ultimo avventuriero*, Neri Pozza, Vicenza, 2015.
- (33) Sul diritto di resistenza, si veda il bel lavoro di Michele Marchesiello, *Diritto di Resistenza. Come fare la rivoluzione attraverso il diritto*, EGA, Torino, 2013.
- (34) Natalino Ronzitti, voce *Guerra*, in *Digesto, Quarta Edizione, Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. VIII, Utet, Torino, 1993, pp. 16 e ss.
- (35) Pietro Pinna, voce *Guerra (stato di)*, in *Digesto, Quarta Edizione, Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. VIII, Utet, Torino, 1993, pp. 49 e ss.
- (36) Alessandro Marazzi, *Nozioni di diritto bellico*, Giappichelli, Torino, 1985.
- (37) Ciò verrebbe a contrastare con tutto il diritto internazionale europeo in materia di guerra, all'incirca fino a tutto il 1800; il mercenario, infatti, non poteva spingersi oltre ad un certo punto nella violenza, almeno contro i mercenari avversari, suoi pari e, magari, contigui.
- (38) L'impegno politico totale, era già stato teorizzato, a prescindere da Lenin, da Mao prima e subito dopo, da Ho Chi Minh e da Vu Nguyen Giap.
- (39) Carl Schmitt, trad. it., *Teoria del partigiano*, cit., p. 99.
- (40) Eric J. Hobsbawm, trad. it., *Gente non comune*, cit., pp. 262 – 263.
- (41) Carl Schmitt, trad. it., *Teoria del partigiano*, cit., p. 97.
- (42) Carl Schmitt, trad. it., *Teoria del partigiano*, cit., p. 104.
- (43) Carl Schmitt, trad. it., *Teoria del partigiano*, cit., p. 111.
- (44) Carl Schmitt, trad. it., *Teoria del partigiano*, cit., p. 112.
- (45) La milizia popolare nazionalsocialista, costituita negli ultimi mesi della guerra.
- (46) Il *Werwolf* o *Wèhrwolf* (lupo mannaro) avrebbe dovuto essere una organizzazione di guerriglia tedesca reclutata in prevalenza tra giovani e giovanissimi, che avrebbe dovuto operare nei territori occupati dagli Alleati nei primi mesi del 1945, ma che fu, praticamente, inattiva.
- (47) Carl Schmitt, trad. it., *Teoria del partigiano*, cit., pp. 57 – 58.
- (48) Vedi per tutti, Ernst Junger, trad. it., *La mobilitazione totale*, in *Foglie e pietre*, Adelphi, Milano, 1997.
- (49) Carl Schmitt, trad. it., *Teoria del partigiano*, cit., p. 124.
- (50) Miguel Martinez ha dato una bella descrizione della (possibile) intercambiabilità dei ruoli tra mercenario, ribelle, rivoluzionario e partigiano, che sono *forme* che possono anche *coesistere* in un unico soggetto; per quel che qui interessa potremo dire che il terrorista è un partigiano il cui impegno ideologico è inesistente ed allora può confondersi con il mercenario, ovvero il cui impegno ideologico - politico o esistenziale - religioso, si è del tutto "assolutizzato", tanto da sfociare in un nichilismo totale (Miguel Martinez, *La Dama delle risaie*, nel sito web Kelebek).
- (51) Carl Schmitt, trad. it., *Teoria del partigiano*, cit., pp. 87 e ss.
- (52) Carl Schmitt, trad. it., *Teoria del partigiano*, cit., p. 125.
- (53) Carl Schmitt, trad. it., *Teoria del partigiano*, cit., p. 127.
- (54) Carl Schmitt, trad. it., *Teoria del partigiano*, cit., pp. 86 – 94.
- (55) Carl Schmitt, trad. it., *Teoria del partigiano*, cit., p. 105.
- (56) Massimo Cacciari, *Il potere che frena*, Adelphi, Milano, 2013. Anche il terrorista è, in un certo senso, *maschera* dell'*anomos*, del senza legge o dell'oltre la legge.
- (57) Carl Schmitt, trad. it., *La rivoluzione legale mondiale. Plusvalore politico come premio alla legalità e super legalità giuridica*, in *Stato, grande spazio, nomos*, Adelphi, Milano, 2015, pp. 477 – 478.
- (58) Carl Schmitt, trad. it., *La contrapposizione planetaria tra Oriente e Occidente e la sua struttura storica*, in *Il nodo di Gordio. Dialogo su Oriente e Occidente nella storia del mondo* (con Ernst Junger), Il Mulino, Bologna, 1987.
- (59) Carl Schmitt, trad. it., *Dialogo sul potere*, Il Melangolo, Genova, 2006.
- (60) Franco Volpi, *L'ultima sentinella della terra* (postfazione), in Carl Schmitt, trad. it., *Teoria del partigiano*, cit., pp. 159 e ss.
- (61) Come Ernst Junger chiamava scherzosamente Schmitt.
- (62) Carl Schmitt, trad. it., *Teoria del partigiano*, cit., pp. 128 – 129.
- (63) Carl Schmitt, trad. it., *Teoria del partigiano*, cit., p. 132.
- (64) Carl Schmitt, trad. it., *Teoria del partigiano*, cit., p. 131.
- (65) In questi termini è la conclusione di Carl Schmitt, trad. it., *Dialogo sul potere*, cit.
- (66) Sul concetto di partigiano: Carl von Clausewitz, trad. it., *Sulla guerra*, 2 voll., Mondadori, Milano, 1970; Bernard Law Montgomery di Alamein, trad. it., *Storia delle guerre*, Mondadori, Milano, 1980; Gaston Bouthoul, trad. it., *Le guerre. Elementi di polemologia*, Longanesi, Milano, 1961; W. Bruce Lincoln, trad. it., *I bianchi e i rossi. Storia della guerra civile russa*, Mondadori, Milano, 1991; Ernesto Che Guevara, trad. it., *Opere*, 3 voll., Feltrinelli, Milano, 1968 – 1969; Werner Hahlweg, trad. it., *Storia della guerriglia. Tattica e strategia della guerra senza fronti*, Milano, 1973; Tommaso Argiolas, *La guerriglia. Storia e dottrina*, Sansoni, Firenze, 1967; Thomas E. Lawrence, trad. it., *I sette pilastri della saggezza*, Bompiani, Milano, 1949; Gastone Breccia, *L'arte della guerriglia*, Il Mulino, Bologna, 2013. Adde: Karl Marx e Friedrich Engels, trad. it., *Opere complete*, 50 voll., Editori Riuniti Roma, 1972 – 1992; Lenin, trad. it., *Stato e rivoluzione. La dottrina marxista dello Stato e i compiti del proletariato nella rivoluzione*, Editori Riuniti, Roma, 1996; Mao Zedong, trad. it., *Opere*, 26 voll., Rapporti Sociali, Milano, 1991 – 1994; Gyorgy Lucas, trad. it., *Storia e coscienza di classe*, Sugar, Milano, 1971. Per la storia della resistenza italiana e per la guerra partigiana: Roberto Battaglia, *Storia della Resistenza in Italia*, Einaudi, Torino, 1953. Per una valutazione etico - politica della Resistenza in Italia: Norberto Bobbio e Claudio Pavone, *Della guerra civile. La Resistenza a da due voci*, Bollati Boringhieri, Torino, 2015. Dalla parte di Salò, un diario anonimo (l'autore era indicato come Capitano

S. A.) dal titolo, *Con queste mani*, Sugar, Milano, 1973: il libro era stato pubblicato con l'espressa intenzione dell'editore di far conoscere la reale asprezza. per usare un eufemismo, con cui veniva eseguita la repressione nei confronti delle forze partigiane da parte della polizia politica di Salò, a cavallo tra il 1944 e il 1945 e con tecniche di controguerriglia, volta a volta, estremamente brutali o particolarmente sofisticate. Sulle traiettorie della guerra partigiana nel contesto della seconda guerra mondiale e con riferimento alla Francia, si si veda la relazione scritta, per incarico del Comando Militare tedesco a Parigi, quasi a futura memoria, da Ernst Junger, trad. it., *La questione degli ostaggi. Parigi 1941 – 1942*, Guanda, Parma, 2012, che reca, in appendice, la famosa (e priva di ogni infingimento retorico), lettera di Guy Moquet.

Tra le innumerevoli opere letterarie sul partigiano e sulla guerra partigiana, visto che il saggio di Schmitt, inizia con riferimento alle campagne militari di Napoleone, si deve far riferimento a Lev Tolstoj, trad. it., *Guerra e pace*, Garzanti, Milano, 1974; con riferimento alla Spagna, per un'efficace descrizione dell'ambiente e della psicologia dei personaggi, i dimenticati lavori di Ramon del Valle – Inclan, trad. it., *I romanzi della guerra carlista*, 3 voll., Rizzoli, Milano, 1960 che trattano di una specifica guerriglia rurale; Ernest Hemingway, trad. it., *Per chi suona la campana*, Mondadori, Milano, 1946. Per un'opera di grande letteratura, essenziale per la figura del partigiano ed il suo "immaginario": Beppe Fenoglio, *Il partigiano Johnny*, Einaudi, Torino, 2005 (libro che non disdegna un confronto joyceano, e contiene una descrizione antiretorica della figura del *partigiano classico* e del *vero partigiano*); id., *I ventitré giorni della città di Alba*, Einaudi, Torino, 2013; Elio Vittorini, *Uomini e no* Mondadori, Milano, 2001; Cesare Pavese, *La luna e i falò*, Einaudi, Torino, 2005; Italo Calvino, *Il sentiero dei nidi di ragno*, Einaudi, Torino, 1964; è da segnalare il volume autobiografico di Giovanni Pesce, *Senza tregua. La guerra dei GAP*, Feltrinelli, Milano, 2013. Adde: Giovanni Battista Lazagna, *Ponte rotto*, Sapere Ed., Milano, 1972; per i lettori genovesi, don Berto Ferrari, *Sulla montagna con i partigiani*, Sagep, Genova, 1982. *Ex altera parte*: Roberto Vivarelli, *La fine di una stagione. Memoria 1943 – 1945*, Il Mulino, Bologna, 2013; Carlo Mazzantini, *A cercar la bella morte*, Marsilio, Venezia 1995; Giose Rimaneli, *Tiro al piccione*, Einaudi, Torino, 1991, *antea* Mondadori, Milano, 1953; dal libro era stato tratto un film di Giuliano Montaldo. Bertolt Brecht, trad. it., *La linea di condotta*, in *Teatro*, Einaudi, Torino, 1963, per una "classica" descrizione "didascalica" della figura del rivoluzionario di professione.

*Natura, cultura e società. Lineamenti per una ricerca antropologica sulle istituzioni. Il pater familias: dalla nascita della famiglia al tramonto del padre.**

Marcello Castiglione

Magistrato, Corte d'Appello di Genova

Sommario: 1. *Bibliografia essenziale.* – 2. *Famiglia cultura e società.* – 3. *Il ratto delle Sabine come paradigma etnografico.* – 4. *L'“Oresteia” o le metamorfosi del diritto.* – 5. *Il padre e il suo tramonto?* – 6. *Il “complesso di Telemaco”.* Una conclusione.

*Come tutte le questioni sull'origine delle istituzioni,
si tratta di una questione essenzialmente di psicologia popolare,
non di un fatto meccanicistico.*

Thorstein Veblen

*Ma ogni cultura ha le sue visioni del mondo,
che sono state plasmate da esigenze conoscitive specifiche e che dunque non
sono né devono essere necessariamente valide per altre culture.*

Giorgio Raimondo Cardona

1. Bibliografia essenziale.

U. Fabietti, *Elementi di antropologia culturale*, Mondadori, Milano, 2013; Tylor, *Maine*, McLennan, Lubbock, Morgan, *Alle origini dell'antropologia* (a cura di Ugo Fabietti), Boringhieri, Milano, 1980; J. G. Frazer, *Matriarcato e dee – madri*, Mimesis Edizioni, Milano, 2014; J. G. Frazer, *Il ramo d'oro. Studio della magia e della religione*, 2 voll., Einaudi, Torino, 1950; J. J. Bachofen, *Il Matriarcato. Storia e Mito tra Oriente e Occidente*, Christian Mannelli Edizioni, Milano, 2003; B. Malinowski, *Sesso e repressione sessuale tra i selvaggi*, Bollati Boringhieri, Torino, 2013; B. Malinowski, *Teoria scientifica della cultura e altri saggi di antropologia*, Pgreco, Milano, 2013; F. Ost, *Mosè, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, Il Mulino, Bologna, 2007; L. Mancini, *Introduzione all'Antropologia Giuridica*, Giappichelli, Torino, 2015; F. Remotti, *Contro natura. Una lettera al Papa*, Laterza, Roma – Bari, 2008; M. Recalcati, *Il complesso di Telemaco. Genitori e figli dopo il tramonto del padre*, Feltrinelli Editore, Milano, 2014; M. Recal-

* È appena il caso di dire che il saggio odierno del dott. M. Castiglione è un lavoro di antropologia giuridica e, come tutte le opere e le ricerche di antropologia culturale, prende in esame gli aspetti sociali della vita e delle dinamiche interculturali dei gruppi e delle formazioni umane, privilegiando l'aspetto socio culturale rispetto a quello meramente naturalistico, con riguardo alla forme e alle strutture istituzionali umane ed alle loro funzioni; ciò non vuol dire che il dato naturalistico non abbia rilevanza: si tratta solo, nel caso, di diversi angoli di visualizzazione, di approccio e descrittivi. Nell'ambito delle ricerche di antropologia giuridica non vengono minimamente dati, proposti od offerti giudizi di valore sulle varie istituzioni; si descrive solo la struttura, la funzione e l'evoluzione storica delle istituzioni stesse. Ciò è cosa ovvia, ma va ribadita per evitare inutili, anche se possibili, illusioni.

Le poche note al testo ed un minimo contributo di editing, più che altro per conformare il testo stesso agli abituali standard della Rivista, sono opera della Redazione.

cati, *Il segreto del figlio, da Edipo al figlio ritrovato*, Feltrinelli Editore, Milano, 2017; E. Cantarella, *L'ambiguo malanno*, Feltrinelli Editore, Milano, 2010; E. Cantarella, *Non sei più mio padre. Il conflitto tra genitori e figli nel mondo antico*, Feltrinelli Editore, Milano, 2015; F. Engels, *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello stato*, Shake Edizioni, Milano, s. d.; M. Gimbutas, *Le dee e gli dei dell'antica Europa. Miti e immagini del culto*, Stampa Alternativa, Viterbo, 2016; T. Veblen, *Il Matrimonio. Le vere origini della proprietà*, Castelvecchi, Roma, 2015; E. Zolla, *Archetipi Aure Verità segrete Dioniso errante. Tutto ciò che conosciamo ignorandolo*, Marsilio, Venezia, 2016; *Giuristi nati. Antropologia e diritto romano* (a cura di Aglaia McClintock), Il Mulino, Bologna 2016; N. Rouland, *Antropologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1980; A. Paltrinieri Casella, *Lineamenti essenziali di storia della antropologia culturale*, I. S. U., Milano, 2000; C. Geertz, *Interpretazione di culture*, Il Mulino, Bologna, 1998; A. Carandini, *La nascita di Roma. Dei, lari, eroi e uomini all'alba di una civiltà*, Mondadori, Milano, 2010; U. Mantell, *Piccola storia del peccato*, Longanesi, Milano, 1956; A. Tullmann, *Costumi sessuali dei popoli primitivi*, Edizioni Mediterranee, Roma, 1961; A. Biscardi, *Diritto greco antico*, Giuffrè, Milano, 1982; R. Volpe, *La fine della famiglia, La rivoluzione di cui non ci siamo accorti*, Mondadori, Milano, 2007; R. Volpe, *La nostra società ha ancora bisogno della famiglia? Il caso Italia*, Vita e Pensiero, Milano, 2014; S. Freud, *Introduzione allo studio della Psicanalisi (Prima Serie e Nuova Serie)*, Astrolabio, Roma 1965; C. G. Jung, *Psicologia e educazione*, Bollati Boringhieri, Torino, 1979; A. Van Gennep, *I riti di passaggio*, Bollati Boringhieri, Torino, 2012; R. Del Ponte, *Dei e miti italici*, E. C. I. G., Genova, 1985; J. P. Sonnet, *Generare è narrare*, Vita e Pensiero, Milano, 2015; R. Sacco, *Antropologia giuridica. Contributo ad una microstoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2007; L. Scillitani, *La filosofia del diritto di famiglia nell'antropologia*, Rubbettino Editore, Soveria Mannelli, 2015; L. Scillitani, *Studi di antropologia giuridica*, Jovene, Napoli, 1996; B. Biondi, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1972; P. De Francisci, *Sintesi storica del diritto romano*, M. Bulzoni, Roma, 1968; S. Tokarev, *Le religioni del mondo antico*, 2 voll., Teti editore, Milano, 1981; A. Schiavone, *Ius: l'invenzione del diritto in Occidente*, Einaudi, Torino, 2005; A. Donini, *Breve storia delle religioni*, Newton Compton, Roma, 2010; T. Mommsen, *L'impero di Roma*, il Saggiatore, Milano, 2016.

Si osservi da ultimo che né paterfamilias, né filiusfamilias, sono termini di parentela.

Pietro Bonfante

2. Famiglia, cultura e società.

L'art.29 della Costituzione recita che "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio". Quanto al riconoscimento della famiglia e dei suoi diritti, nulla da obiettare. Sul fatto invece che la famiglia sia fondata sul matrimonio e – soprattutto – che sia una società naturale qualche obiezione pare possibile. Le obiezioni nascono dalla stessa legge che recentemente ha introdotto nel nostro ordinamento i contratti di convivenza e le unioni civili tra persone dello stesso sesso, infrangendo quindi i tabù che costituivano il baluardo della nozione tradizionale di famiglia (Legge 20.05.16 n.76). A ben vedere la famiglia, o meglio la famiglia nell'accezione in cui la intendeva la nostra cultura come società elementare costituita dall'unione di un uomo e di una donna fondata sul vincolo matrimoniale, non ha nulla di assoluto, di cogente o di naturale. La naturalizzazione della famiglia rappresenta soltanto un modo di assolutizzare o

quantomeno di stabilizzare un certo tipo di famiglia, quello appartenente alla nostra cultura e condiviso dalla nostra società: è in sostanza – come dice Francesco Remotti – un modo di far apparire come un dato naturale quello che è soltanto un prodotto culturale, una finzione volta a celare le operazioni culturali sottese alla scelta od alla costruzione – fra i tanti modelli possibili – di un determinato tipo di famiglia, quello più congeniale alla nostra sensibilità ed al nostro modo di vivere sociale (Francesco Remotti, *Contro natura. Una lettera al Papa*). La ricerca etnologica e lo studio antropologico hanno dimostrato che al mondo non esiste e non è mai esistito un solo tipo di famiglia, ma i modelli di famiglia sono tanti, variabili secondo i contesti storici e sociali ed anche molto diversi dal nostro.

L'unico dato naturale che nessuna cultura o civiltà per quanto primordiale ha mai negato è la maternità (*mater semper certa*). Il potere o primato della *magna mater* nelle religioni primitive era fondato proprio sulla sua capacità di generare, assunta – per l'appunto – come un dato naturale ed innegabile. La paternità invece non ha mai rappresentato nella storia della civiltà un dato naturale, ma una scoperta o conquista culturale, la cui valorizzazione ha richiesto un lungo percorso ed una lunga evoluzione sociale. La religione del padre è venuta dopo quella della madre, o più esattamente la figura e funzione paterna è stata lungamente subordinata a quella della madre, non avendo mai rappresentato una parte di primo piano nella religiosità primitiva. Ha acquisito rilievo – la paternità – soltanto all'interno del matrimonio, che non a caso costituisce un'istituzione fondamentale delle società patriarcali. Ma quando è nato il matrimonio? L'antropologia s'è sempre interrogata sull'origine del matrimonio. È possibile pensare – come credeva Bachofen – che il matrimonio si sia originato e distaccato – come istituzione e cellula sociale – da uno stato originario ed iniziale di comunanza delle donne, ovvero di promiscuità sociale che caratterizzava le società più primitive, definita impropriamente come matrimonio di gruppo. È opinione comune infatti che nelle società primitive vigessero la comunanza dei beni e delle donne, riflesso di una concezione solidaristica della società primitiva, considerata come un organismo unitario nel quale non esistevano ancora le barriere e le divisioni rappresentate dalla proprietà privata e dal matrimonio. L'una e l'altro presuppongono un'appropriazione individuale, che nei rispetti della comunità costituisce una lesione dei diritti di tutta la tribù. Probabilmente la comunione delle donne originava dalla pratica dell'infanticidio femminile, molto diffusa nelle società primitive, che produceva la mancanza o la scarsità di donne. Resta da capire quale sia il filo conduttore dell'evoluzione che ha portato dalla promiscuità assoluta alla poliandria, per cui una donna poteva avere più mariti, e da questa al matrimonio monogamico come lo intendiamo noi.

Quindi, poiché lui stesso e il suo popolo non avevano mogli, invitò a uno spettacolo di giochi le popolazioni vicine alla città di Roma e rapì le loro ragazze in età da marito.

Eutropius

3. Il ratto delle Sabine come paradigma etnografico.

È opinione diffusa tra gli antropologi che questo derivi dalla cattura delle donne, intesa – per l'appunto – come appropriazione individuale. Questa – per non violare i diritti della comunità – doveva rivolgersi necessariamente fuori del gruppo verso tribù diverse dalla propria. Tipico il caso della preda di guerra, per cui il guerriero che catturava una donna

di una tribù nemica poteva appropriarsene e tenerla presso di sé come sua moglie, senza violare i diritti della propria tribù di appartenenza che non poteva vantare alcun diritto su di una donna straniera. È documentata presso molte società primitive la coesistenza delle due forme di matrimonio: quello per così dire di gruppo e quello individuale. Probabilmente il matrimonio mediante cattura ha determinato la pratica dell'esogamia, molto diffusa presso tante popolazioni primitive, per la quale la moglie deve essere cercata fuori della tribù di appartenenza dello sposo. Certamente questa pratica antica della cattura è rimasta molto radicata nella coscienza sociale, al punto che si ritrova più o meno simulata e ritualizzata nelle usanze e rituali che accompagnano il matrimonio presso tanti popoli del mondo anche molto diversi e distanti tra loro, presso i quali sopravvive il simbolo della cattura anche quando l'uso della forza non risponde più a necessità reali. L'osservazione etnografica conosce tanti esempi di matrimonio per cattura nei quali lo sposo deve ingaggiare una battaglia più o meno simulata coi genitori e parenti della sposa ed inscenare una fuga per trarre seco con la forza la futura moglie. Dalla pratica della cattura deriva – probabilmente – l'uso dello sposo – invalso già presso gli antichi romani – di trasportare la sposa oltre la soglia della nuova casa sollevandola da terra. (1) Per contro costituisce un riflesso o residuo dell'antico sentimento di appartenenza delle donne alla comunità l'uso della sposa, prima del matrimonio, di offrire la sua verginità agli altri uomini della tribù od al capo che è il rappresentante dell'intera comunità, da cui deriva l'usanza medioevale del c.d. *ius primae noctis*. (2) Evidentemente il matrimonio individuale ed esclusivo va in controtendenza rispetto ad usi e sentimenti primordiali fortemente radicati nella coscienza collettiva delle società primitive. (3) Nelle società in cui vige la promiscuità sessuale prevale il senso della comunità sulle affermazioni individuali e rispetto alla filiazione – assunta come dato naturale - non v'è mai certezza della paternità. Certamente le società più primitive riconoscono soltanto la maternità e la parentela per via femminile: onde gli eredi di un uomo non sono i suoi figli ma quelli di sua sorella. Vi sono numerose prove presso le società primitive di una condizione in cui il figlio è parente della madre e non del padre ed in cui l'erede di un uomo è suo nipote per parte di sua sorella e non suo figlio. Il personaggio maschile più importante non è il padre ma lo zio, cioè il fratello della madre. In queste condizioni, che caratterizzano le società matrilineari (4) in cui la parentela, il nome ed i diritti ereditari si trasmettono per via femminile (*per feminas*) il matrimonio monogamico nasce sostanzialmente dall'esigenza di riconoscere e tutelare i diritti della paternità: nasce – insomma – il matrimonio dall'affermazione e dalla scoperta della paternità. Scoprire la paternità significa sostituire la parentela stabilita per via maschile a quella stabilita per via femminile. Questo – secondo Bachofen – rappresenta un punto cardinale ed un passaggio epocale (5) nella storia della civiltà. Rappresenta la liberazione dello spirito dalle apparenze ingannevoli della materia, l'elevazione dell'esistenza umana al di sopra delle leggi della materia, il riconoscimento del fatto che il potere creatore dello spirito è più importante del potere generatore della materia, la subordinazione della parte materiale della nostra natura alla parte spirituale, del potere femminile al potere maschile. Attraverso questo passaggio, carico di valenze simboliche, “si spezzano le catene del tellurismo e si solleva lo sguardo verso le regioni più elevate del cosmo” (Johann J. Bachofen, *Il matriarcato*). Onde ritiene – Bachofen – che tutti i popoli del mondo abbiano effettuato questo passaggio, ovvero siano passati in un momento della loro storia

dal diritto materno al diritto paterno. Anche se di questo non v'è la prova certa, onde possa affermarsi che tutti i popoli hanno effettuato questo cambiamento, è certo che la parentela in linea paterna è diffusissima, quasi universale, presso tutti i popoli civili, mentre il sistema opposto è più comune presso i popoli culturalmente più arretrati: per questo molti antropologi considerano la parentela in linea femminile, dove ancora esiste, come la sopravvivenza di una cultura primitiva.

Gli “dei di nuova stirpe”, come sono chiamati dalle stesse Erinni, vincono le Erinni e queste alla fine si lasciano indurre a assumere un nuovo ufficio a servizio del nuovo ordine.

Friedrich Engels

4. L'“Oresteia” o le metamorfosi del diritto.

Nella Grecia classica la poesia tragica(6) di Eschilo(7) mette in scena il processo ad Oreste che rappresentando al pubblico ateniese il conflitto tra il vecchio ed il nuovo ordinamento del mondo, celebra il tramonto della concezione matriarcale. Oreste che ha ucciso la madre Clitemnestra per vendicare l'uccisione del padre Agamennone è accusato e perseguitato dalle Erinni che rappresentando l'antica società matriarcale(8) perseguono coloro che versano il sangue dei propri parenti. Oreste si pone sotto la protezione di Apollo, portavoce di Zeus, sovrano e rappresentante del nuovo ordinamento maschile del cosmo. Due mondi si confrontano: le potenze della terra e della notte contro le divinità olimpiche e diurne. Apollo scagiona Oreste sostenendo che un uomo è parente del proprio padre, non della propria madre: nega – nella sostanza – l'esistenza di qualsiasi legame di sangue tra madre e figlio. Non è – infatti – la madre che genera il figlio, ma è il padre che lo crea, deponendo il proprio seme nel ventre materno. La madre accoglie nel proprio grembo il seme paterno e gli fa da nutrice, ma non è essa che dà la vita al figlio. La vita procede soltanto dal padre ed in linea paterna si trasmette. Con questa formula Apollo ed Atena assolvono Oreste. La tragedia testimonia fino a qual punto la relazione di parentela in linea paterna, una volta riconosciuta, abbia sostituito il sistema di parentela per via materna. Le Erinni accettano l'assoluzione di Oreste e si trasformano in Eumenidi, da antichi demoni della vendetta diventano divinità della giustizia nel nuovo ordinamento regolato dalla legge di Zeus.(9) I due mondi si conciliano sotto il segno del diritto paterno. Il passaggio è compiuto. La civiltà può iniziare un nuovo corso nel segno del padre. Il trionfo di Zeus si fonda sulla supremazia del principio maschile: egli, avendo inghiottito la sua sposa Meti ed essendosi appropriato della fecondità femminile, ha generato da solo la figlia Atena dimostrando che “si può essere padre anche senza madre” (Eschilo, *Oresteia*). La dea Atena scaturita in tutta la sua grandezza ed armata dalla testa del padre possiede al massimo grado le virtù maschili: rappresenta – essa stessa – il superamento dell'antico modello femminile. Il maschio non genera ma crea: la generazione è una funzione della materia, la creazione è un'operazione intellettuale, una funzione dello spirito. L'una procede dal ventre, organo tipicamente femminile, l'altra procede dalla testa. La donna è soltanto pancia – *gastèr* – diceva Esiodo, che aveva la cattiva fama di essere misogino. L'uomo è intelletto e spirito. Jahvè la divinità suprema ebraica e Signore di Israele rappresenta l'ipostatizzazione dei valori maschili. Egli non ha generato l'uomo ma lo ha creato a sua immagine e somiglianza, stringendo con lui un patto volto a garantirgli la procreazione e la discendenza: patto sigillato da un rituale maschile - la circoncisione - che doveva essere il segno dell'alleanza perpetua tra Dio e gli uomini.

Certamente, la paternità non è soltanto un fatto biologico, legato alla procreazione, ma ha sempre in sé una forte componente culturale: in questo senso non è mai un dato naturale ma è sempre vissuta – la virilità – come il risultato di un processo di tipo culturale, che le dà un contenuto etico o sociale.⁽¹⁰⁾ Nelle società tribali passa – la costruzione della virilità – attraverso i riti iniziatici, che segnano il passaggio dall'adolescenza all'età adulta, imponendo ai giovani iniziandi dolori e sofferenze fisiche e psicologiche. Solo chi riesce a sopportare le sofferenze e superare le prove iniziatiche diventa un uomo, con tutti i diritti e le prerogative che competono ai componenti di sesso maschile della tribù, principalmente quello di scegliere una moglie e diventare padre. Diritti – questi – negati agli individui che rifiutano l'iniziazione, i quali restano relegati in un ruolo subordinato simile a quello delle donne. La paternità, conquistata a prezzo di prove difficili e spesso cruento, esprime potenza dominio superiorità. Nella società patriarcale il padre è il padrone assoluto della famiglia. Nel diritto romano aveva ogni potere sui figli, anche il diritto di vita e di morte (*ius vitae ac necis*). Nella *manus maritalis* e nella *patria potestas* il dato culturale – costituito dall'autorità del *pater familias* sulla moglie e sui figli – prevale sul dato naturale costituito dall'unione coniugale e dalla procreazione. Non procede la paternità dalla procreazione ma dal potere che il padre esercita sulla famiglia. Nel diritto romano la designazione di *pater familias* non rappresenta un rapporto meramente parentale, ma esprime il potere del padre anche indipendentemente dalla paternità reale: "*Paterfamilias in domo dominium habet. Recteque hoc nomine appellatur quamvis filium non habeat*". Esprime un rapporto di potere prima ancora che di parentela. D'altra parte nella religione del padre che ormai ha preso il posto dell'antica religione materna il dio padre è il padrone assoluto del mondo, è sovrano ed onnipotente. Sta in cielo. È un dio celeste, perché il cielo rivela la superiorità trascendenza onnipotenza e onniveggenza di dio. Per questo Jahvè s'è staccato dalla terra e dalla montagna, ma non per questo si è ritirato dal mondo: la sua è una potenza che si comunica e si dà agli uomini. Nella religione greca Zeus è padre e re: incarna di fronte agli altri dei ed agli uomini la forza più grande, il potere supremo di reggitore ed ordinatore del cosmo. È – il padre – colui che dà ordine e regole al mondo. È un civilizzatore, è colui che solleva l'umanità dalla barbarie, come diceva Bachofen. Certo il potere del padre deve essere conquistato perché – lo si è già detto – la paternità non è un dato naturale, ma una acquisizione culturale. Per questo Zeus ha dovuto sostenere e vincere una lunga lotta contro i titani, potenze del caos, per diventare re dell'Olimpo e sovrano del mondo. Per questo come ogni conquista la sovranità paterna deve essere continuamente difesa – quella del padre celeste come quella del padre terreno – contro tutti i nemici che la insidiano da dentro e da fuori.

La storia dell'umanità deve passare per stadi successivi, come un essere umano va dall'infanzia alla età adulta.

Enzo Traverso

5. Il padre e il suo tramonto?

La famiglia è stata sempre sede di conflitti, specialmente tra padri e figli. I conflitti generazionali hanno sempre diviso le famiglie e la storia del figlio che cerca di spodestare il padre è antica come il mondo.⁽¹¹⁾ Per la psicanalisi freudiana il conflitto col padre nasce dal desiderio del figlio di violare la legge ed infrangere l'ordine costituito di cui il padre – per l'appunto – è il rappresentante. Il complesso di Edipo rappresenta la dimen-

sione psicanalitica dell'uomo che come figlio odia segretamente il padre perché è insofferente all'autorità paterna e desidera inconsciamente ritornare nel grembo materno. Diversamente dal potere materno che è stabile ed eterno come la terra generatrice perché procede da un dato naturale come la procreazione – la madre, la più antica e veneranda di tutte le divinità, è sempre esistita e sempre sarà – il potere del padre – oltre a dovere essere conquistato – come tutte le conquiste culturali non diviene mai un acquisto definitivo, ma deve sempre essere difeso, consolidato e rinnovato. Si rinnova – il potere del padre – attraverso il succedersi delle generazioni, ma questo – come s'è detto – non è un processo indolore. È inquieta e tormentata la religione del padre – procede da lotte e conquiste e si porta dietro il senso del peccato – come è inquieta e tormentata la vita della famiglia patriarcale. Ma – oggi – esiste ancora la famiglia patriarcale? E se esiste, come ed in quale misura è cambiata rispetto al modello tradizionale? Certamente la società è molto cambiata. È una società "liquida" – come l'ha definita la sociologia moderna – che non offre più certezze, ideali, non ha punti fissi di riferimento, ha abbattuto tutte le barriere, come quella tra padri e figli.

Al bambino privo di ogni risorsa, l'adulto strapotente appare l'incarnazione di ogni "valore".

Carlo Ginzburg

6. Il "complesso di Telemaco". Una conclusione.

È naturale interrogarsi su che senso abbia oggi parlare ancora di famiglia. "Dio è morto". Il *paterfamilias* è tramontato e con esso s'è dissolto il principio di autorità su cui si reggeva la famiglia patriarcale. "I padri latitano, si sono eclissati o sono divenuti compagni di giochi dei loro figli". È quella che Massimo Recalcati chiama "l'evaporazione del padre" (Massimo Recalcati, *Il complesso di Telemaco*). Il padre non esiste più e la famiglia è allo sbando. Nel mondo di oggi il complesso di Telemaco – come lo ha definito Recalcati – rappresenta la dimensione psicanalitica del figlio che ha bisogno del padre di cui avverte drammaticamente la mancanza. Telemaco guarda il mare e scruta l'orizzonte perché attende il ritorno di Ulisse. La nostalgia del padre nasce dal desiderio del figlio di ristabilire l'ordine, riportare la legge nella sua isola dominata dai Proci che occupano la sua casa, godono dei suoi beni ed insidiano sua madre. È il desiderio di uscire dal caos, dalla "notte dei Proci", e di riacquistare la speranza nel futuro. Il complesso di Telemaco è l'inversione del complesso di Edipo. Telemaco non odia il padre: al contrario desidera ardentemente il suo ritorno come colui che solo potrà rimettere ordine nella famiglia offesa e nella casa devastata dagli usurpatori, perché solo la presenza e l'eredità del padre potranno restituirgli la speranza ed il futuro. "Non è solo un giovane che cerca suo padre, ma è il giovane che ha bisogno di un padre. Telemaco è l'icona del figlio". Certo il sole sorge tutte le mattine all'orizzonte, perché è un fatto naturale. Ma il ritorno del padre non è scontato: dipende dalla volontà e dai disegni imperscrutabili degli dei. In ogni caso, è una riconquista: richiede – il ritorno del padre e la restaurazione dell'ordine – una lotta ed un sacrificio. Il prezzo è la vendetta di Ulisse e la strage dei Proci. Nel mondo di oggi risorgerà il padre? E quale sarà il prezzo da pagare? o il suo tramonto è irreversibile? dovremo allora volgere lo sguardo su un altro orizzonte alla scoperta di un modello diverso di famiglia. Forse la nostra società è già matura per fare questa scelta culturale, quella di un nuovo tipo di famiglia che non abbia più bisogno né del padre né della madre. Certo, la cultura impone delle scelte ed ogni scelta

comporta una rinuncia, un impoverimento – come dice Francesco Remotti – ma rappresenta anche una sfida, apre nuovi orizzonti e porta a nuove conquiste.

Note:

(1) Sarebbe cosa di estremo interesse il rintracciare possibili influenze sull'istituto del matrimonio romano, almeno in epoca arcaica, del substrato culturale e mitico - religioso, delle popolazioni ed etnie italiche o proto italiche, nonché delle possibile ed accertate, in alcuni casi, influenze della Magna Grecia o etrusche, ma ciò non è certamente un'operazione senza difficoltà, dovendo, invece, lo studioso, comparare (necessariamente) una mole di dati numerosissimi, oltre al problema di doverli situare in un ambito temporale molto incerto (Si veda, su tali problematiche: R. Del Ponte, *Dei e miti italici*, cit., pp. 34 e ss.).

(2) Al di fuori di riferimenti all'immaginario popolare, si può ipotizzare che, in epoca più tarda, un primitivo diritto in tal senso si sia modificato o trasformato in un pagamento di una somma di denaro alla tribù o al suo rappresentante o al signore feudale, come contropartita per la dismissione di tale usanza.

(3) Nel mito delle origini pre - romane il re - divino Pico fonda l'istituto matrimoniale superando unioni ambigue e violente e "sposa Canens, una ninfa nata sul Palatino" (A. Carandini, *La nascita di Roma*, cit. pp. 166 - 167).

(4) Indizio della esistenza di una società matriarcale, può essere la sopravvivenza nella religione romana delle origini, di varie e potenti divinità femminili, come, ad esempio, la "Signora degli animali", Bona Dea Fauna (R. Del Ponte, *Dei e miti italici*, cit., pp. 171 e ss.).

(5) Si potrebbe parlare di "epoca assiale".

(6) Sulla tragedia greca: H. C. Baldry, *I Greci a teatro*, Laterza, Roma - Bari, 2007, nonché U. Albin, *Nel nome di Dioniso*, Garzanti, Milano, 2002.

(7) La trilogia dell'Orestea, composta da Eschilo con le tragedie Agamennone, Le Coefore e Le Eumenidi, è integralmente disponibile in traduzione italiana recente, nel volume delle tragedie di Eschilo: Agamennone - Le Coefore - Le Eumenidi, Mondadori, Milano, 2005.

(8) Alcune divinità femminili assumono il nome di Pothnia Draconton (Signora dei serpenti), a lampante dimostrazione del loro carattere tellurico.

(9) J. Littell in *Le Benevole*, Einaudi, Torino, 2007, compie, in una narrazione nella contemporaneità, neppure troppo romanzesca, la traiettoria (o le traiettorie?) di un passaggio inverso e cioè dalle Eumenidi alle Erinni.

(10) E per ciò, già nel tardo diritto romano, il matrimonio e la famiglia vengono ad assumere connotazioni particolari, anche per l'influenza del Cristianesimo, ormai vittorioso sul mondo del paganesimo (T. Mommsen, *L'impero di Roma*, cit.).

(11) Il problematico rapporto tra padri e figli, già si rintraccia nell'antica Roma, come evidenziato da recenti sudi di antropologia giuridica: si veda L. Maganzani, *Per uno "sguardo antropologico" del giurista. Il rapporto padre - figlio nel mondo romano*, in *Giuristi nati. Antropologia e diritto romano* (a cura di A. McClintock), cit., pp. 99 e ss.

Recenti modifiche in tema di condominio

Antonio Fontana

Sommario: 1. *La lenta e contrastata elaborazione della legge 11 dicembre 2012 n. 220.* - 2. *Alcuni giudizi della dottrina.* - 3. *La novellazione diretta e le difficoltà di coordinamento che ne derivano. La legge 21 febbraio 2014 n. 9.* - 4. *I tre cardini della normativa sul condominio. Rinvio.* - 5. *Le modifiche di forma apportate alla ste-sura originaria del Codice.* - 6. *Il nuovo elenco delle parti comuni dell'edificio. I riflessi del progresso tecnologico.* - 7. *Condominio, usufrutto, altri diritti reali e personali di godimento.* - 8. *Gli accenni alla multiproprietà ed al supercondominio.*

1. La lenta e contrastata elaborazione della legge 11 dicembre 2012 n. 220.

Il 18 giugno 2013, dopo una *vacatio* di ben sei mesi, è entrata in vigore la legge 11 dicembre 2012 n. 220, contenente "Modifiche alla disciplina del condominio negli edifici". Il suo *iter* è stato lungo e travagliato. I primi disegni e proposte in materia erano stati infatti presentati già sul finire degli anni Novanta, nel corso della tredicesima legislatura. I lavori preparatori erano quindi proseguiti durante la quattordicesima e la quindicesima. Nella sedicesima i vari documenti vennero riuniti in un unico disegno di legge che il Senato approvò il 26 gennaio 2011, trasmettendolo quindi alla Camera. Questa vi apportò numerosi tagli. Il Senato si trovò così di fronte ad una difficile alternativa: o approvare un testo mutilato oppure rinviarlo nuovamente alla Camera, insistendo perché vi fossero reinserite le norme da lui proposte. Questa seconda soluzione sarebbe stata la più coerente, ma avrebbe comportato il rischio di un ulteriore rinvio a tempo indeterminato. Si preferì perciò la prima, tenuto conto dell'importanza sociale di un intervento come quello in discussione (1) che, fu calcolato, interessava più di trentotto milioni di italiani, su di una popolazione, accertata nel 2010, di 60.418.711.

2. Alcuni giudizi della dottrina.

Tale scelta, benchè apprezzabile dal punto di vista pratico, ha fatto sì che la riforma sia stata accolta con un senso di delusione, come appare evidente sin dai primi giudizi di cui è stata oggetto. Una studiosa, che ha fatto del condominio il tema principale delle sue ricerche, ha scritto: "...il legislatore della novella si è limitato a quegli interventi diretti, per un verso, a fornire una più adeguata garanzia ai condomini, sia rispetto alle inadempienze dell'amministratore, sia rispetto agli abusi degli altri condomini; per altro, a recepire una serie di prese di posizione della giurisprudenza in presenza di un dettato normativo che si è rivelato talvolta lacunoso e non sempre al passo con una rinnovata concezione degli edifici." (2)

In termini ancora più chiari un alto magistrato (Carbone, *op. e loc. cit.*) ha espresso il suo disappunto osservando: "La riforma del condominio, così tanto attesa, e arrivata dopo circa settantasette anni, non ha...soddisfatto le aspettative, alimentando forti contrasti nell'ambito di chi auspica riforme più radicali e significative per modificare la convivenza condominiale", per concludere poco dopo che "ci troviamo di fronte ad una riforma scanzante", ossia, per chi non avesse familiarità con la metrica greca, "zoppicante". A questo proposito, conviene ricordare che l'attesa era doppia. Invero, la normativa sul condominio, quale venne inserita nel testo ori-

ginario del Codice civile, era già vecchia allorché questo entrò in vigore, nel 1942, perché i suoi compilatori non avevano fatto altro che recepire, senza apportarvi mutamenti significativi, quanto disposto dal RD 15 gennaio 1934 n. 56, convertito in legge 10 gennaio 1935 n. 8, che è stato il primo intervento del legislatore italiano *in subiecta materia*.

Tra il 1942 ed il 2012 il quadro si era arricchito, in via che potrebbe dirsi occasionale, solo di alcune norme di dettaglio, contenute in leggi il cui obbiettivo primario era tutt'altro. Credo sia sufficiente ricordarne una, a mo' d'esempio: l'art. 10 della legge 22 luglio 1978 n. 392 (c.d. sull'equo canone) consentiva al conduttore di partecipare, con diritto di voto, in luogo del proprietario dell'appartamento concessogli in locazione, all'assemblea condominiale qualora si discutesse delle spese e delle modalità di gestione dei servizi di riscaldamento e di condizionamento d'aria (3).

3. Inconvenienti della novellazione diretta. La legge 21 febbraio 2014 n. 9.

Il metodo – se metodo si può chiamare – della novellazione diretta equivale ad un netto rifiuto dell'insegnamento evangelico, laddove questo mette in guardia contro i pasticci che si possono combinare quando si cuce un pezzo di stoffa nuova su di un abito vecchio. Nel nostro caso, i pezzi di stoffa nuova (fuor di metafora, gli articoli sostituiti integralmente) sono stati addirittura quattordici (4), per non parlare di quelli aggiunti al dettato originario (dieci) (5) e di quelli, già presenti nel vecchio testo, che sono stati modificati solo parzialmente, con l'aggiunta di uno o più commi, e talvolta di poche parole soltanto (6). Ho riportato questi dati nella speranza che anch'essi possano contribuire a farsi un'idea di quanto numerosi e complessi siano stati i problemi di coordinamento che gli studiosi hanno dovuto affrontare, per avere un quadro completo della normativa sul condominio quale si presentava dopo la citata legge n. 220 del 2012. Pure, bisogna dare atto alla nostra dottrina di essersi dedicata seriamente al non facile compito che l'attendeva, offrendoci, in breve tempo, una serie di saggi, che vanno da quelli ad impostazione prevalentemente esetica (7) a quelli in cui già prevale l'impegno verso una ricostruzione sistematica (8). È triste perciò dover constatare come le Autorità costituite (Governo e Parlamento), invece di raccogliere l'invito che da tante parti era stato rivolto loro, a rimeditare, *ab imis et funditus*, l'intera materia, abbiano perseverato sulla vecchia strada, sfornando il DL. 23 dicembre 2013 n. 145, convertito in legge 21 febbraio 2014 n. (9), con cui hanno cercato di rattoppare, ancora una volta, alcune norme del Codice, che, pur dopo il loro primo intervento, non sembravano abbastanza chiare (cfr. l'art. 1, nono comma, in rapporto agli artt. 1130, primo comma, n. 6, 1135, primo comma, n. 4, e 70 disp.att.).

4. I cardini della normativa sul condominio. Rinvio.

I cardini della normativa sul condominio sono tre: il regolamento, che è il suo statuto, da taluno significativamente accostato a quello delle associazioni non riconosciute, l'assemblea, organo deliberante, e l'amministratore, organo esecutivo. Per trattarne in modo decente sarebbero necessarie altrettante monografie. Nel tempo che mi è concesso per questa lezione 9 potrei fornirvi solo poche, superficiali indicazioni; preferisco quindi non occuparmene affatto, rinviando a quanto su di essi è già stato scritto (10), per concentrarmi su altri aspetti delle recenti modifiche, dalle quali traspare tuttavia qualche elemento di novità.

5. Le modifiche di forma.

Per quanto attiene alla forma, merita di venir segnalata una maggiore precisione di linguaggio. Il testo originario dell'art. 1117 parlava di "proprietari dei diversi piani o porzioni di piani" dell'edificio; quello novellato parla invece di "proprietari delle singole unità immobiliari" (dell'edificio stesso). La locuzione "unità immobiliari" si ritrova quindi negli artt. 1117 bis, 1118, 1122, 1136 n. 6 e negli artt. 67, secondo comma, 68, primo comma, 69 primo comma delle relative disposizioni d'attuazione. Nell'art. 1122 bis, quarto comma, si fa riferimento, oltre che alle "singole unità abitative", alle "unità immobiliari di proprietà individuale". Il complemento di specificazione non è superfluo, perché possono esistere anche unità immobiliari di proprietà collettiva (o, come altri dice, indivisa). Il caso più frequente è quello della *communio incidens* che si costituisce quando un condomino, morendo, lascia due o tre figli eredi in parti uguali. Da ciò l'interrogativo: in caso di disaccordo, chi di loro avrà diritto di partecipare all'assemblea? La risposta ci è data dall'art. 1106, al quale rinvia, testualmente, il secondo comma dell'art. 67 disp.att. Un'altra ipotesi potrebbe essere quella dell'acquisto dell'appartamento da parte di coniugi che abbiano scelto il regime della comunione dei beni ex art. 177, primo comma, lett. a). La vecchia terminologia ("piano o porzione di piano") è rimasta, se non erro, solo nel sesto comma dello stesso art. 67, appena citato.

6. Il nuovo elenco delle parti comuni dell'edificio. Qualche riflesso del progresso tecnologico.

Passando al contenuto, dal confronto tra il vecchio ed il nuovo testo appare evidente come l'ambito di applicabilità della normativa in esame sia stato ampliato sotto entrambi i profili delle cose e delle persone.

Per quanto concerne le prime, all'elenco delle parti comuni fornito dall'art. 1117, molte ne sono state aggiunte, tra cui i pilastri e le travi portanti, le facciate, le aree destinate a parcheggio, gli impianti per il condizionamento dell'aria, la ricezione radiotelevisiva, e l'accesso a qualunque altro genere di flusso informativo (11), anche da satellite o via cavo, ed i relativi collegamenti. Inoltre, di tale elenco è stato messo vieppiù in evidenza il carattere non tassativo ma soltanto esemplificativo. Nel testo originario, infatti, era detto semplicemente che "sono oggetto di proprietà comune... il suolo su cui sorge l'edificio, le fondazioni, i muri maestri ecc."; in quello oggi in vigore si legge, invece: "sono oggetto di proprietà comune... tutte le parti dell'edificio necessarie all'uso comune, come il suolo su cui sorge l'edificio, le fondazioni, i muri maestri ecc.". (corsivi miei) La loro importanza, per la configurazione dell'istituto, è evidente: se non vi fossero le parti comuni non vi sarebbe neppure il condominio. Ma altrettanto evidente è la posizione subordinata in cui si trovano rispetto alle parti oggetto di proprietà individuale dei singoli condomini, dal momento che la loro ragion d'essere è appunto quella di agevolarne, per quanto possibile, il godimento. Il pensiero corre spontaneamente al rapporto delineato, dal legislatore stesso, fra pertinenze e cosa principale (art. 817).

Notevole anche lo sforzo compiuto per aggiornare la normativa, tenendo conto del progresso materiale che, superata la tempesta della guerra, ha trasformato via via la nostra esistenza quotidiana, rendendola sempre più comoda (e quindi sempre più dipendente dalla Santa Alleanza fra mercato e tecnologia). L'art. 1117 ter consente che l'assemblea venga convocata anche tramite "mezzi telematici"; analoga disposizione si trova nel terzo comma dell'art. 66 disp. att., ove si parla di posta elettronica certificata e di fax. L'art. 1122 ter

prevede l'installazione di impianti di videosorveglianza (che, si può prevedere sin d'ora, non sarà facilmente conciliabile col diritto alla *privacy*). Il testo originario dell'art. 1124 prevedeva solo la manutenzione delle scale: ad esse, in quello novellato, è stato equiparato l'ascensore, della cui utilità è ormai convinto anche chi non abbia la fortuna di abitare all'ultimo piano della Trump Tower. Il registro di contabilità, in cui devono essere annotati, entro un certo termine, i singoli movimenti in entrata ed in uscita, grazie a quanto espressamente stabilito dall'art. 1130 n. 7, può essere tenuto anche con modalità informatizzate. Su richiesta dell'assemblea l'amministratore è obbligato ad attivare un sito internet del condominio che consente agli aventi diritto di consultare ed estrarre copia in formato digitale dei documenti previsti dalle relative delibere (così l'art. 71 ter disp. att.). E questa rassegna potrebbe continuare ancora a lungo.

7. Condominio, usufrutto, altri diritti reali o personali di godimento.

Per quanto riguarda le persone, almeno due rapidi cenni sembrano necessari.

A)- Per la prima volta, nella massa dei condomini indicati solo genericamente come tali, viene individuata la figura dell'usufruttuario; di conseguenza, per la prima volta viene affrontato il problema della ripartizione, fra lui ed il (nudo) proprietario, dei poteri inerenti alla situazione soggettiva, appunto, di condomino. L'art. 21 della legge n. 220 del 2012 lo risolve richiamando, in linea di massima, la distinzione (peraltro, non sempre netta) fra amministrazione ordinaria e straordinaria, con talune eccezioni, però, indicate dal nuovo testo dell'art. 67, settimo comma, disp. att.: sarà l'usufruttuario a sedere in assemblea con diritto di voto in luogo del proprietario, allorché quest'ultimo "rifiuta di eseguire le riparazioni poste a suo carico o ne ritarda l'esecuzione senza giusto motivo" (12), ovvero si tratti di miglioramenti o di addizionali da apportare alle parti comuni dell'edificio (13). Questo per quanto concerne il rapporto, che potrebbe dirsi "interno", fra usufruttuario e proprietario; ma è stabilito altresì (ottavo comma dello stesso art. 67) che entrambi sono responsabili in solido nei confronti dell'amministratore (organo "esterno") per il pagamento dei relativi contributi (salva, s'intende, se del caso, l'azione di regresso).

B)- Nella novella del 2012 troviamo, peraltro, anche disposizioni il cui ambito di applicabilità è ben più esteso. Così, in sede di approvazione del rendiconto predisposto dall'amministratore, la facoltà di prendere visione dei documenti giustificativi di spesa e di estrarne copia spetta (cfr. art. 1130 bis) a chi sia titolare di qualunque diritto reale o di godimento sulle unità immobiliari. Quindi non solo all'usufruttuario e al conduttore, ma, ad es., pure a chi possa vantare un semplice diritto di abitazione: si pensi al coniuge superstite che lo abbia acquisito in forza del legato *ex lege* previsto dall'art. 540, secondo comma, cod.civ. La stessa locuzione si ritrova nel sesto comma dell'art. 1130: nel registro di anagrafe condominiale l'amministratore deve annotare le generalità non solo dei "singoli proprietari" ma anche "dei titolari di diritti reali e di diritti personali di godimento". Un certo interesse, sotto questo profilo, può avere anche l'art. 1120, secondo comma, n. 2, ov'è previsto che anche i lastrici solari od altre aree comuni possano diventare oggetto di diritti reali o personali di godimento da parte del condominio o di terzi, per la produzione di energia mediante l'utilizzo di impianti di cogenerazione, fonti eoliche, solari o comunque rinnovabili. Qui, oltre al diritto di uso,

già previsto dall'art. 1126 (una delle poche disposizioni lasciate inalterate dal riformatore) potrebbe venire in considerazione una servitù di passaggio o un diritto di superficie.

8. Gli accenni alla multiproprietà ed al supercondominio.

Arriviamo così, per finire, alle norme il cui raggio d'azione si spinge, addirittura, oltre quello che è il condominio, secondo il concetto che ne è stato elaborato finora. L'art. 1117, primo comma, nel presentare l'elenco delle parti comuni dell'edificio, su cui ho già avuto occasione di soffermarmi (v. *retro*, par. 6) ha cura di precisare che queste "sono oggetto di proprietà comune dei proprietari delle singole unità immobiliari...anche se aventi diritto a godimento periodico". (14) Non v'è dubbio che in questo inciso sia da ravvisare un accenno alla multiproprietà (15); ma si tratta di un accenno troppo fugace perché se ne possa trarre qualcosa di più di una semplice indicazione di massima cui attenersi, per risolvere i non pochi problemi che il suo inquadramento ancor oggi presenta. Se non vado errato, abbiamo qui un dato testuale a sostegno di una (ipotetica) argomentazione, che potrebbe così formularsi: se lo stesso legislatore applica alla multiproprietà una norma dettata per il condominio, ciò significa che i due istituti hanno qualche punto di contatto, e perciò altrettanto può e deve fare il giudice, ogniquale volta ravvisi, fra l'uno e l'altra, una qualche somiglianza. In termini più brevi e tecnici: la normativa dettata per il condominio può e deve essere applicata anche alla multiproprietà, ma solo se tale applicazione sia giustificata dalla *eadem ratio*. La stessa conclusione vale, a mio avviso, per il supercondominio. Qui il riformatore è stato un po' meno taciturno. L'art. 1117 bis dispone infatti che le norme contenute nel Capo oggetto della novella "si applicano, in quanto compatibili, (16) in tutti i casi in cui più unità immobiliari o più edifici ovvero più condomini di unità immobiliari o di edifici abbiano parti comuni ai sensi dell'art. 1117" (e v. anche l'art. 67 disp.att., terzo e quarto comma). Il riferimento alla "compatibilità" mi sembra, in proposito, assai eloquente. Esso lascia infatti intendere chiaramente che, allo stato attuale della legislazione, il supercondominio, per dirla in parole povere, non è il condominio, ma solo qualcosa che gli assomiglia. Di conseguenza, non tutte le norme dettate per il secondo potranno applicarsi anche al primo: ancora una volta sarà necessario ricorrere a quella sorta di filtro che è, appunto, il ragionamento per analogia. A voler essere maliziosi, un modo ingegnoso per evitare di prendere posizione, scaricando la patata bollente al magistrato. Volendo fare il punto della situazione, si può quindi concludere che la fase di primo approccio alla riforma, quella che si propone di offrire al lettore un quadro riassuntivo delle novità da essa introdotte, è da considerare ormai conclusa. È tempo di pensare alla seconda fase. Qui la sintesi dovrà cedere il posto all'analisi. Si tratta infatti di approfondire i singoli punti, specialmente quelli attorno ai quali più numerose si affolleranno le controversie. A ciò serviranno egregiamente due generi letterari, di cui fin d'ora è lecito attendersi una ricca fioritura: la nota a sentenza e la rassegna di giurisprudenza (quest'ultima da taluni ritenuta, ma a torto, un genere minore), i quali, più di ogni altro, presuppongono una costante familiarità con la vita del Foro.

Note:

(1) Per maggiori dettagli cfr. Carbone, *Luci e ombre nella nuova disciplina del condominio negli edifici*, in *Corr. giur.*, 2013, pp. 963 ss.

(2) Cavallaro, *Prime considerazioni sulla riforma della disciplina condominiale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 933.

(3) Un elenco più nutrito si trova in Basile, *Le modifiche al regime condominiale (legge 220/2012)* in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 617.

(4) Si tratta degli artt. 1117, 1118, 1122, 1129, 1130, 1134, 1136, 1137 cod. civ., e degli artt. 63, 64, 67, 68, 69 e 70 delle relative disposizioni d'attuazione.

5) Sono gli artt. 1117 bis, ter e quater, 1122 bis e ter, 1130 bis, nonché gli artt. 71 bis, ter e quater, e 155 bis disp. att.

(6) Cfr., ad es., artt. 1120, 1121, 1135, 1138 ecc.

(7) Si veda quello, già cit., di Cavallaro.

(8) Cfr. Di Rosa, *Profili ricostruttivi della nuova disciplina del condominio negli edifici*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, pp. 785 ss., e Trabucco, *Gli organi del condominio dopo la legge 220/2012*, in *NGL*, 2014, pp. 37 ss., ove riferimenti.

(9) Si tratta della lezione tenuta il 30 maggio 2017 alla Scuola Forense De Andrè di Genova, di cui si pubblica qui il testo inalterato

(10) Cfr. Bordolli, *Il regolamento e le tabelle millesimali*; Maniscalco e Rao, *Obblighi e responsabilità dell'amministratore di condominio e dei condomini*; Di Rago, *La nuova assemblea condominiale dopo la riforma*, tutti editi in un'apposita collana per i tipi della Maggioli di Rimini fra il 2014 e il 2016, con ampi riferimenti, specie alla giurisprudenza, oltre all'articolo, appena citato, di Trabucco. Per la manualistica si veda l'ottava edizione (Milano, 2015) del classico volume di Terzago, *Il condominio*. Per l'epoca immediatamente a ridosso della riforma l'opera più significativa resta quella di Dogliotti, *Comunione e condominio*, Milano, 2006, nel *Trattato di diritto civile* diretto dal Sacco.

(11) Su cui v. anche art. 1120, primo comma, n. 3; per gli impianti non centralizzati di ricezione radiotelevisiva cfr. art. 1122 bis

(12) Cfr. l'art. 1006, testualmente richiamato dall'art. 67 cit.

(13) Cfr. l'altro richiamo operato dall'art. 67, questa volta agli artt. 985 e 986.

(14) Corsivo mio.

(15) In questo senso v. già Cavallaro, *Prime considerazioni sulla riforma della disciplina condominiale*, cit., p. 935.

(16) Corsivo mio.

La revoca dell'amministratore di condominio

Erika Adamo

Tirocinante Ufficio del Giudice, presso il Tribunale di Genova

Sommario: 1. – *Brevi cenni sul condominio.* – **2.** *La revoca dell'amministratore di condominio ai sensi dell'art. 1129, comma XI, c.c.* – **3.** *Le gravi irregolarità di cui all'art. 1129, comma XII, c.c.*

1. Brevi cenni sul condominio.

Il presente scritto ha lo scopo di esaminare l'istituto della revoca giudiziale dell'amministratore di condominio ai sensi dell'articolo 1129 del Codice Civile, così come riformato dalla Legge 11 dicembre 2012, n. 220, entrata in vigore il 18 giugno 2013 (c.d. Riforma del Condominio).

Nello specifico, l'intento di chi scrive è quello di evidenziare le linee guida formulate dalla giurisprudenza del Tribunale di Genova circa le ipotesi di "gravi irregolarità" di cui al comma XI della norma in esame, che legittimano la revoca giudiziale dell'amministratore.

A tal fine è anzitutto necessaria una breve disamina della disciplina generale dell'istituto del condominio.

Le norme in materia di condominio sono collocate nel Libro III del Codice Civile, in particolare nel Capo II, Titolo VII, nella parte dedicata alla disciplina dell'istituto della comunione.

Il condominio è infatti una forma particolare di comunione: il singolo condomino è sia proprietario in via esclusiva di un'unità immobiliare dell'edificio, sia comproprietario delle parti comuni dello stesso.

Le parti comuni dell'edificio in condominio di cui all'articolo 1117 del Codice Civile sono individuate sul presupposto che queste siano necessarie per l'esistenza e l'uso delle singole proprietà, trovandosi di fatto in un rapporto di strumentalità con le stesse, con la conseguenza che detta comunione si costituisce *ab origine*, cioè a prescindere della volontà dei partecipanti - condomini.

Si tratta, dunque, di una comunione speciale, in quanto disciplinata in modo specifico dalla legge (alla quale si applica per quanto non espressamente previsto la disciplina della comunione ordinaria), ed avente natura forzosa, essendo - di regola - indivisibile ai sensi dell'articolo 1119 del Codice Civile. (1)

Per quanto concerne, inoltre, la natura giuridica del condominio, dibattuta tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, si segnala che di recente la Cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza del 18 settembre 2014, n. 19663, alla luce anche delle modifiche operate dalla legge di riforma, ha riaffermato la natura di ente di gestione del condominio negli edifici (2).

2. La revoca dell'amministratore di condominio ai sensi dell'art. 1129, comma XI, c.c.

La riforma del condominio, a cui poc'anzi si accennava, ha novellato - forse per la parte di maggior rilievo - le norme relative alla figura dell'amministratore di condominio.

La *ratio* di questo intervento legislativo è da rinvenirsi nell'intento di "professionalizzare" la figura dell'amministratore, prevedendo una disciplina più dettagliata e severa dei suoi doveri amministrativi e contabili al fine di garantire una maggior conoscibilità e trasparenza della gestione condominiale da parte dei condomini. In particolare, per i fini che in questa sede interessano, si evidenzia la portata innovativa dell'articolo 9 della legge di Riforma che ha modificato il dettato normativo dell'articolo 1129 del Codice Civile, rubricato "Nomina, revoca e obblighi dell'amministratore".

Con specifico riferimento all'istituto della revoca dell'amministratore di condominio, nel nostro ordinamento sono previste due diverse figure di revoca ai sensi dell'articolo 1129, comma XI, cit.: la revoca assembleare e la revoca giudiziale.

Per quanto concerne la prima, l'amministratore può essere revocato dall'assemblea in ogni tempo, anche a prescindere da una giusta causa o da un giustificato motivo, purché la revoca sia stata deliberata con la stessa maggioranza prevista per la nomina ai sensi dell'articolo 1136 del Codice Civile oppure nell'osservanza delle modalità previste dal regolamento condominiale.

Tuttavia l'amministratore, il cui mandato è stato revocato *ante tempus* senza giusta causa o giustificato motivo, può, in sede di cognizione ordinaria, far valere il proprio diritto al risarcimento dei danni ai sensi dell'articolo 1725 del Codice Civile, ed anche eventualmente il diritto al soddisfacimento dei propri crediti riguardanti la mancata corresponsione del compenso per l'attività svolta ai sensi degli articoli 1719 e 1720 del Codice Civile.(3)

Il meccanismo della revoca giudiziale, invece, può essere azionato da ciascun condomino tramite il ricorso all'autorità giudiziaria, purché l'azione abbia ad oggetto una delle seguenti condotte da parte dell'amministratore: violazione dell'obbligo di portare a conoscenza dell'assemblea le citazioni o i provvedimenti amministrativi il cui contenuto esorbiti le attribuzioni dell'amministratore, ai sensi dell'articolo 1131, comma IV, del Codice Civile; mancata resa del conto di gestione; gravi irregolarità.

A tal proposito si precisa che, di regola, la mancata previa discussione in sede assembleare della richiesta di revoca dell'amministratore non è condizione di ammissibilità o procedibilità della domanda giudiziale atteso che, soddisfatte le condizioni di legge di cui al capoverso precedente, la norma pone i due tipi di revoca in una posizione alternativa tra loro(4).

A conferma di quanto detto, il Tribunale di Genova ha di recente evidenziato che: *“la disposizione di cui all'art. 1129, comma 11 c.c. predispone uno strumento volto a garantire la minoranza assembleare nei confronti di condotte negligenti o scorrette da parte dell'amministratore condominiale. La richiesta di revoca, attesa tale ratio, è pertanto possibile anche laddove l'assemblea abbia riconfermato l'amministratore, atteso che – opinando diversamente – il condomino di minoranza, sarebbe privo di tutela”*.(5)

Dal punto di vista processuale, ci si limita in questa sede a ricordare che, sulla revoca dell'amministratore di condominio si pronuncia il Tribunale in Camera di Consiglio(6) con decreto motivato, sentito l'amministratore in contraddittorio con il ricorrente. Tale decreto può essere impugnato con reclamo davanti la Corte d'Appello, entro dieci giorni dalla notificazione o comunicazione dello stesso(7).

Tuttavia, per diverso tempo è stata controversa la natura del procedimento di revoca dell'amministratore: l'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità sposava fermamente la tesi della natura di volontaria giurisdizione del procedimento *ex* articolo 1129 del Codice Civile, con la conseguente non ammissibilità del ricorso per Cassazione avverso il decreto della Corte d'Appello ai sensi dell'articolo 111 della Costituzione(8); in senso diametralmente opposto, invece, l'interpretazione dell'orientamento minoritario(9).

A porre fine a questo contrasto giurisprudenziale è intervenuta la Cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza n. 20957 del 2004, la quale, condividendo l'orientamento maggioritario di cui sopra, ha riconosciuto la natura di volontaria giurisdizione del procedimento in esame, non avendo questo il carattere di una vera e propria controversia, con le conseguenze ben note sul piano processuale(10).

Inoltre, si consideri che, ai sensi dell'articolo 742 del Codice di Procedura Civile, i decreti pronunciati all'esito dei procedimenti in Ca-

mera di Consiglio *“possono essere in ogni tempo modificati o revocati”*, con conseguente inidoneità ad acquistare autorità di cosa giudicata(11).

Il comma XI dell'articolo 1129 cit., nell'ultima parte, disciplina poi in modo specifico due fattispecie di violazioni: le gravi irregolarità fiscali, e la mancata apertura o utilizzazione di un conto corrente intestato al condominio sul quale l'amministratore ha l'obbligo di far transitare le somme ricevute a qualsiasi titolo dai condomini o da terzi, in ossequio al principio di correttezza e di trasparenza e ad una necessità di rintracciabilità del denaro, sempre più sentita nel nostro ordinamento dopo la riforma del 2012.

Per tali violazioni il legislatore ha previsto un procedimento di revoca *ad hoc*, nel senso che il ricorso all'autorità giudiziaria è ammissibile solo se preceduto da un tentativo di revoca da parte dell'assemblea. In altre parole, in questi casi, in deroga alla regola generale, il tentativo di revoca assembleare diventa condizione di procedibilità della domanda giudiziale di revoca(12).

3. Le gravi irregolarità ai sensi dell'art. 1129, comma XII, c.c.

Per quanto riguarda nello specifico le *“gravi irregolarità”* che legittimano la revoca giudiziale dell'amministratore di condominio, al comma XII dell'articolo 1129 cit. il legislatore ha previsto delle ipotesi di violazioni al verificarsi delle quali i condomini sarebbero giustificati ad interrompere l'incarico affidato al professionista. Si tratta, tuttavia, di una mera elencazione esemplificativa di ipotesi tipiche di violazioni che devono essere, quindi, integrate con quelle elaborate di volta in volta dalla giurisprudenza avuto riguardo al caso di specie.

Le disposizioni in esame configurano violazioni di pericolo (non di danno), e sono dunque atte a censurare anticipatamente le condotte dell'amministratore che possono anche solo configurare il pericolo di un danno futuro, non essendo dunque necessario al fine della revoca dell'incarico la causazione di un effettivo danno patrimoniale ai condomini in seguito alla *mala-gestio* dell'amministratore.

Facendo specifico riferimento al costante indirizzo giurisprudenziale consolidatosi nel Tribunale di Genova, III Sezione (competente in materia di condominio), *post* riforma, è pacifico ritenere che: da una parte, l'accertamento di una delle violazioni di cui all'articolo 1129, comma XII, cit. non conduce automaticamente alla revoca dell'amministratore autore delle stesse, in quanto detta condotta assurge a mero parametro di verifica della *“irrimediabile alterazione funzionale della relazione gestoria tra amministratore e condominio”*; dall'altra parte anche una violazione atipica, cioè non prevista dalla norma in esame, potrebbe essere idonea a giustificare la revoca giudiziale dell'amministratore se a causa della stessa venisse meno quel rapporto fiduciario tra il professionista ed i condomini(13).

Tuttavia, in quest'ultimo caso la giurisprudenza precisa che la condotta dell'amministratore debba essere *“immediatamente e gravemente compromettente il rapporto fiduciario tra amministratore e condomini”*(14).

Dunque, nel caso in cui le *“gravi irregolarità”* allegare da parte ricorrente siano estranee al novero di cui all'articolo 1129, comma XII, cit., il Collegio deve anzitutto verificare se dette violazioni pregiudichino il rapporto fiduciario nel modo sopra descritto tra amministratore e condomini.

Di recente il Collegio genovese è stato chiamato ad esaminare, ai fini della revoca dell'amministratore, la violazione di cui all'articolo 1129, comma XIV, cit., il quale dispone che: *“L'amministratore, all'atto dell'accettazione della nomina e del suo rinnovo, deve specificare analiticamente, a pena di nullità della nomina stessa, l'importo dovuto a titolo di compenso per l'attività svolta”*.

Nel caso affrontato il Tribunale, partendo da una interpretazione

letterale della norma, ha anzitutto evidenziato come l'adempimento di tale obbligo sia stato previsto dallo stesso legislatore a pena di nullità della nomina, e, di conseguenza, ha concluso che l'inadempimento possa in astratto integrare anche un motivo di revoca dell'amministratore, fatta salva una valutazione in concreto caso per caso(15).

Altra ipotesi atipica di revoca giudiziaria sottoposta all'attenzione del Collegio genovese attiene alla violazione dell'articolo 71 bis delle disposizioni di attuazione del Codice Civile, con specifico riferimento alla lett. g), la quale prevede che possono svolgere l'incarico di amministratore di condominio coloro che abbiano "frequentato un corso di formazione iniziale e svolgono attività di formazione periodica in materia di amministrazione condominiale". In detta occasione, il Collegio ha precisato che tale violazione non possa costituire di per sé una "grave irregolarità" ai sensi dell'articolo 1129, comma XI, cit. idonea a legittimare la revoca giudiziale dell'amministratore.

Si tenga anzitutto conto del dettato normativo di cui al comma IV dell'articolo 71 bis delle disposizioni di attuazione del Codice Civile, il quale recita che: "La perdita dei requisiti di cui alle lettere a), b), c), d) ed e) del primo comma comporta la cessazione dall'incarico. In tale evenienza ciascun condomino può convocare senza formalità l'assemblea per la nomina del nuovo amministratore".

Dunque, la lett. g) non è stata prevista dal legislatore quale ipotesi di cessazione dell'incarico, e da questo il Collegio ha dedotto che la violazione non comportasse neanche un legittimo motivo di revoca dell'amministratore.

Inoltre, il Collegio ha ritenuto che né la formazione antecedente alla nomina, né tantomeno la formazione periodica possano in concreto incidere sull'attività gestoria dell'amministratore, potendo portare così ad una pronuncia di revoca(16): nel primo caso perché la formazione precede la nomina stessa e, dunque, attiene ad un momento storico nel quale l'amministratore non ha ancora iniziato di fatto l'attività di gestione del condominio; nel secondo caso perché l'inadempimento all'obbligo di formazione non incide di per sé, automaticamente, in modo negativo sulla gestione del condominio.

In conclusione, ricapitolando e riordinando i principi elaborati dalla giurisprudenza genovese in materia, si riporta di seguito un significativo passaggio del decreto del 19 aprile 2017 della Corte d'Appello di Genova, depositato il 26 aprile 2017, presidente Dott. Realini: "non può accogliersi la tesi del reclamante per cui dalla tipizzazione legislativa dei comportamenti costituenti gravi irregolarità discenda quale automatica conseguenza la revoca dell'amministratore, essendo sempre 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 inverosimilmente prevedere che dal comportamento dell'amministratore possa derivare un pregiudizio imminente ed irreparabile per il condominio o per il singolo condomino".

Note:

- (1) F. Caringella, L. Buffoni, *Manuale di Diritto Civile*, VII edizione, Dike Giuridica Editrice, 2016, p. 468 e ss.
- (2) V. anche Cass., Sez. Un., 8 aprile 2008, n. 9148, con la quale la Suprema Corte ha invece negato la natura di ente di gestione del condominio.
- (3) Cass., Sez. Un., 29 ottobre 2004, n. 20957.
- (4) Decreto Trib. di Genova, del 16/03/2016, depositato il 23/03/2016, presidente Dott. Gandolfo.
- (5) Decreto Trib. di Genova del 23/03/2016, depositato il 14/04/2016, presidente Dott. Gandolfo.

(6) Sui procedimenti in camera di consiglio V. artt. 737 e ss. c.c.

(7) Articolo 64 disp. att. del Codice Civile, così come riformato dall'art. 19, comma I, della legge 11 dicembre 2012, n. 220.

(8) Cass. civ., 30 marzo 2001 n. 4706: "È inammissibile il ricorso per cassazione proposto ex art. 111 Cost. contro il decreto con il quale la corte di appello provveda in sede di reclamo avverso il decreto del tribunale ex art. 1129 cod. civ. in tema di revoca dell'amministratore di condominio perché trattasi di provvedimento di volontaria giurisdizione non suscettibile di passare in cosa giudicata, potendo gli interessati nuovamente ricorrere al giudice per chiedere un altro provvedimento in senso difforme da quello precedente".

(9) Cass. civ., 10 gennaio 2003 n. 184: "È ammissibile il ricorso per cassazione proposto ex art. 111 Cost. contro il decreto con il quale la corte di appello provveda in sede di reclamo avverso il decreto del tribunale emesso ai sensi degli artt. 1129, terzo comma cod. civ. e 64 disp. att. cod. civ. in tema di revoca dell'amministratore di condominio; ciò in quanto tale provvedimento, emesso su istanza di alcuni soltanto tra i condomini, comporta la risoluzione anticipata e definitiva del rapporto di mandato esistente tra tutti i condomini, da un lato, e l'amministratore, dall'altro, e cioè incide su diritti soggettivi".

(10) Sul procedimento di mediazione ex d.lgs. n. 28/2010 V. ordinanza Trib. Genova del 16/03/2016 depositata in data 23/03/2016 relatore Dott. Grasso: "l'art. 5 del predetto decreto, nel disciplinare l'ambito di applicazione dell'istituto della mediazione obbligatoria preventiva, nella materia condominiale pone il limite specifico dei procedimenti in camera di consiglio (art. 5 co.4 lett. f); detta previsione non trova eccezione o smentita nel disposto dell'art. 71 quater disp. att. c.c. (che individua le "controversie in materia di condominio ai sensi dell'art. 5 co. 1 d. lgs n. 28/2010" con l'integrale richiamo alle "disposizioni del libro III, titolo VII, capo II del codice"), ove si consideri il chiaro riferimento alla sussistenza, tecnicamente intesa, di una controversia, il che non si verifica nei procedimenti per revoca (o nomina) di amministratore condominiale (cfr. Cass. n. 18730/05: "Nei procedimenti di volontaria giurisdizione non trovano applicazione le regole [...] che postulano l'identificazione di una parte vittoriosa e di una parte soccombente in esito alla definizione di un conflitto di tipo contenzioso ; il provvedimento camerale relativo all'istanza di nomina o di revoca dell'amministratore di condominio, anche quando si inserisce in una situazione di conflitto tra condomini, si risolve in un intervento del giudice di tipo sostanzialmente amministrativo, essendo finalizzato soltanto alla tutela dell'interesse generale e collettivo del condomino ad una sua corretta amministrazione).

Sulla liquidazione delle spese V. decreto Trib. Genova del 12/02/2015 relatore Dott. Gandolfo: "il Collegio, pur non ignorando che il presente procedimento rientra tra quelli di volontaria giurisdizione, ritiene tuttavia di confermare i propri precedenti in punto liquidazione spese, considerando che: a) al procedimento per revoca di amministratore condominiale – assoggettato, ex art. 64 disp. att. cod. civ., alla disciplina in camera di consiglio, deve ritenersi applicabile, in via analogica, il disposto di cui agli artt. 82 e seguenti c.p.c., qualora gli stessi rivestano carattere contenzioso, con conseguente necessità per la parte di avvalersi del ministero di un avvocato [...]".

(11) Cass. civ., 25 novembre 1998, n. 11947: "il giudice del procedimento camerale può modificare e revocare il provvedimento, sia in base ad un riesame e a una diversa valutazione delle originarie risultanze o accertando la mancanza di un requisito essenziale di legittimità, creduto originariamente esistente, sia esaminando nuovi elementi di fatto o il venire meno delle condizioni di legittimità, in epoca successiva all'emanazione del primo decreto con l'unica differenza che nel caso di revoca o di modifica in base a elementi di fatto e di diritto preesistenti al decreto da revocare il provvedimento ha efficacia ex tunc, mentre, in caso di revoca o modifica in base a elementi di fatto e di diritto successivi il provvedimento opera con effetti ex nunc".

(12) Decreto Corte d'Appello di Genova, II sez. civ. del 19/04/2017, depositato il 6/06/2017, presidente Dott. Realini.

(13) Decreto Trib. Genova del 22/07/2015 depositato il 23/07/2015, presidente Dott. Ferrari.

(14) Decreto Trib. Genova del 15/07/2015 depositato il 17/07/2015, presidente Dott. Gandolfo.

(15) Decreto Trib. Genova del 25/05/2016 depositato il 3/06/2016, presidente Dott. Gandolfo: "Infatti, la condotta in esame si pone sì nel momento iniziale del rapporto, ossia nel suo momento genetico, tuttavia è già indice e manifestazione dell'attività di gestione del condominio, alla cui correttezza va parametrata la valutazione della domanda di revoca".

(16) Decreto Trib. Genova del 25/05/2016 depositato il 3/06/2016, presidente Dott. Gandolfo.

Il nuovo trattamento dei crediti tributari e contributivi nel concordato preventivo

Pierpaolo Curri

Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. – *La Corte di Giustizia con la sentenza 16 aprile 2016, C-546/2014, Degano Trasporti* – **2.** *La Corte di Cassazione Civile, Sezioni Unite, sentenza 13 gennaio 2017, n. 760.* – **3.** *La riforma di dicembre ed il nuovo “Trattamento dei crediti tributari e contributivi”.*

1. La Corte di Giustizia con la sentenza 16 aprile 2016, C-546/2014, Degano Trasporti.

Il punto di partenza di queste riflessioni rappresenta in realtà un punto d'arrivo che, faticosamente, i professionisti che si occupano di crisi d'impresa ritengono aver raggiunto dopo una lunga stagione di battaglie giudiziarie.

La Corte Europea di Giustizia (1), il cui intervento fu richiesto dal Tribunale di Udine a seguito di rinvio pregiudiziale (2), ha statuito che il diritto dell'Unione Europea non osta ad una normativa nazionale, ovvero all'art. 160, comma 2, L. Fall.: “interpretata nel senso che un imprenditore in stato di insolvenza può presentare al giudice una domanda di apertura del Concordato Preventivo, al fine di saldare i propri debiti mediante la liquidazione del suo patrimonio, con la quale proponga di pagare solo parzialmente in debito IVA attestando, sulla base dell'accertamento di un esperto indipendente, che tale debito non riceverebbe un trattamento migliore nel caso di fallimento”.

Con tale arresto la Corte Europea di Giustizia scardinava una parte del ragionamento cristallizzato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 225 del 2014. La Consulta dichiarava “non fondata la questione di legittimità costituzionale del disposto degli artt. 160 e 182-ter [...] sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 97 della Costituzione” (3), laddove dispongono che la proposta di concordato contenente una transazione fiscale, con riguardo all'IVA, possa prevedere esclusivamente la dilazione del pagamento.

Il ragionamento della Consulta riposava da un lato, sul presupposto che il trattamento IVA nella procedura di Concordato Preventivo rispondesse all'adempimento di un obbligo derivante dal Trattato sull'Unione Europea e, dall'altro, che il 182 ter L. Fall. (ex “Transazione fiscale”) fosse norma sostanziale, e non procedurale, applicabile in via generale sia al Concordato Preventivo che prevedesse transazione fiscale, sia a quello che non la prevedesse.

Tale pronuncia si appiattiva sull'orientamento espresso dalla Cassazione che, prendendo le mosse da una valutazione più ideologica che giuridica, affermava l'impossibilità di lasciare al debitore la scelta tra promuovere transazione fiscale, o meno, e quindi falcidiare o meno l'IVA.

L'allora norma vigente, introdotta dal Decreto Legge 29 novembre 2008, n. 185, art. 3, predicava che “con riguardo all'imposta sul valore aggiunto, la proposta può prevedere esclusivamente la dilazione del pagamento, disposizione in seguito estesa anche alla ritenute previdenziali effettuate e non versate”.

Interpretando tale norma la Cassazione aveva affermato che: (i) “non avrebbe alcuna giustificazione logica e che quindi non sia credibile che il legislatore abbia inteso lasciare alla scelta discrezionale del debitore assoggettarsi all'onere dell'integrale pagamento dell'IVA, imposta armonizzata a livello comunitario sulla cui gestione, si ribadisce, gli Stati non sono esenti da vincoli (si veda Corte giustizia CE, sez. 5^a, 11/12/2008, n. 174), optando per la transazione fiscale oppure avvalersi della possibilità di proporla un pagamento parziale decidendo per il concordato senza transazione e quindi rimanendo vincolato solo all'obbligo di pagare integralmente il debito nei limiti del valore dei beni

sui quali grava la garanzia”; (ii) “La disposizione che sostanzialmente esclude il credito IVA da quelli che possono formare oggetto di transazione, quanto meno in ordine all'ammontare del pagamento, è una disposizione eccezionale che, come si è osservato, attribuisce al credito in questione un trattamento peculiare e inderogabile.” (4).

A ben vedere, nei numerosi provvedimenti succedutisi nel tempo (5) la giurisprudenza aveva aggiunto motivazioni ulteriori, quali per esempio l'omogeneità di trattamento per il debitore non fallibile (perché sotto soglia), che poteva ricorrere soltanto alla procedura di sovraindebitamento (perché non in possesso dei requisiti menzionati nell'art. 1 L. Fall.) di cui alla legge 27.1.2012 n. 3, il cui articolo 7 prevedeva l'intangibilità dei crediti per IVA. Peraltro, il pagamento dell'IVA (posta al diciannovesimo grado tra i privilegi generali di cui all'art. 2778 c.c.) era stato considerato dalla giurisprudenza come una sorta di precondizione del concordato ed il relativo credito è stato così parificato ad un “superprivilegio” o ad una “quasi-prededuzione” (6).

Anche la prassi dell'Agenzia delle Entrate aveva, ovviamente, sposato tali argomenti (7).

Tralasciamo le critiche alle argomentazioni della Cassazione evidenziate dalla dottrina (8) e dai Giudici di merito (9), che pur potrebbero essere numerose atteso che le affermazioni della Corte non sono fondate su alcun dato sistematico o letterale evidente e pertanto rappresentano una lettura ideologica non condivisibile. La Corte di Cassazione aveva affermato un principio che, avallato dalla Consulta, ha potuto essere superato solo grazie all'intervento della Corte del Lussemburgo.

L'Avvocato Generale Eleanor Sharpston nelle conclusioni rese nella causa Degano C- 546/14 ha svolto un argomento che ha consentito di superare il teorema dell'infalciabilità dell'IVA. L'Avvocato Generale afferma testualmente che è inaccettabile l'argomento della Commissione Europea secondo il quale “i crediti IVA debbano avere precedenza su tutti gli altri crediti per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione”, “in talune circostanze uno Stato membro può ragionevolmente ritenere legittima la rinuncia al pagamento integrale di un credito IVA, purché siffatte circostanze siano eccezionali, puntuali e limitate e purché lo Stato memoro non crei significative differenze nel modo in cui sono trattati i soggetti d'imposta nel loro insieme”.

Partendo da tali mosse l'Avvocato Generale esamina il procedimento di concordato preventivo valutando che si tratti di una procedura che non può essere iniziata o proseguita in caso di occultamento di parte dell'attivo da parte del debitore; che una falcidia dei crediti privilegiati e, in particolare, del credito IVA è possibile solo se un esperto terzo ed indipendente attesta che i beni sui quali insiste la garanzia non consentono una soddisfazione migliore rispetto a quella proposta con il piano di concordato preventivo; che, infine, il creditore è comunque chiamato a votare la proposta ed ha a disposizione mezzi di opposizione che consentono un ulteriore controllo giudiziale sulla proposta di concordato. In conclusione, considerate le garanzie previste dalla procedura e considerato il vantaggio ex se della proposta concordataria rispetto alle alternative concretamente praticabili, l'Avvocato Generale afferma l'incompatibilità con il diritto dell'Unione della interpretazione dell'art. 182 ter L. Fall. data dalla Corte di Cassazione.

La Corte di Giustizia fa proprie le conclusioni dell'Avvocato Generale e dichiara l'incompatibilità comunitaria della norma contenuta nell'art. 182 ter L. Fall. laddove questa non consenta la falcidia dell'IVA.

2. La Corte di Cassazione Civile, Sezioni Unite, sentenza 13 gennaio 2017, n. 760.

Con la pronuncia 13 gennaio 2017, n. 760, pubblicata successivamente alla entrata in vigore della riforma dell'art. 182 ter L. Fall., la Corte di Cassazione compie un autentico *révirement*.

Improvvisamente il concordato con transazione fiscale diviene una procedura speciale distinta dal concordato senza transazione fiscale e, pertanto, la regola della infalciabilità dell'IVA predicata dall'art. 182 *ter* L. Fall. vecchio testo diviene una legge speciale applicabile solo alla disciplina del concordato preventivo con transazione fiscale. *Ca va sans dire* "la tesi che vincola all'infalciabilità del credito per l'IVA anche il concordato senza transazione fiscale"... "risulta ora smentito dalla recente sentenza 7 aprile 2016 pronunciata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella causa C-564-14, che ha dichiarato euromunitariamente compatibile la falcidiabilità del credito IVA in sede di concordato preventivo, in ragione della serietà del procedimento destinato a verificare l'impossibilità di una migliore soddisfazione della pretesa tributaria in caso di fallimento".

La Corte di Cassazione liquida come contraria al sistema la nozione di superprivilegio affidato al credito IVA da una natura sostanziale della norma "processuale o sostanziale che sia, infatti, la regola dell'infalciabilità del credito IVA è inclusa nella disciplina speciale del concordato preventivo con transazione fiscale. E non si può pretendere di estenderla ai casi regolati dalla disciplina generale del concordato preventivo".

Tanta sicurezza e chiarezza interpretativa non dovrebbe stupire se non si conoscessero i pregressi arresti e le tante battaglie condotte nei tribunali dalle imprese che hanno chiesto l'ammissione al concordato preventivo.

3. La riforma di dicembre ed il nuovo "Trattamento dei crediti tributari e contributivi".

In questo contesto giurisprudenziale si inserisce l'ennesima riforma (che come sappiamo non è l'ultima (10)) del diritto fallimentare ed in particolare della disciplina del concordato preventivo.

Il legislatore, alla luce della giurisprudenza comunitaria, percepito il pericolo di un diffuso utilizzo del concordato generale senza transazione fiscale, ha radicalmente riformato la transazione fiscale, abolendola apparentemente dall'istituto concordatario.

La prima novità è percepibile già dalla rubrica. L'art. 182 *ter* L. Fall. non è più rubricato "Transazione fiscale". La rubrica è modificata in "Trattamento dei crediti tributari e contributivi".

La norma non ha più carattere eccezionale ma è divenuta norma della disciplina generale dell'istituto del concordato preventivo. Tale norma prevede l'obbligo del procedimento della transazione fiscale (e contributiva) tutte le volte in cui la proposta di concordato preveda il pagamento parziale o dilazionato dei debiti fiscali e contributivi.

Per poter pagare parzialmente ed in falcidia i crediti erariali e contributivi è pertanto necessario ottemperare alle previsioni dell'art. 182 *ter* L. Fall.

Una seconda ed importante novità è che la norma in questione rende obbligatoria la procedura prevista dall'art. 182 *ter* L. Fall. anche per i crediti contributivi e di assistenza obbligatoria vantati da INPS e INAIL.

Corollario di tale novità è che la mancata presentazione dell'istanza di transazione fiscale, così come la mancata presentazione dell'istanza di transazione contributiva nei concordati preventivi che prevedano la falcidia dei relativi crediti comporta una ipotesi di inammissibilità della domanda.

Alla luce della riforma dovrà anche essere rivista la giurisprudenza che ha affermato la non obbligatorietà della formazione di classi (11), quantomeno nella frequente ipotesi di falcidia dei crediti erariali e previdenziali.

L'art. 182 *ter* L. Fall., proprio al fine di consentire all'Erario ed agli Enti previdenziali un sufficiente peso nella formazione delle maggioranze di approvazione di una domanda di concordato preventivo, prevede che tali crediti vengano posti in apposita classe.

"Nel caso in cui sia proposto il pagamento parziale di un credito tributario o contributivo privilegiato, la quota di credito degradata al chirografo deve essere inserita in un'apposita classe" art. 182 *ter*, primo comma, ultimo alinea).

Conseguentemente essendo obbligatorio il separato classamento dell'Erario e dell'INPS rispetto agli altri crediti, è obbligatoria la formazione delle classi.

Tale norma pone all'interprete alcune questioni.

La prima e più piana questione è appunto la necessità di separato classamento di Erario e INPS.

Una seconda questione è se per apposita classe debba intendersi una classe comune a credito tributario o previdenziale privilegiato. Sempre l'art. 182 *ter*, primo comma, nella parte superiore predica che "se il credito tributario o contributivo è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori o meno vantaggiosi rispetto a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore". Nel caso di specie il credito contributivo non può essere trattato in maniera meno vantaggiosa rispetto a quello erariale, godendo di un privilegio *potiore* ma può avere un trattamento identico a quello erariale.

Dall'esame di tale norma parrebbe pertanto potersi affermare l'identità di trattamento e pertanto la possibilità di formazione di un'unica apposita classe.

Interrogandosi tuttavia sulla *ratio legis* della norma tale soluzione potrebbe essere criticabile. La motivazione sottostante la norma parrebbe essere quella di affidare agli Enti erariali e previdenziali un peso particolare nella formazione delle maggioranze. Tuttavia il confinamento in unica classe dei due, o tre, enti potrebbe avere quale effetto l'indebolimento della posizione dell'uno o dell'altro ente. Ciò tanto più laddove si consideri che le percentuali che consentono, per prassi ancora vigente (Circolare n. 38 del 15 marzo 2010 (12)) a INPS di accettare una proposta di transazione contributiva sono di gran lunga superiori a quelle previste dalla prassi dell'Agenzia delle Entrate (Circolare Agenzia Entrate n. 40/E del 18 aprile 2008 e Circolare n. 19/E del 6 maggio 2015).

Conseguentemente se INPS ed Erario fossero poste in un'unica classe l'Agenzia delle Entrate potrebbe veder diminuito il proprio peso ed essere così confinata in una classe sicuramente contraria alla domanda di concordato, contro il proprio volere.

Si ritiene per tale ragione sia preferibile la formazione di separate classi per gli Enti assoggettati alla disciplina dell'art. 182 *ter* L. Fall. o comunque dovrebbe essere sempre consentito, per ragioni di opportunità nella formazione delle classi, di formare separate classi per i due Enti.

Una ulteriore questione, corollario della precedente, è la necessità di porre nella medesima unica classe anche il credito contributivo originariamente chirografario.

Torniamo alla norma che prevede, sempre al comma 1, che "se il credito tributario o contributivo ha natura chirografaria, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole".

Premesso che non si intravede la fattispecie di un credito tributario chirografario (mentre previdenziale si atteso che le sanzioni, per il 50%, hanno grado chirografario), il dubbio è se la norma intenda porre eguaglianza tra crediti originariamente chirografari o tra crediti chirografari siano essi divenuti tali per degrado o così sorti. Tale questione è di rilievo atteso che è relativa alla formazione delle classi ovvero ad un elemento di ammissibilità del piano.

La soluzione più letterale parrebbe imporre il classamento nella migliore delle classi. Tuttavia tale interpretazione potrebbe contrastare con la norma di cui al 160 L. Fall. ovvero con il necessario rispetto dell'ordine delle cause di prelazione.

Una soluzione sistematica e/o di conformità alla ragione della

norma dovrebbe risolvere la questione imponendo il classamento di tutti i crediti erariali in unica classe, siano essi degradati o originariamente chirografari.

Altra questione verte, infine, sulla tecnica di redazione delle classi. Le norme rilevanti sono l'art. 182 *ter* L. Fall., l'art. 177 L. Fall., l'art. 160 L. Fall.

La giurisprudenza di merito ha affermato che “*la suddivisione dei creditori in classi si giustifica solo con riferimento alla formazione delle maggioranze per l'approvazione della proposta e, dunque, all'esercizio del diritto di voto, che spetta ai creditori privilegiati soltanto “per la parte di credito non coperta dalla garanzia”*” (13).

L'art. 182 *ter* L. Fall. che abbiamo più volte citato obbliga alla formazione delle classi e recita “*Nel caso in cui sia proposto il pagamento parziale di un credito tributario o contributivo privilegiato, la quota di credito degradata al chirografo deve essere inserita in un'apposita classe.*”

In base ad una lettura letterale della norma il pagamento parziale di un credito tributario privilegiato comporta il degrado a chirografo della parte per la quale non sia previsto il pagamento e che per tale quota, impagata, è imposto l'apposito classamento.

L'interpretazione letterale pertanto parrebbe imporre la formazione di una classe con soddisfazione zero (14).

Per la parte soddisfatta (pagata) l'Erario non avrebbe diritto di voto e, invece, voterebbe per la parte non soddisfatta posta in apposita classe.

La norma di riferimento è infatti l'art. 177 L. Fall. a mente del quale “*i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, ancorchè la garanzia sia contestata, dei quali la proposta di concordato prevede l'integrale pagamento, non hanno diritto di voto.*”

Tuttavia, l'art. 177, terzo comma, L. Fall. indica che i creditori che la legge consente di non soddisfare integralmente vengano equiparati ai fini del voto ai creditori chirografari per la parte non coperta da garanzia. L'art. 177, secondo comma L. Fall. è più esplicito, anche se in diversa fattispecie, nel riferirsi alla parte non coperta da garanzia.

Se così fosse l'equiparazione ai creditori chirografari sarebbe imposta dalla legge non già alla parte di credito privilegiato non soddisfatta, ma alla parte non coperta da garanzia.

Per garanzia deve intendersi, per richiamo della norma all'art. 160 L. Fall. quella parte di credito che sulla base della perizia giurata da un professionista *terzo* ed imparziale nominato dal debitore, troverebbe soddisfazione anche nello scenario liquidatorio, *rectius* fallimentare.

Secondo siffatta ricostruzione, allora, il legislatore con la novella di cui al D. L. 232/2016 ha perso l'occasione di fare chiarezza. L'art. 182 *ter* L. Fall. mantiene infatti una dicitura ambigua laddove parrebbe affermare l'obbligo di porre in apposita classe la parte del credito erariale non pagata dal concordato ma, così facendo, si porrebbe in contrasto con l'art. 177 L. Fall.

L'art. 182 *ter* L. Fall. dovrebbe essere letto, secondo argomento sistematico, alla luce dell'art. 177 L. Fall. e così portare a classare il credito erariale o previdenziale per la parte non coperta da garanzia e non già per la parte non soddisfatta dalla procedura.

Tuttavia, tale lettura sistematica è in contrasto con una lettura letterale sicché il problema rimane aperto.

L'argomento sistematico è corroborato da una lettura ragionata della norma alla luce della *ratio legis* del classamento dei crediti. Tale tecnica di redazione del piano ha infatti da un lato una logica elettorale e dall'altro consente ai creditori di avere un peso pari al proprio interesse alla approvazione o meno dell'accordo concordatario. Nel valutare il “peso” dei creditori, infatti, solo considerando la quota che non verrebbe garantita ai creditori privilegiati in caso di fallimento, potrà consentirsi un'adeguata ponderazione dei diversi interessi.

L'esame dell'impianto concordatario porta infatti a ritenere che se la conseguenza della carenza di interesse nei confronti della procedura concordataria è l'esclusione dal diritto di voto, allora, nel momento in cui la procedura concordataria assume dei contenuti che possono interessare anche i creditori privilegiati, questi devono essere ammessi al voto.

Il creditore privilegiato sarà ammesso al voto e avrà una rilevanza ai fini dell'approvazione del concordato pari alla quota di credito che, in caso di fallimento, non è garantita al pari del creditore chirografario che, *ex lege*, tutte le volte che un concordato preveda la falcidia dei creditori privilegiati non avrebbe alcuna soddisfazione in caso di fallimento.

Da questa rapida disamina può apprezzarsi come la riforma dell'art. 182 *ter* l. fall. abbia imposto una radicale riforma alla legge fallimentare per la gestione delle crisi di impresa.

La riforma ha poi portato modifiche anche procedurali qui non trattate.

Note:

(1) La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 16 aprile 2016, C-546/2014, Degano Trasporti in curia.europa.eu.

(2) Cfr. Corte Costituzionale n. 225 del 2014, in www.cortecostituzionale.it.

(3) Cfr. Tribunale di Udine Ordinanza 30 ottobre 2014 in www.ilcaso.it.

(4) Cfr. Corte di Cassazione, Sez. I, 4 novembre 2011 n. 22932, in www.unijuris.it.

(5) Cfr. Cassazione Civile 16.5.2012, n. 7667 in *Banca Dati Dottrina d'Italia*; Cassazione Civile 30.4.14, n. 9541 in www.ilcaso.it; Cassazione Civile 25.6.2014 n. 14447 in *Banca Dati Dottrina d'Italia*; Cassazione Civile 9.2.2016, n. 2560 in www.ilcodicedeconcordati.it; Cassazione Penale 31.10.13, n. 44283 in www.ilsole24ore.com.

(6) Cfr. Trib. Vicenza Decreto del 5 febbraio 2016.

(7) Cfr. paragrafo 2 della Circolare del 6 maggio 2015, n. 19/E, secondo la quale la previsione legislativa della sola modalità dilatoria in riferimento al trattamento del credito IVA costituirebbe condizione di ammissibilità della proposta di concordato preventivo, a prescindere dalla presentazione o meno della domanda di transazione fiscale ai sensi dell'articolo 182- *ter* della L.F.

(8) Tra gli altri cfr. G. Andreani, *La falcidiabilità dell'IVA nel concordato preventivo senza transazione fiscale: tesi a confronto, dopo la sentenza della Corte Costituzionale*, in *Ilfallimentarista.it*, 2014, p. 6; G. Bozza, *Il trattamento dei crediti privilegiati nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2012, 377 ss.; A. Penta, *Obbligatorietà o facoltatività nel “classamento” dei creditori e carattere autonomo o dipendente della transazione fiscale*, in *Fall.*, 2010, 233 ss.

(9) *Ex multis* Trib. Ascoli Piceno 14.3.2014; App. Venezia 7.5.13, App. Venezia 23.12.2013; Trib. Campobasso, 29.7.2013; Trib. Varese, 30.6.2012; Trib. Perugia 16.7.2012; Trib. Cosenza 29.5.13; Trib. di Como 29.1.2013; Trib. Como 22.10.13; Trib. Cosenza 29.5.2013; Trib. di Sondrio 12.10.2013; App. Genova 27.7.2013; Trib. Busto Arsizio 7.10.2013; Trib. Santa Maria Capua Vetere 17.2.2016; Trib. Rovigo decreto 26.5.2015, tutte in www.ilcaso.it.

(10) Disegno di legge n° 2681 Legge Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza definitivamente approvato il 11/10/2017, in www.senato.it.

(11) Cfr. Cassazione Civile, Sez. I, 10 febbraio 2011, n. 3274: “*Nella formulazione della proposta di concordato fallimentare l'utilizzazione delle classi non è in alcun modo prevista come obbligatoria, bensì come ipotesi meramente alternativa a quella della classica suddivisione dei creditori secondo il rango, privilegiato o chirografario, del credito.*” in www.ilfallimento.it.

(12) Circolare INPS n. 38 del 15 marzo 2010, parte seconda n. 6: “*La proposta di pagamento parziale non può essere inferiore ai seguenti limiti: a) al 100% per i crediti privilegiati di cui al n.1 dell'art. 2778 c.c. e per i crediti per premi; b) al 40% per i crediti privilegiati di cui al n.8 dell'art. 2778 c.c.; c) al 30% per i crediti chirografari, tra i quali rientra il restante 50% degli accessori.*”

(13) Cfr. Tribunale di Udine, Decreto 7 settembre 2017, in www.unijuris.it.

(14) P. Catalozzi, *La formazione delle classi*, in *Fall.* 2009, p. 587.

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Massime

I

Corte Costituzionale, 22 novembre 2016, n. 245 – Pres. Grossi – Red. Coraggio. (1)

GIUDIZIO IN VIA INCIDENTALE – jus superveniens – normativa non applicabile alla specie in base al principio tempus regit actum – sua irrilevanza – restituzione degli atti a giudice a quo – esclusione.

(Art. 23, co. 2, L. 11 marzo 1953, n. 87)

BANDO DI GARA — concessione di servizi – aggiudicazione su base regionale e lotto unico – clausola che incide sulle chance di aggiudicazione – carattere non immediatamente escludente – impugnabilità solo unitamente agli atti applicativi.

(Art. 30, D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163; Cons. St., Adunanza Plenaria, 29 gennaio 2003, n. 1)

Nel giudizio in via incidentale, lo jus superveniens relativo a una normativa non applicabile al giudizio principale in base al principio tempus regit actum non influisce sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale, sicché non ne determina la rimessione degli atti al giudice a quo.

Nel bando di gara avente ad oggetto l'aggiudicazione di una concessione di servizi su base regionale e a lotto unico non hanno carattere immediatamente escludente (in quanto non immediatamente lesive) le clausole del bando di gara che incidono solo in via eventuale sulle chance di aggiudicazione degli eventuali partecipanti, sì che ne è ammissibile l'impugnazione solo unitamente agli atti applicativi (previa presentazione della domanda di partecipazione alla gara).

II

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. 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. Mauceri e Romani) c. Atpl Liguria (Avv. Pericu e Bettini) e Regione Liguria (Avv. Sommariva e Baroli). (2)

CORTE DI GIUSTIZIA – rinvio pregiudiziale – affidamento di una concessione di servizi – mancata partecipazione alla gara sulla base dell'improbabilità dell'aggiudicazione – impugnabilità del bando di gara – esclusione in base al consolidarsi di un'interpretazione prefigurante un diritto vivente in formazione – incompatibilità con la normativa dell'Unione europea.

(Art. 1, par. 1, 2, 3 e art. 2 par. 1, lett. b) Direttiva n. 89/665 CEE; art. 100 c.p.c., Corte cost., 22 novembre 2016, n. 245; Cons. St., Sez. IV, 6 febbraio 2017, n. 481 e Sez. III, 3 febbraio 2017, n. 474)

CORTE DI GIUSTIZIA – rinvio pregiudiziale – esito –

influenza sulla ripartizione delle spese – rilevanza eu-rounitaria – sussistenza.

(Art. 267 TFUE; art. 91 c.p.c.)

È rimessa alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale circa la compatibilità con la normativa dell'Unione europea del diritto vivente in formazione concernente la non impugnabilità del bando di gara per l'affidamento di una concessione di servizi in caso di mancata partecipazione alla gara per l'alta probabilità di non conseguire l'aggiudicazione

È rilevante la questione pregiudiziale rimessa alla Corte di giustizia il cui esito incida sulla natura (di rito o merito) e il contenuto (di accoglimento o rigetto) della pronuncia definitiva del giudice a quo sulla controversia principale e dunque determini la ripartizione delle spese del giudizio di rinvio.

L.C.

(1–2) Si pubblicano insieme le due decisioni in quanto la sentenza della Consulta è stata resa su sollevazione del T.A.R. Liguria, mentre la seconda reca la domanda pregiudiziale rivolta in modo consequenziale dallo stesso giudice alla Corte di giustizia.

Corte Costituzionale, sent. 11 luglio 2017, n. 160 – Pres. Grossi – Red. Morelli.

REGIONE LIGURIA – corresponsione del trattamento di trasferta al personale di supporto alle attività consiliari – invasione della competenza statale nella materia dell'«ordinamento civile» – illegittimità costituzionale – sussistenza.

(Art. 117, comma 2, lett. l) Cost.; art. 8, comma 2, legge regionale Liguria 21 giugno 2016, n. 8; Corte cost., sentt. nn. 151/2010; 332/2010; 77/2011; 339/2011; 215/2012; 290/2012; 225/2013; 286/2013; 61/2014; 211/2014; 72/2017)

A seguito della privatizzazione del pubblico impiego e della disciplina del trattamento dei dipendenti pubblici, compresi quelli regionali, con conseguente applicabilità delle norme civilistiche e della contrattazione collettiva, invade la competenza esclusiva dello Stato in materia «ordinamento civile» la previsione, da parte della Regione Liguria, della corresponsione al personale di supporto alle attività consiliari regionali del trattamento previsto dalla contrattazione collettiva in caso di trasferta qualora le sedute del Consiglio si protraggano oltre le ore ventuno.

C.G.

TAR Liguria, sez. II, 10 luglio 2017, n. 596 – Pres. Pupilella – Est. Vitali – Soc. Park Tennis (Avv. Borrello) c. Comune di Genova (Avv. Pessagno e Buraldo) e nei confronti di My Tennis (Avv. Bilanci).

SCRUTINIO ricorso incidentale e principale – inte-

resse alla gara contestazione in ordine all'offerta – natura escludente dei motivi – disponibilità all'assegnazione di spazi – valutazioni espresse dalla commissione di gara – limite dei giudizi tecnici.

In aderenza ai criteri fissati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 9/2014, deve essere scrutinato per primo il ricorso incidentale, ove volto a contestare la legittimità della partecipazione alla gara del ricorrente principale, in quanto il suo accoglimento priverebbe il ricorrente principale della legittimazione ad agire. (1)

Invece, nel caso in cui i concorrenti siano soltanto due, di talché residui l'interesse alla riedizione della gara, e vi sia contestazione in ordine all'offerta del ricorrente incidentale, per un vizio che attenga alla medesima fase della procedura di gara, il ricorso principale va esaminato nel merito anche quando il ricorso incidentale escludente sia accolto.

Pertanto nel caso in cui il ricorso incidentale non sia escludente, perché non contesta la partecipazione alla gara del ricorrente principale, il ricorso principale va esaminato per primo.

Non rivestono natura escludente tutti i motivi del ricorso incidentale che attengono all'errata attribuzione dei punteggi ai due concorrenti, cioè ad una fase che si colloca a valle dell'ammissione dei concorrenti alla gara.

La generica “disponibilità all'assegnazione di spazi ad associazioni e/o società sportive eventualmente interessate” non integra affatto una dichiarazione di sub-concessione, è dirimente il rilievo che tale dichiarazione non è comunque prevista a pena di esclusione.

Le valutazioni espresse dalla commissione di gara devono intendersi estranee all'ambito oggettivo del sindacato di legittimità delle relative determinazioni, che non può estendersi fino a scrutinare il merito dei pertinenti giudizi tecnici, se non nelle limitate ipotesi in cui gli stessi risultino assunti sulla base di una fallace rappresentazione della realtà fattuale o in esito ad una deliberazione del tutto illogica o arbitraria della qualità dell'offerta tecnica (per tutte cfr. Cons. di St., n. 4650/2016).

(1) Nota

La mera partecipazione (di fatto) alla gara non è sufficiente per attribuire la legittimazione al ricorso. La situazione legittimante costituita dall'intervento nel procedimento selettivo, infatti, deriva da una qualificazione di carattere normativo, che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva. Pertanto, la definitiva esclusione o l'accertamento retroattivo della illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abilita ad impugnare gli esiti della procedura selettiva. Tale esito rimane fermo in tutti i casi in cui l'illegittimità della partecipazione alla gara è definitivamente accertata, sia per inoppugnabilità dell'atto di esclusione, sia per annullamento dell'atto di ammissione e, soprattutto, indipendentemente dal numero dei partecipanti alla gara. L'invalidità della posizione del ricorrente principale, deve scaturire dalla violazione di doveri o obblighi sanzionati a pena di inammissibilità, di decadenza, di esclusione quali a mero titolo esemplificativo: l'intemperatività della

domanda di partecipazione alla gara, la carenza di requisiti soggettivi generali, la carenza di requisiti di natura tecnica o finanziaria, ovvero di elementi essenziali dell'offerta.

Lorenzo Barabino
Avvocato, Foro di Genova

TAR Liguria, sez. II, 23 ottobre 2017, n. 791 – Pres. Pupilella – Est. Vitali – Soc. Robba S.r.l. (Avv.ti Mazzini, Calcagno, Casano, Martignone) c. Comune di Genova (Avv.ti Odone e De Paoli).

PARAMETRO per l'individuazione della spettanza del danno da perdita di chance – onere probatorio – sequenza causale tra l'atto illegittimo e la perdita patrimoniale rivendicata – natura condizionante – procedure di aggiudicazione di appalti pubblici – tutela in forma specifica e per equivalente – esclusione dal risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare.

Con riferimento al diritto ad ottenere il risarcimento del danno derivante dall'illegittimo esercizio di attività amministrativa e/o dal mancato esercizio il Consiglio di Stato (sez. III, 9 febbraio 2016, n. 559), ha precisato i parametri alla cui stregua dev'essere giudicata la spettanza del danno da perdita di chance per l'impresa che abbia denunciato l'illegittimità dell'affidamento diretto, ottenendone l'annullamento.

Invero, la risarcibilità del danno da perdita di chance è stata riconosciuta nelle sole ipotesi in cui l'illegittimità dell'atto ha provocato, in via diretta, una lesione della concreta occasione di conseguire un determinato bene e quest'ultima presenti un rilevante grado di probabilità (se non di certezza) di ottenere l'utilità sperata (Cons. St., sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4592). È stato inoltre chiarito che, nelle pubbliche gare, il predetto diritto risarcitorio spetta solo se l'impresa illegittimamente pretermessa dall'aggiudicazione riesca a dimostrare, con il dovuto rigore, che la sua offerta sarebbe stata selezionata come la migliore e che, quindi, l'appalto sarebbe stato ad essa aggiudicato, con un elevato grado di probabilità (Cons. St., sez. V, 22 settembre 2015, n. 4431). Il danneggiato risulta, perciò, gravato dell'onere di provare l'esistenza di un nesso causale tra l'adozione o l'esecuzione del provvedimento amministrativo illegittimo e la perdita dell'occasione concreta di conseguire un determinato bene della vita (Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4115), con la conseguenza che il danno in questione può essere risarcito solo quando sia collegato alla dimostrazione della probabilità del conseguimento del vantaggio sperato, e non anche quando le chance di ottenere l'utilità perduta restano nel novero della mera possibilità (Cons. St., sez. IV, 23 giugno 2015, n. 3147). Mentre, infatti, nel primo caso (probabilità di conseguimento del bene della vita) appare ravvisabile un nesso causale, da valersi quale indefettibile elemento costitutivo dell'illecito aquiliano, tra condotta anti giuridica e danno risarcibile, nella seconda ipotesi (mera possibilità di conseguimento del vantaggio perduto) risulta interrotta proprio la sequenza causale tra l'atto illegittimo e la perdita patrimoniale rivendicata dal danneggiato. Nel caso, in cui, quest'ultimo non riesca a dimostrare che, senza l'adozione dell'atto illegittimo, avrebbe certamente (o molto probabilmente) conseguito il vantaggio che, invece, l'attività provvedimentoale

lesiva gli ha impedito di ottenere, non appare ravvisabile alcuna perdita patrimoniale eziologicamente riconducibile all'atto invalido, nelle forme del lucro cessante e, cioè, nella perdita di un'occasione concreta e molto probabile di accrescimento del patrimonio del danneggiato. [...] Nelle controversie aventi ad oggetto le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici la perdita di chance può, infatti, essere risarcita solo quando vengono giudicate illegittime l'esclusione di un'impresa da una gara o l'aggiudicazione della stessa a un'altra impresa e quella invalidamente pretermessa dall'affidamento dell'appalto riesce a dimostrare che, se la procedura fosse stata amministrata correttamente, la sua offerta avrebbe avuto concrete probabilità di essere selezionata come la migliore, risultando provato, in questo caso, il nesso causale diretto tra la violazione accertata e la perdita patrimoniale (nella forma del lucro cessante) patita dalla concorrente alla quale è stata invalidamente sottratta l'occasione di conseguire l'aggiudicazione. Quando, invece, viene giudicato illegittimo l'affidamento diretto di un appalto (e, quindi, la gara non è stata indetta), l'impresa che, come operatrice del settore, lo ha impugnato, lamentando la sottrazione al mercato di quel contratto, riceve, in via generale, una tutela risarcitoria integralmente soddisfattiva per mezzo dell'effetto conformativo che impone all'Amministrazione di bandire una procedura aperta per l'affidamento dell'appalto (ed alla quale potrà par-

tecipare, conservando, perciò, integre le possibilità di aggiudicazione del contratto). Tuttavia nelle ipotesi in cui tale forma di tutela (in forma specifica) non è più possibile perché l'Amministrazione ha deciso di gestire direttamente il servizio, internalizzandone l'esercizio, resta quale forma di tutela risarcitoria quella per equivalente da perdita di chance.

Pertanto, la mancanza dell'indefettibile condizione dell'esistenza del nesso causale tra il danno lamentato e l'attività provvedimento illegittima, dedotta come dannosa, deve ritenersi condizionante ai fini della decisione.

Vieppiù, ai sensi dell'art. 30 comma 3 c.p.a., "nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti". Pertanto, qualora ad esempio, nell'ambito del ricorso straordinario, le parti ricorrenti non abbiano richiesto, come pure era possibile ex art. 3 comma 4 della legge 21.7.2000, n. 205, la sospensione cautelare della deliberazione di giunta comunale contestata, il giudice dovrà prendere in considerazione tale comportamento omissivo valutando il fatto che un diverso comportamento avrebbe consentito di evitare il danno lamentato.

L.B.

Sezione di diritto tributario

Massime

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 11 gennaio 2017, n. 14 - Pres. Soave e Rel. Piombo.

ACCERTAMENTO – dichiarazione integrativa a favore – presentazione – termine - D.L. n. 193/2016 – modifiche – estensione del termine annuale – retroattività della modifica – esclusione.

Il D.L. 22/10/2016, n. 193, che modificando l'art. 2 del D.P.R. n. 322/1998 ha previsto la possibilità di presentare la dichiarazione integrativa "a favore" anche oltre l'anno purché nei termini previsti per l'accertamento, ha introdotto una disposizione che non ha carattere retroattivo, bensì innovativo, potendo quindi solo disporre per l'avvenire. Conseguentemente, deve ritenersi tardiva la dichiarazione integrativa a favore per l'anno 2008 che sia stata presentata nel 2013.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 27 aprile 2017, n. 624 - Pres. Celle e Rel. D'avanzo.

ACCERTAMENTO – P.V.C. emesso nei confronti di un soggetto terzo – mancata allegazione – mancata conoscenza da parte del contribuente accertato – accertamento – nullità – sussiste.

E' illegittimo, per violazione dell'art. 7 dello Statuto dei diritti del contribuente, l'accertamento fondato sulle risultanze di un P.V.C. emesso nei confronti di un terzo, se tale P.V.C. non è allegato all'accertamento medesimo o non risulta conosciuto dal contribuente accertato.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 15 giugno 2017, n. 874 - Pres. Canepa e Rel. Semino.

ACCERTAMENTO – società di persone e soci – verifica della Guardia di Finanza ordinata nell'ambito di un diverso processo civile – fondamento della pretesa impositiva - legittimità.

Sono legittimi gli accertamenti emessi nei confronti di una società di persone e dei soci che siano stati fondati su di una verifica della Guardia di Finanza disposta in esecuzione di un ordine del Tribunale nell'ambito di una causa civile (nella specie, di scioglimento del matrimonio tra i due soci, nella quale uno dei due soci lamentava la mancata percezione di utili durante l'attività sociale chiedendo all'altro coniuge il rendiconto della relativa gestione). L'Amministrazione finanziaria, infatti, può avvalersi di qualsiasi elemento di prova, acquisito legittimamente, con esclusione di quelli la cui utilizzabilità discenda da una specifica disposizione di legge tributaria o dal fatto di esser stati acquisiti in violazione di diritti fondamentali di rango costituzionale.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 20 novembre 2017, n. 1574 - Pres. Cardino e Rel. Barabino.

ACCERTAMENTO – IVA – Accertamento "a tavolino" – Assenza di contraddittorio preventivo – Violazione art. 12 comma 7 l. 2000, n. 212 – accertamento – IRPEF

– IRAP – Tributi non armonizzati – Contraddittorio preventivo – Violazione – non sussiste.

Secondo la Suprema Corte (Cass. nn. 16602/15, 7843/15, 7584/15, 24823/15) il termine dei 60 gg. è posto a garanzia del Contribuente, con la finalità di migliorare l'efficacia del contraddittorio procedimentale, prevedendo peraltro che nei così detti accertamenti "a tavolino" non sussiste l'obbligo del contraddittorio per le imposte non armonizzate. Per i tributi armonizzati, come anche nel caso di specie, ove l'oggetto di contestazione è l'IVA, la mancanza di contraddittorio comporta l'invalidità dell'atto, se il contribuente da evidenza delle ragioni che avrebbe potuto far valere nel pieno esercizio del suo diritto di difesa. Sussiste quindi la violazione se il contribuente evidenzia di non essere stato posto nelle condizioni di produrre tutta la documentazione necessaria a rispondere alle richieste dell'Ufficio (nella specie, la CTR ha ritenuto valido l'accertamento nella parte afferente le imposte non armonizzate, Irpef, add.reg. e com. ed Irap, in quanto, trattandosi di accertamento a tavolino, ha ritenuto non esserci stata la violazione dell'art. 12 c. 7 l. 2000, né la lesione del contraddittorio; la CTR, per quanto riguarda l'Iva, imposta armonizzata, ha ravvisato l'esistenza dell'obbligo del contraddittorio verificando di conseguenza la fondatezza delle ragioni addotte dal contribuente).

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 22 marzo 2017, n. 415 - Pres. Canepa e Rel. D'Avanzo.

DAZI DOGANALI – royalties – assoggettamento ai dazi doganali – condizione - inclusione nel valore della merce in dogana – loro pagamento quale condizione per la vendita – pagamento eseguito ad un terzo diverso dal venditore – rapporto di controllo tra venditore e terzo - Agenzia delle Dogane – onere della prova - incombenza.

L'art. 32 del CDC prevede che le royalties, non comprese nel prezzo della merce importata, devono essere incluse nel valore doganale se costituiscono condizione per la vendita delle merci, di modo che il loro mancato pagamento possa impedire la fornitura dei prodotti; se, invece, l'acquisto non è subordinato al pagamento delle royalties, queste non devono essere incluse nel valore della merce in dogana. In particolare, ai sensi dell'art. 159 del DAC, il corrispettivo o il diritto di licenza legato ad un marchio deve essere incluso nel valore della merce solo se tale merce è posta in commercio con il marchio di fabbrica e l'acquirente non la possa ottenere da altri fornitori non legati al titolare dei diritti. Inoltre, nel caso in cui le royalties siano pagate ad un soggetto terzo rispetto al fornitore dei beni, in base all'art. 160 del CAD, le condizioni previste dall'art. 157 del DAC si intendono assolte solo se il venditore chiede all'acquirente di effettuare tale pagamento, se risulta provato che le royalties sono riferibili alle merci oggetto di valutazione e che il pagamento è una condizione di vendita. Pertanto, nel caso di pagamento effettuato ad un soggetto terzo rispetto al fornitore dei beni, la richiesta di maggiori dazi sull'importo delle royalties è subordinato al fatto che l'Agenzia delle Dogane dimostri che il loro pagamento costituisce obbligo e condizione per la vendita della merce, che il venditore, diverso dal licenziante, in mancanza di tale pagamento non avrebbe proceduto alla vendita della merce e che tra il venditore ed il terzo sussiste un controllo tale da giustificare il pagamento delle royalties al terzo.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 13 aprile 2017, n. 588 - Pres. Cardino e Rel. Zanoni.

DAZI DOGANALI – accise – esenzione – forniture di carburante – imbarcazioni extra comunitarie utilizzate per fini commerciali – applicazione - spettanza.

ACCERTAMENTO – contraddittorio preventivo – art. 12, comma 7, L. n. 212/200 - materia doganale – applicazione - sussiste.

Fino al 25/03/2012, data a partire dalla quale è entrata in vigore la modifica dell'art. 2, c. 3, del Codice della Nautica da diporto, anche le imbarcazioni battenti bandiera extra UE, utilizzate a fini commerciali e destinate al diporto tramite contratti di noleggio, potevano usufruire dell'esenzione dal pagamento delle accise sul rifornimento di carburante senza la necessità di particolari condizioni e senza l'obbligo di iscrizione nel Registro internazionale, potendo tale esenzione ricavarsi dal testo del punto 3 della Tabella A allegata al D.lgs. n. 504/95 che escludeva le esenzioni dalle accise per le sole imbarcazioni private da diporto, esclusione ribadita anche dal D.M. n. 577/1995.

Il contraddittorio preventivo previsto dall'art. 12, comma 7, L. n. 212/2000, è applicabile anche in materia doganale trattandosi di disposizione di applicazione generale, così come riconosciuto dalla Corte di Giustizia, sentenza 8/12/2008, causa C-347/07 Sopropè. Tale conclusione è confermata dall'art. 22 del codice doganale dell'Unione (Reg. UE 9 ottobre 2013, n. 952), dalla stessa prassi dell'Agenzia delle Dogane (nota n. 36431/2011) e dalla giurisprudenza della C.T.R. di Genova (sent. 13/01/2015, n. 36).

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 21 novembre 2017, n. 1585 - Pres. Cardino e Rel. Chiti.

DAZI DOGANALI – origine della merce – dimostrazione – relazione OLAF – valore probatorio

In materia doganale, ai fini della determinazione dell'origine della merce, come affermato dalla Cassazione (sent. 19780/2013), tutti gli accertamenti compiuti dall'OLAF hanno rilevanza probatoria nell'ordinamento Comunitario in forza di quanto previsto dal Regolamento CEE 1073/1999. Ciò in quanto le verifiche dell'OLAF si sostanziano in vere e proprie indagini investigative sui luoghi da dove hanno origine i prodotti importati e con l'esame della documentazione che si riferisce allo scambio commerciale.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 21 novembre 2017, n. 1587 – Pres. Cardino e Rel. Chiti.

DAZI DOGANALI – Tributi armonizzati – contraddittorio preventivo – obbligo – Violazione art. 12 comma 7 l. 2000, n. 212 – Sussiste.

Nell'ambito dei tributi “armonizzati” l'obbligo del contraddittorio endoprocedimentale sia stato espressamente riconosciuto dalla Corte di Giustizia e la sua valenza debba essere estesa all'interno dei singoli stati, come principio di rilevanza costituzionale. La Suprema Corte con la sentenza n. 24823/15 ha espressamente riconosciuto una rilevanza generalizzata al contraddittorio, “quale esplicitazione del diritto alla difesa, principio fondamentale dell'Ordinamento Europeo che trova applicazione ogni qualvolta l'Amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un soggetto un atto ad esso lesivo”. Di conseguenza il contribuente “deve essere messo preventivamente in condizione di manifestare utilmente il suo punto di vista”.

Ciò si traduce nella possibilità per lui di esaminare compiutamente l'operato dei verificatori e rispondere in modo specifico e dettagliato ai rilievi esposti nel p.v.c. o al limite anche accettare le conclusioni di cui allo stesso p.v.c. ed evitare così ulteriori sanzioni e costi per predisporre la difesa in giudizio. Del resto “il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio” è stato da tempo sancito dalla Corte di Giustizia Europea (Corte Giust. 22/10/13 – causa C-276/12 per tutte). (Nel caso di specie l'Agenzia delle Dogane aveva notificato al CAD Italia Srl il p.v.c. unitamente all'avviso di accertamento senza rispettare il termine di legge fra l'emissione e la notifica del primo - p.v.c. - e la notifica dell'avviso di accertamento La questione verteva quindi sul diritto del contribuente a veder rispettato il termine di giorni 60 dal rilascio della copia del p.v.c. al contribuente, prima della notifica dell'avviso di accertamento).

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 18 maggio 2017, n. 756 - Pres. e Rel. Venturini.

IMPOSTA DI REGISTRO – costituzione di diritto di superficie su terreno agricolo – aliquota 8% - art. 1, comma 1, Tariffa – Parte prima, d.p.r. n. 131/86 – applicazione – aliquota 15% - art. 1, comma 3, Tariffa – Parte prima, d.p.r. n. 131/86 – esclusione.

La costituzione di un diritto di superficie su di un terreno agricolo, finalizzata alla realizzazione di un impianto fotovoltaico, è assoggettata all'imposta di registro proporzionale dell'8% prevista dal primo comma dell'art. 1 della Tariffa – Parte prima allegata al D.P.R. n. 131/1986 (afferente gli “Atti traslativi a titolo oneroso della 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 espropriazione per pubblica utilità e i trasferimenti coattivi”) e non all'imposta di registro proporzionale del 15% prevista dal terzo comma del medesimo articolo 1 (afferente “il trasferimento ha per oggetto terreni agricoli e relative pertinenze a favore di soggetti diversi dai coltivatori diretti e dagli imprenditori agricoli professionali, iscritti nella relativa gestione previdenziale ed assistenziale”). Infatti, la costituzione del diritto di superficie implica la separazione tra la proprietà del suolo e la proprietà della costruzione soprastante o sottostante già esistente o da costruire e gli effetti da esso discendenti sono, per il concedente, l'obbligo di consentire la costruzione dell'opera e di astenersi da modalità d'uso del suolo che possano successivamente arrecare pregiudizio alla costruzione, per il superficiario, invece, vi è la costituzione del diritto di fare e mantenere l'opera sopra o sotto il solo e/o la costituzione del diritto di proprietà sulla costruzione. Pertanto, mentre con il trasferimento la parte alienante cede qualunque diritto sul bene, nel secondo caso si ha la situazione inversa di condivisione dei diritti in capo a due soggetti, titolari, il primo, del diritto di superficie, ed il secondo, della nuda proprietà. Non è quindi possibile ritenere che il legislatore abbia utilizzato il termine “trasferimento” per ricomprendere anche gli atti costitutivi, urtando tale interpretazione con la formulazione della normativa che, al comma 1 dell'art. 1, tratta espressamente sia degli atti traslativi che di quelli costitutivi, mentre al comma 3 fa riferimento ai soli atti ad effetto traslativo.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 12 settembre 2017, n. 1580 – Pres. Cardino e Rel. Pennucci.

IMPOSTA DI REGISTRO – Costituzione di diritto di superficie su terreno agricolo – Aliquota 8% - art. 1

comma 1 tariffa parte prima DPR 1986 n. 131 – Applicazione – Aliquota 15% art. 1 comma 3 tariffa cit – Non applicabilità – Ratio – Conformità al diritto Comunitario.

In base alla sentenza della Corte di Cassazione 4/11/2003 n. 16495, a norma dell'art. 1, comma 1, della tariffa, parte prima, DPR 26 aprile 1986 n. 131, l'applicazione della maggiore aliquota del 15% opera per i soli trasferimenti della proprietà di terreni agricoli e relative pertinenze, in favore di soggetti diversi dagli imprenditori agricoli, e non per i diritti reali di godimento quale la servitù di elettrodotto, che pertanto resta soggetta all'aliquota del 8%. Conseguentemente, è applicabile il succitato c. 1, dell'art. 1, anche nel caso in cui l'atto, intervenuto tra le parti dispone la costituzione di un diritto reale di godimento, e non il trasferimento di proprietà del terreno agricolo, che rimane di proprietà del concedente (fattispecie in tema di accessione di un impianto fotovoltaico rimasto di proprietà del superficiario).

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 2 agosto 2017, n. 1204 - Pres. Venturini e Rel. Teppati.

IVA – impianti fotovoltaici – idoneità alla produzione di energia elettrica – aliquota IVA agevolata – applicazione – spettanza.

I moduli solari cablati costituiscono, di per se stessi, impianti idonei alla produzione di energia elettrica continua e non alternata. Ne deriva che, in presenza di questa circostanza di carattere oggettivo, risulta possibile l'applicazione dell'aliquota IVA agevolata di cui al numero 127-quinquies della parte III - Tabella A allegata al d.p.r. n. 633/72, sia nei confronti di utilizzatori finali, sia nell'ipotesi di cessione effettuata ad altri operatori commerciali quali, ad esempio, grossisti o rivenditori.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 21 novembre 2017, n. 1575 – Pres. De Lucchi e Rel. Cunati.

PROCESSO – comune – tardiva costituzione in giudizio – costituzione all'udienza pubblica – difese orali – ammissibilità.

ICI – beni demaniali – gestione anas – beni concessi in concessione – esenzione icip ex art. 7 d.lvo 1992, n. 504 – non applicazione. inedificabilità assoluta ex codice della strada – inconfigurabilità.

Nel caso in cui l'Ufficio sia considerato tardivamente costituito ai sensi del d.lgs. n. 546/92, allo stesso, in quanto presente in udienza, è comunque assicurata piena facoltà di difesa orale, esercitata in contraddittorio con controparte.

I terreni di cui si tratta, originariamente espropriati per la realizzazione di opere di pubblica utilità rientranti nell'ambito dei beni demaniali e successivamente gestiti da ANAS che li ha concessi in concessione all'Autostrada, non rientrano nelle esenzioni previste dall'art. 7 del predetto D.Lgs. a titolo di c.d. "demanio stradale" esente dall'applicazione dell'imposta. Tale esenzione, infatti, concerne solamente beni immobili posseduti da Stato, regioni

e altri Enti territoriali pubblici "destinati esclusivamente ai compiti istituzionali" e in questa categoria non si ritiene possa rientrare l'Autostrada ricorrente, costituita in forma di "s.p.a.", che gestisce il bene pubblico del tracciato autostradale e aree limitrofe per il limitato periodo temporale di concessione, con criteri imprenditoriali privati e fini di lucro.

Neppure condivisibile è l'affermazione del Contribuente che le inedificabilità assolute deriverebbero dal Codice della Strada, norma di rango superiore, quindi non derogabile da deliberazioni comunali che stabiliscono la edificabilità parziale (o inedificabilità relativa).

Infatti, se è vero che il Codice della Strada (artt. 2, 3, 16, 18) e il suo Regolamento di esecuzione prescrivono – ai fini di sicurezza sia della circolazione che dello stazionamento – un obbligo di distanza delle costruzioni della careggiata di almeno 30 metri, risulta però provato in causa, anche accertato dal primo giudice, che la superficie (inedificabile) della cd. "fascia di rispetto" può essere aggiunta a quella (edificabile) sita a distanza superiore tanto che, nella sostanza, la superficie edificabile totale resta invariata. Quindi, né la prima fascia (nei primi 30 metri) né la seconda (nei successivi 30 metri, fino a 60 metri) possono dirsi caratterizzate da inedificabilità assoluta, bensì gravate da vincoli che ne limitano la edificabilità, riducendone così il valore della base imponibile, tanto da rendere inconferente l'ulteriore eccezione dell'appellante che fuori dai centri abitati, come delimitati dall'art. 4 del codice della strada, la fascia di rispetto è di 60 (e non di 30) metri in quanto, da un lato, non eliminerebbe comunque il presupposto impositivo dell'edificabilità che, d'altro lato, nella fattispecie è pacificamente riconosciuta – col meccanismo "traslativo" dell'indice di edificabilità di cui si è detto sopra – dal Comune alla Società.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 17 luglio 2017, n. 1589 – Pres. Cardino e Rel. Chiti.

REGISTRO – Valutazione immobili oggetto di verbale di conciliazione presso il Tribunale – Criterio di comparazione – Mancata allegazione atti assunti a riferimento – Violazione art. 7 l. 2000, n. 212 – Nullità dell'avviso di rettifica – Sussiste.

In materia di imposta di registro, il criterio di comparazione con altri immobili deve essere documentato attraverso gli atti di compravendita e di questi deve darsi piena conoscenza al contribuente attraverso l'allegazione di questi all'atto impositivo. La normativa all'art. 7 Legge 212/2000, intitolato "chiarezza e motivazione degli atti", prevede infatti che "se nella motivazione si fa riferimento ad altro atto, questo deve essere allegato all'atto che lo richiama". Analoga disposizione è prevista per l'IVA, all'art. 56 comma 5 DPR633/72 e in materia di imposta sui redditi all'art. 42 DPR 600/73, con le modifiche introdotte per entrambe dalle norme del D.Lgs. 32/01. Al terzo comma dell'art. 2 si prevede che "l'accertamento è nullo se (...) ad esso non è allegata la documentazione di cui all'altro periodo del secondo comma". All'art. 52 DPR 131/86 (imposta di registro) è prevista una analoga disposizione.

Sezione di diritto penale

Sentenze e ordinanze

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 6 maggio 2016 – Giudice Deplano.

BENI culturali ed ambientali – violazioni in materia di alienazione - obbligo di denuncia degli atti di trasferimento di proprietà ex art. 59 D. L.vo 42 del 2004 - scissione societaria – trasferimento di beni dichiarati di notevole pregio ed importante interesse storico-culturale da un soggetto societario ad un altro - distinzione tra scissione e fusione tra società – sussistenza.

(Art. 173, comma 1, lettera b) D. L.vo 22/01/2004 n. 42)

In caso di scissione societaria, con trasferimento ad altra società di numerosi beni dichiarati di notevole pregio ed importante interesse storico-culturale, deve ritenersi sussistente, in capo al legale rappresentante della società alienante, l'obbligo di cui all'art. 59 D. L.vo n. 42 del 2004, ovvero di informare entro trenta giorni la competente Amministrazione dell'avvenuto trasferimento dei beni, la cui omissione è sanzionata a norma dell'art. 173, co. 1, lett. b) D. L.vo 42/2004.

La ragione deve essere rinvenuta nella differenza giuridica tra scissione e fusione societaria.

Secondo quanto stabilito dall'art. 2504 bis, comma 1, c.c., la società che risulta dalla fusione o la società incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione e proseguono in tutti i loro rapporti, anche processuali, precedenti. In caso di fusione, pertanto, si verifica una vicenda meramente modificativa-evolutiva del medesimo soggetto, che conserva la propria identità sia pur con un nuovo assetto organizzativo.

Da ciò si ricava che, in caso di fusione, non sussiste alcun obbligo di denuncia previsto e sanzionato ai sensi dell'art. 59 D.L.vo 42/2004, atteso che, non essendovi pluralità di soggetti interessati, non v'è trasferimento dei beni da un soggetto ad un altro.

Il principio generale contenuto nell'art. 2054 bis, comma 1, c.c. deve valere unicamente per la fusione e non per la scissione societaria a cui tale norma non si applica.

La scissione, pertanto, diversamente dalla fusione, dà luogo ad un'alienazione dei beni tra soggetti giuridici diversi e ciò obbliga il soggetto alienante alla denuncia imposta dall'art. 59 citato, la cui omissione integra l'elemento materiale richiesto dalla fattispecie delittuosa di cui all'art. 173 D. L.vo n. 42/2004.

(Fattispecie relativa ad una società il cui amministratore unico stipulava atto di scissione della stessa con assegnazione dell'intero patrimonio immobiliare, riconosciuto di particolare interesse storico-culturale ai sensi del D. L.vo n. 42/2004, ad altra società risultante dalla scissione, senza provvedere a denunciare al Ministero per i beni culturali ed ambientali, nel termine di giorni trenta, come previsto dall'art. 59 del citato D. L.vo n. 42/2004, l'avvenuto trasferimento. La complessità della questione giuridica sottesa all'imputazione, tuttavia, impediva di ritenere provata la consapevolezza di commettere il reato da parte dell'imputato, che veniva assolto per mancanza del necessario elemento psicologico doloso).

AN.CAR.

(... *Omissis*...)

Imputato del reato di cui all'art. 173 comma 1) lettera b) D. L.vo 22/01/2004 n. 42 perché, nella sua qualità di amministratore unico della società (... *Omissis*...), avendo, con atto pubblico in data 30.6.2010, trasferito la proprietà degli immobili di seguito indicati, riconosciuti di interesse particolarmente importante ai sensi del citato D. L.vo 42/04, non provvedeva a denunciare al Ministero per i beni culturali ed ambientali, nel termine di giorni 30, come previsto dall'art. 59 del citato D. L.vo 42/04, l'avvenuto trasferimento.

(... *Omissis*...)

Conclusioni

Il Pubblico Ministero chiede: assoluzione per mancanza dell'elemento soggettivo del reato.

Il difensore dell'imputato si associa alla richiesta del PM.

Svolgimento del processo e motivi della decisione

Con decreto – conseguente ad opposizione a decreto penale – il (... *Omissis*...) è stato citato a giudizio davanti a questo giudice per rispondere in qualità di amministratore unico della (... *Omissis*...), del reato di omessa denuncia nei termini alla Sovrintendenza dell'avvenuto trasferimento di proprietà di diversi immobili della società sottoposti a vincolo culturale. (... *Omissis*...).

Il processo è stato istruito con l'acquisizione di documentazione e l'audizione di testi.

La società (... *Omissis*...), di cui era amministratore l'imputato, al 2010 era proprietaria di numerosi beni (specificatamente indicati nel decreto) dichiarati di notevole pregio ed importante interesse storico culturale con apposito provvedimento appositivo di vincolo specifico (... *Omissis*...).

Con rogito (... *Omissis*...) del notaio (... *Omissis*...) (atto acquisito) venne stipulato atto di scissione della stessa con assegnazione dell'intero patrimonio alle società (... *Omissis*...) e (... *Omissis*...), con assegnazione di tutto il patrimonio immobiliare alla (... *Omissis*...).

L'imputato non procedette nei termini di cui all'art. 59 D. L.vo 42 del 2004 (30 giorni) ad informare la competente Amministrazione dell'avvenuto trasferimento dei beni.

I testi sentiti (in particolare il notaio rogante ... *Omissis*...) e soprattutto le missive intercorse tra la Sovrintendenza, la società ed il notaio (in atti) evidenziano la sostanza della questione che porta all'odierna imputazione. Essa verte sostanzialmente sul se un fenomeno di scissione societaria comporti un trasferimento di beni da un soggetto ed un altro. Particolarmente chiara sul punto del contendere è la missiva della Sovrintendenza del (... *Omissis*...). Laddove la posizione del notaio, come riportata, parrebbe esser quella ancorata all'esclusione di un fenomeno traslativo di beni in caso di scissione societaria simile a quello dei trasferimenti inter vivos, con conseguente esclusione dell'obbligo di denuncia ex art. 59 D. L.vo 42, e quella diametralmente opposta della Sovrintendenza che peraltro si riferisce alla idoneità dell'atto in questione a comportare anche un mutamento di detentore del bene (o dei beni).

La fattispecie contestata prevede, tra l'altro, l'obbligo di denuncia entro 30 giorni da parte dell'alienante in caso di alienazione onerosa o gratuita. Quindi impone tale obbligo per qualsiasi atto che trasferisca in tutto o in parte a qualsiasi titolo la proprietà (o la detenzione). E' indiscutibile e facilmente comprensibile la ratio della norma fondata anche sulla necessità di informativa e quindi di conoscenza in capo alla Sovrintendenza competente dei soggetti che fungono da riferimento per quanto di interesse nella conservazione dei beni di interesse.

Ciò posto in punto diritto si deve rilevare che il comma 1 dell'art. 2054 bis cc statuisce che in tema di fusione, la società che risulta dalla fusione o la incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, precedenti.

La portata del principio generale contenuto nella disposizione è chiara ed evidente. E sullo stesso non si può che richiamare testualmente la Corte di Cassazione a Sezioni Unite che nell'ordinanza (in materia di conflitto di giurisdizione) 2637 del 2006 ha affermato "...la fusione tra società, prevista dagli artt. 2501 c.c. e segg., non determina, nella ipotesi di fusione per incorporazione, l'estinzione della società incorporata, né crea un nuovo soggetto di diritto nell'ipotesi di fusione paritaria; ma attua l'unificazione mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione. Il fenomeno non comporta, dunque, l'estinzione di un soggetto e (correlativamente) la creazione di un diverso soggetto; risolvendosi (come è già stato rilevato in dottrina) in una vicenda meramente evolutiva-modificativa dello stesso soggetto, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo..."

Ma questo assunto – evidente ed esplicito – vale per il fenomeno della fusione e solo ed esclusivamente a tale fenomeno o istituto giuridico detta ordinanza – che in verità affronta principalmente altre problematiche giuridiche – si riferisce, non già a quello della scissione.

In altri termini è chiaro il concetto espresso dal legislatore secondo cui in caso di fusione si ha una vicenda modificativa-evolutiva del medesimo soggetto, che rimane tale seppur con differente assetto. Da ciò si ricava che in caso di fusione non v'è alcun obbligo di denuncia previsto e sanzionato dall'art. 59 contestato, e ciò perché non v'è traslazione o trasferimento (alienazione) del diritto, siccome esso implicherebbe la pluralità di soggetti interessati, che nel caso concreto manca.

Questo ragionamento dotto ed incontestabile vale però per la fusione e non per la scissione societaria. La valenza della pronuncia della Suprema Corte ha direttamente solo tale contenuto ed estensione, non regola questo aspetto nel fenomeno della scissione.

E a ben vedere la norma in questione – art. 2504 bis, comma 1, cc- non si applica alla scissione societaria (il caso che qui interessa). Il comma 1 art. 2504 bis cc non è norma applicabile alla scissione poiché non è indicata tra quelle richiamate dall'ultimo comma dell'art. 2506 ter. E neppure l'art. 2506 quater cc aiuta, poiché esso in materia di effetti della scissione richiama solo il comma 4 dell'art. 2504 bis. Anzi proprio l'ultimo comma dell'art. 2506 quater – in tema di solidarietà passiva – pare presupporre nel fenomeno della scissione la permanenza di una pluralità di soggetti o centri di interessi giuridici.

A parere di chi scrive pertanto la scissione dà luogo ad una alienazione dei beni tra soggetti diversi e ciò obbliga – se del caso – il soggetto alienante alla denuncia impostagli dall'art.

59 contestato. Ulteriore conseguenza è data dal fatto che l'omissione di denuncia in questo caso integra l'elemento materiale richiesto dalla fattispecie delittuosa di cui all'art. 173 contestato.

Così provata la sussistenza della condotta materiale ommissiva contestata occorre però valutare della prova del necessario elemento psicologico doloso richiesto per il perfezionamento del delitto.

Dalle missive depositate, dalla particolare problematica giuridica oggettivamente presupposto della condotta omessa, dalle stesse dichiarazioni del notaio sentito emerge in concreto un verosimile affidamento incolpevole dell'imputato su pareri tecnici altamente specialistici forniti. La questione giuridica pare realmente complessa e l'errore in cui è stato incolpevolmente indotto il (...*Omissis*...) sulla scorta del quale ha omesso semplicemente di inviare la raccomandata pare in questo caso concreto inficiare incolpevolmente la consapevolezza, ancor prima della volontà diretta a commettere il reato.

Il (...*Omissis*...) dev'esser assolto, ex art. 530 comma 2 cpp perché il fatto non costituisce reato per mancanza del necessario elemento psicologico doloso.

P.Q.M.

Visti gli artt. rubricato, 530 II comma c.p.p. assolve (...*Omissis*...) dal reato ascritto perché il fatto non costituisce reato per mancanza del necessario elemento psicologico doloso. (...*Omissis*...)

Tribunale di Imperia in composizione collegiale, 16 maggio 2017, n. 536 – Pres. ed Est. Aschero.

DISPOSIZIONI contro le immigrazioni clandestine - favoreggiamento dell'emigrazione contra ius – riserva di legge – reato di pericolo – bene giuridico tutelato – principio di offensività - trattamento inumano e degradante – natura giuridica – giurisprudenza della Corte EDU – giurisprudenza della Corte di Cassazione.

(Art. 12, 3° comma, lett. c del d. lgs. n. 286 del 1998)

Costituisce favoreggiamento dell'emigrazione clandestina, commesso mediante sottoposizione dei soggetti trasportati a trattamento inumano e degradante, ai sensi dell'art. 12, comma 3, lett. c) del d.lgs n. 286 del 1998, il compimento di atti diretti a procurare illegalmente l'ingresso nel territorio francese di quattro cittadini extracomunitari mediante la compressione degli stessi all'interno del ristretto bagagliaio di un'autovettura. (1)

(...*Omissis*...)

Nel procedimento penale nei confronti di: H.Y., (...*omissis*...) imputato per il delitto p. e p. dall'art. 12, comma 3 lett. c) d.lgs n. 286 del 1998, perché compiva atti diretti a procurare illegalmente l'ingresso nel territorio francese dei sotto indicati quattro cittadini delle Isole Comore mediante trasporto degli stessi – che avvicina presso i giardini pubblici siti in Ventimiglia, via Veneto – a bordo della propria autovettura (...*omissis*...) in direzione della barriera autostradale, ove l'autovettura, lanciata a forte velocità in direzione Francia, veniva fermata dal personale della Polizia di Frontiera. (...*omissis*...)

Con l'aggravante di aver sottoposto i trasportati K., A., e E. a trattamento inumano e degradante, consistito nel rinchiuderli all'interno del ristretto bagagliaio dell'autovettura ove venivano rinvenuti dagli operanti. (...*omissis*...)

Dall'istruttoria dibattimentale emerge che, in data 17/05/2016 alle ore 22.00 circa, gli operanti di P.G. del Settore Polizia di Frontiera di Ventimiglia, durante un servizio di pattugliamento italo-francese atto a contrastare il fenomeno dell'immigrazione clandestina, notavano un cittadino di colore, vestito con abiti da lavoro color arancio fluorescente, avvicinare ripetutamente alcuni gruppi di extracomunitari stazionanti presso i giardini pubblici di via Veneto, lato fiume Roya, in Ventimiglia.

Il soggetto, dopo una lunga trattativa, si allontanava sul lungofiume in direzione Largo Torino, unitamente ad altri quattro stranieri e raggiungeva un'autovettura (...omissis...) parcheggiata in località Roverino.

Il veicolo, guidato da colui che poi veniva identificato come H. Y. e sul quale erano saliti gli altri quattro stranieri, dopo aver imboccato via Tenda in direzione autostrada, si dirigeva in via Caduti del Lavoro, strada senza sbocchi.

Gli agenti, dopo circa dieci minuti di appostamento, osservavano l'automobile, apparentemente occupata solo dal conducente, ma chiaramente "appesantita", dirigersi ad alta velocità verso lo svincolo autostradale per raggiungere il confine di Stato.

Dopo un breve inseguimento, l'autovettura veniva fermata dagli agenti.

All'interno dell'abitacolo della vettura, al posto di guida, vi era un cittadino delle Isole Comore, identificato dagli operanti di P.G. come H. Y., regolarmente residente in Francia ma privo di documenti di identità, mentre, sdraiata e incastrata tra i sedili posteriori e quelli anteriori vi era una cittadina delle Isole Comore senza fissa dimora, e, nel bagagliaio del veicolo, risultato assolutamente privo di areazione, si trovavano, pigiati ed incastrati l'uno nell'altro, tre cittadini stranieri, anch'essi delle Isole Comore, tutti senza fissa dimora e privi dei requisiti richiesti dalla vigente normativa in materia di legittimo soggiorno in Italia, perché sprovvisti dei documenti identificativi e/o comunque del titolo di residenza permanente. Per meglio attestare la situazione gli operanti scattavano fotografie degli uomini rinvenuti nel bagagliaio. (...omissis...)

Si trattava di sedicenti cittadini extraunionisti maggiorenni e senza fissa dimora nel nostro Paese.

Gli ulteriori e più approfonditi accertamenti vennero, poi, effettuati presso la sede dell'Ufficio della Polizia di Stato – Servizio Polizia di Frontiera di Ventimiglia, ove sia il conducente, sia i passeggeri vennero sottoposti a rilievi foto-dattiloscopici e riscontro tecnico AFIS.

In occasione dell'espletamento di detti summenzionati controlli, inoltre, le Forze dell'Ordine intervenute eseguivano il sequestro probatorio dell'autovettura (...omissis...).

La perquisizione personale effettuata sulla persona di H. Y. dava esito negativo, non essendo rinvenuta, nella sua disponibilità, alcuna somma di denaro.

I trasportati non rilasciavano alcuna dichiarazione circa la cifra pagata per il viaggio.

Alla luce delle sposte risultanze, la penale responsabilità di H. Y. in ordine all'imputazione a lui ascritta risulta pertanto dimostrata.

Nella specie emerge in maniera evidente come l'odierno imputato, con la propria condotta, abbia posto in essere atti non equivoci finalizzati ad organizzare l'illegale introduzione in Francia di uomini extraunionisti, sprovvisti del legittimo titolo di residenza permanente.

La sua azione è consistita, prima nell'avvicinare i predetti cittadini non comunitari e poi, una volta caricati sulla propria autovettura, nel trasportarli fuori dal territorio italiano.

L'azione delittuosa commessa dall'odierno imputato integra

pienamente e sotto ogni profilo, sia oggettivo che soggettivo, la fattispecie criminosa di cui all'art. 12, c. 3, lettera c), D.lvo n. 286/1998, a nulla rilevando il mancato conseguimento dello scopo preposto.

Infatti, trattandosi di un reato di pericolo a consumazione anticipata, in conformità ai principi di diritto sanciti dalla Corte di Cassazione, sono sufficienti gli atti diretti a procurare l'ingresso illegale nel territorio del proprio Stato o di altro Paese, di cittadini irregolari privi del titolo di soggiorno (ex multis cfr. Cass., Sez. I, n. 28819 del 22/5/2014 Ced 259915); circostanza che è stata ampiamente provata nel caso de quo.

Risulta altresì sussistente la circostanza aggravante del trattamento inumano o degradante contestata.

I tre uomini trasportati erano stati stivati nel bagagliaio di una Peugeot 607 (capacità 481 l. in base alla scheda tecnica), incastrati e senza prese di aria. Attestano in modo evidente questa situazione le fotografie scattate dagli operanti. Il sovr. (...omissis...) ha riferito che normalmente, per riserbo, non usano scattare foto ai trasportati ma, vista la situazione raccapricciante, avevano preferito fotografare la situazione, ed ha spiegato che, per farli uscire dal bagagliaio, i ragazzi dovettero essere aiutati perché erano talmente incastrati da non poter uscire da soli. Ora la locuzione "trattamento inumano e degradante" la si trova in alcuno atti internazionali ed in particolare all'art 3 Convenzione EDU.

L'art. 3 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) prescrive che "Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti". Si tratta di una disposizione avente carattere assoluto la cui violazione rappresenta un attacco alla dignità della persona singola nonché ai principi essenziali europei.

Secondo la Corte, con pronunce per lo più in tema di strutture carcerarie, poiché possa trovare applicazione tale norma è necessario che sia raggiunto un livello minimo di gravità del maltrattamento (cfr. Corte EDU, causa Irlanda c. Regno Unito), tenuto conto di tutte le circostanze della fattispecie, quali la durata del trattamento, gli effetti fisici o psichici, e in taluni casi anche il sesso, l'età e lo stato di salute del soggetto passivo (cfr. Corte EDU, causa Moldovan e altri c. Romania). Esisterebbe poi una gerarchia tra le varie forme di maltrattamento che vede la tortura al livello più alto, le pene o i trattamenti inumani al livello intermedio ed infine le pene o i trattamenti degradanti all'ultimo gradino della scala gerarchica. La tortura, rispetto al trattamento inumano, causa sofferenze molto più gravi e crudeli (cfr. Corte EDU, causa Irlanda c. Regno Unito) ed è sempre praticata per uno scopo.

La categoria di pene e trattamenti inumani si collocherebbe su un piano più generale rispetto alla tortura e costituisce una particolare forma intensa di sofferenza, fisica o mentale. La Corte ha poi qualificato come degradante quella particolare pena o quel trattamento che umilia e svilisce l'individuo in maniera tale da sminuire o palesare una mancanza di rispetto per la sua dignità o tale da suscitare sentimenti di paura, angoscia e inferiorità in grado di minarne la resistenza fisica e morale e da portare l'individuo ad agire contro la propria coscienza o volontà (cfr. Corte EDU, causa Prince c. Regno Unito).

Ora il trasporto in un bagagliaio stivati ed incastrati e senza aria, a prescindere dalla lunghezza del viaggio, appare ad evidenza un trattamento, che, considerato in modo oggettivo, appare svilente ed umiliante.

Di nessun rilievo appare poi la circostanza che sia un trattamento a cui il trasportato ha chiesto di sottoporsi, a nulla rilevando il consenso dello stesso, essendo stati posti in gioco

diritti assolutamente indisponibili; tanto più che i trasportati versavano ad evidenza in condizioni di totale inferiorità fisica e morale ed avrebbero accettato qualunque supplizio pur di riuscire a raggiungere il loro miraggio. In questo contesto non si può, infatti, non tenere conto della posizione di assoluta vulnerabilità dei trasportati, che generalmente partono da situazioni in cui la scelta è tra la vita e la morte e che hanno già dovuto affrontare traversate in situazioni di estreme difficoltà, persone in sostanza che non hanno altra scelta effettiva e accettabile per raggiungere il loro aspirato traguardo se non di cedere a fronte di chi promette il raggiungimento, anche a costo di trattamenti o pratiche assolutamente indecorosi e inaccettabili per il sentire comune.

D'altra parte, a corroborare questa interpretazione interviene anche la giurisprudenza interna la quale è assolutamente consolidata nel ritenere integrato il reato di maltrattamenti di animali nel classico caso del cane trasportato nel bagagliaio (per tutte Cass. 4/5/04 rv229429; si veda anche art 6 della Convenzione europea sul trasporto internazionale degli animali). Ora se il trasportare in un bagagliaio un cane viene considerato atto "crucele" e di maltrattamento appare ad evidenza inumano, o almeno sicuramente degradante il trasporto di più persone in un bagagliaio piccolo e privo di aria e quindi effettuato in violazione dell'art. 12, comma 3, lett. C).

Risultando dagli atti che quanto sequestrato ex art. 354 c.p.p è stato utilizzato ai fini della commissione del delitto, è obbligatoria ex art 240 c. 2 c.p. la confisca dell'autovettura (...omissis...). La condanna alle spese segue ex lege.

L'interdizione ex art 28 c.p. consegue per legge.

In considerazione della nazionalità dell'imputato, visti gli atti da cui emerge che lo stesso non conosce la lingua italiana, si dispone la traduzione della presente sentenza in lingua francese.

La misura cautelare in atto del divieto di dimora avrà scadenza il 15.05.2019 salvo l'intervenuto passaggio in giudicato della sentenza che comporterà di diritto la caducazione immediata della misura non custodiale (cfr. Sez. U, Sentenza n. 18353 del 31/03/2011 Cc. Ced 249481).

P.Q.M.

Il Tribunale in composizione collegiale

Visti gli artt. 533 c.p.p.

Dichiara H.Y. responsabile del reato a lui ascritto, e lo condanna alla pena di anni cinque di reclusione e 60.000 di multa, oltre il pagamento delle spese processuali e di custodia.

Confisca dell'autovettura.

Visto l'art. 28 c.p.

Dispone la interdizione dai pubblici uffici per anni cinque. (...Omissis...)

(1) Favoreggiamento dell'emigrazione clandestina: un'insolita applicazione della fattispecie del trattamento inumano o degradante.

Sommario: 1. *La fattispecie di favoreggiamento dell'emigrazione clandestina.* 1.2 *Il favoreggiamento dell'immigrazione illegale come delitto di attentato.* 1.3 *Il bene giuridico tutelato.* 2. *La fattispecie del trattamento inumano e degradante.*

1. La fattispecie di favoreggiamento dell'emigrazione clandestina.

La sentenza in esame concerne un caso di favoreggiamento dell'emigrazione clandestina, in quanto resa al termine di un procedimento che vedeva imputato un soggetto, regolarmente residente in Francia, per aver compiuto atti diretti a procurare il-

legalmente l'ingresso nel territorio francese di quattro stranieri, senza fissa dimora e privi dei requisiti richiesti per il legittimo soggiorno in Italia e all'interno dell'Unione Europea, mediante il trasporto degli stessi all'interno del bagagliaio della propria autovettura, dopo averli caricati in Ventimiglia.

Tale ipotesi delittuosa, disciplinata dall'art. 12, 1° comma del Testo Unico sull'immigrazione (d. lgs. n. 286 del 1998) - così come modificato da ripetuti interventi legislativi, che ne hanno delineato l'attuale fisionomia -, punisce la condotta di chiunque, in violazione delle disposizioni del testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato o di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente.

All'interno di tale norma si possono, quindi, distinguere oggi due categorie di delitti di favoreggiamento: quelli di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nel territorio italiano e quelli volti, invece, a favorire le emigrazioni illegali in altri stati.

Inoltre, ai commi 5 e 5-bis dell'art. 12 t.u. si possono rinvenire le due ulteriori ipotesi, rispettivamente, di favoreggiamento della permanenza nel territorio dello stato dello straniero irregolare e, dal 2008 (1), anche l'ipotesi del c.d. "favoreggiamento abitativo", ossia la locazione di immobile a uno straniero irregolare.

Originariamente, però, l'art. 12 del d. lgs. 286/98 prevedeva soltanto le condotte di favoreggiamento dell'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del testo unico e di favoreggiamento della permanenza illegale, quest'ultima figura di reato inedita rispetto alla previgente normativa in materia di immigrazione (costituita principalmente dalla cd. legge Martelli (2), la quale puniva le condotte dirette all'agevolazione esclusivamente dell'ingresso di stranieri nel territorio italiano).

Solo successivamente, con la cd. legge Bossi-Fini (3) del 2002, venne introdotta la fattispecie delittuosa del favoreggiamento dell'emigrazione illegale, delineata sulla falsariga del delitto di favoreggiamento dell'immigrazione illegale e descritta come la condotta di chi "compie atti diretti a procurare l'ingresso illegale in altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente", configurabile nel caso oggetto della sentenza in esame.

Rispetto alla previgente normativa, tale ipotesi rappresenta, dunque, un caso di nuova incriminazione, volta a riempire la lacuna emersa in sede di applicazione del delitto di favoreggiamento dell'ingresso irregolare, poiché in precedenza era stata ritenuta penalmente irrilevante "la condotta di chi, senza essere concorso nell'attività illecita diretta a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello stato, ovvero senza favorire la permanenza, si adoperi per favorire l'uscita dal territorio nazionale di stranieri clandestini (4)".

A tale proposito, sembra utile fare alcune considerazioni preliminari sulla duplice previsione contenuta nell'art. 12, 1° comma t.u.

Il favoreggiamento dell'immigrazione/emigrazione illegale è un reato comune, che si ritiene possa essere commesso tanto dal cittadino (italiano o cittadino di altro stato membro dell'Unione Europea) quanto dallo straniero, come nel caso in esame, allorché compia atti diretti a procurare illegalmente l'ingresso nel territorio dello stato - o nel territorio di altro stato - di altri soggetti (5). L'art. 1 t.u. dispone, infatti, che le norme contenute nel d. lgs. 286 si applicano, "salvo che sia diversamente disposto", anche agli "stranieri", nozione che ricomprende sia i cittadini di stati non appartenenti all'Unione Europea (6) che gli apolidi.

Per quanto concerne i soggetti favoriti, invece, è necessario fare un distinguo tra le due ipotesi, in quanto la questione risulta essere più delicata nel delitto di favoreggiamento dell'emigrazione dallo stato italiano ad altro stato, rispetto alla fattispecie parallela di agevolazione dell'ingresso irregolare nel nostro paese. Infatti, se in relazione a quest'ultimo delitto è pacifico che i soggetti aiutati debbano essere necessariamente stranieri, ai fini della consumazione del primo reato è invece controverso se possano essere favoriti anche cittadini italiani, nel momento in cui varchino illegalmente il confine per raggiungere un paese diverso dal nostro, senza avere i requisiti per farvi ingresso.

Se da una parte si può sostenere che l'inclusione di cittadini italiani all'interno di tale ipotesi delittuosa porterebbe alla conseguenza di negare sostanzialmente il diritto all'emigrazione, sancito dall'art. 35, comma 4° Cost., dall'altra occorre considerare che l'introduzione dell'ipotesi delittuosa del favoreggiamento dell'emigrazione illegale è stata necessaria al fine di adeguare l'Italia ad accordi internazionali, per cui la stessa Corte costituzionale ha ritenuto infondata la questione di legittimità della norma incriminatrice in esame (7), e, inoltre, lo stesso criterio letterale suggerirebbe un'interpretazione di segno opposto. In effetti, mentre la norma sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare è delineata attraverso il riferimento agli "stranieri", quella relativa al favoreggiamento dell'emigrazione illegale utilizza il sostantivo "persona", così da far ritenere configurato il reato in esame anche nel caso in cui l'espatrio riguardi cittadini italiani (o anche di altri stati membri dell'Unione Europea) (8).

In ogni caso, sembra invece pacifico che il soggetto favorito non debba essere cittadino dello stato di destinazione e non debba avere titolo di residenza permanente in esso. La valutazione di tale mancanza deve, quindi, avvenire alla luce delle disposizioni relative all'ingresso e soggiorno dello stato di destinazione del migrante favorito, e non secondo le norme in materia di immigrazione del paese di espatrio.

La sentenza in esame, in realtà, poco si sofferma su tale aspetto, dal momento che non prende in considerazione tanto la violazione della normativa vigente in Francia, paese di destinazione dei soggetti trasportati, quanto la mancanza in capo ai soggetti trasportati dei requisiti richiesti in materia di legittimo soggiorno nel nostro ordinamento (e, più in generale, nell'Unione Europea).

In realtà, sarebbe forse più corretto considerare come riferimento normativo le regole in materia di immigrazione del paese di destinazione, in quanto, ipoteticamente, un soggetto che sia entrato o che, comunque, sia presente illegalmente sul territorio italiano, non è detto che si trovi in una situazione di clandestinità rispetto al paese straniero: il migrante potrebbe, infatti, appartenere ad una delle categorie di persone cui lo stato di destinazione consente l'ingresso o l'acquisizione di un titolo di residenza permanente.

Alcuni autori hanno, però, evidenziato in proposito il rischio che tale interpretazione possa contrastare con due principi fondamentali del nostro ordinamento penale, ossia il principio di determinatezza e quello di riserva di legge, corollari del principio di legalità, sancito dall'art. 25, 2° comma Cost., poiché il precetto della fattispecie penale in esame sarebbe indeterminato e descritto solamente attraverso il rinvio a una legge straniera (9) (si tratterebbe, in sintesi, di una norma penale in bianco).

Sul punto, la sentenza della Corte costituzionale sopra richiamata ha stabilito che "...la riserva di legge in materia penale non esclude che il legislatore possa inserire nella descrizione del fatto incriminato il riferimento ad elementi "esterni" al precetto pe-

nale aventi il carattere della "normatività" – i cosiddetti elementi normativi del fatto – postulando, quindi, una integrazione "eteronoma" della norma incriminatrice. Siffatta integrazione è sovente insita nelle cosiddette clausole di illiceità speciale, le quali – come nel caso in esame – subordinano la reazione punitiva al carattere abusivo, indebito o illegale di una determinata condotta. (...) Ovviamente, tale integrazione "eteronoma" del precetto penale non è senza limiti. (...) Ai fini del rispetto della riserva di legge in materia penale, da un lato, deve essere il legislatore nazionale ad individuare, e in termini di immediata percepibilità, il "nucleo di disvalore" della condotta incriminata, che giustifica la reazione punitiva; e, dall'altro lato, debbono risultare adeguatamente identificate le norme straniere chiamate ad integrare il precetto. Tali condizioni debbono ritenersi rispettate nel caso che interessa (...)"

In effetti, sembra preferibile l'interpretazione secondo la quale non si può prescindere dalla valutazione del rispetto della normativa dello stato di destinazione, dal momento che saranno la sicurezza e l'ordine pubblico di quest'ultimo stato ad essere minacciati dalle condotte illecite descritte.

In conclusione, si può quindi osservare come, a differenza della fattispecie delittuosa del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, nella quale è presente il requisito di illiceità speciale, dato dall'espreso riferimento alla "violazione delle disposizioni del presente testo unico", rispetto al favoreggiamento dell'emigrazione il carattere della "illegalità" deve essere stabilito facendo riferimento non già alle disposizioni del d.lgs. n. 286 del 1998, ma alla normativa del paese estero di destinazione del migrante.

A tale proposito, si è profilata in giurisprudenza un'altra questione, relativamente ai casi nei quali il favoreggiamento dell'ingresso (illegale) in altro stato avvenga al solo fine di far raggiungere al soggetto favorito lo stato di residenza o di cui ha la cittadinanza. A fronte di un primo orientamento (10), minoritario, che escludeva la rilevanza penale di tali condotte, nel caso in cui fosse provato che lo straniero clandestino volesse raggiungere il paese di origine, se ne è profilato un altro (11), più rigoroso, che, in un'ottica di esasperata prevenzione, ha anticipato la soglia di rilevanza penale ad un momento antecedente all'attraversamento della frontiera, ritenendo, invece, irrilevanti la destinazione finale e il carattere momentaneo del soggiorno (12).

Si osservi, quindi, anche alla luce delle considerazioni che seguiranno, come il legislatore abbia voluto prevedere un ambito di operatività molto esteso delle norme in esame, con un chiaro scopo repressivo, al quale anche la giurisprudenza si è attenuta, tale da portare l'interprete ad interrogarsi su quale sia il bene giuridico che tali norme vogliono proteggere (v. *infra*).

1.2. Il favoreggiamento dell'immigrazione illegale come delitto di attentato.

La sentenza in esame ha correttamente affermato che l'azione delittuosa commessa dall'imputato integra la fattispecie criminosa di cui all'art. 12, comma 3 t.u., nonostante il mancato conseguimento dello scopo preposto, in quanto il soggetto agente è stato bloccato dalle forze dell'ordine prima che riuscisse a oltrepassare il confine francese.

L'ipotesi delittuosa da qua, analoga sotto questo punto di vista alla fattispecie di agevolazione dell'immigrazione clandestina, è stata costruita come reato di pericolo a consumazione anticipata, per cui è sufficiente, affinché il reato sia integrato, che il soggetto agente abbia compiuto atti diretti a procurare l'ingresso illegale nel territorio dello stato di destinazione, a prescindere dal raggiungimento effettivo di tale obiettivo. Non è,

per tanto, configurabile il tentativo, poiché eventuali atti idonei diretti in modo non equivoco ad agevolare l'ingresso illegale integrano già compiutamente la fattispecie in esame. Tale ipotesi delittuosa è stata, infatti, costruita come "delitto di attentato", nel quale "il fatto costituente reato viene descritto in forma aperta così da ricomprendere qualunque comportamento caratterizzato dalla direzione verso il risultato descritto nella norma" (13).

È, però, evidente come una siffatta interpretazione della norma incriminatrice in esame permette di punire anche quegli atti preparatori che non arrivino neppure a raggiungere la soglia del tentativo punibile (che richiede – come è noto – la sussistenza dei requisiti dell'idoneità e della direzione non equivoca), come nel caso, ad esempio, del mero accordo (14), con il conseguente rischio di estendere eccessivamente la punibilità anche a condotte meramente preparatorie e in concreto inoffensive.

A tal proposito, deve essere condiviso quell'orientamento che richiede, al fine di scongiurare il rischio di punire fatti che ancora non hanno concretamente posto in pericolo l'interesse tutelato, la sussistenza dei requisiti dell'idoneità e della direzione non equivoca, tipici del tentativo, anche nei delitti di attentato (15). Quest'ultima interpretazione, maggiormente rispettosa del principio di offensività, è ancor più condivisibile in seguito alla riforma del 2002, che ha sostituito l'espressione "attività dirette a favorire l'ingresso" con quella di "atti diretti a procurare l'ingresso" (16), con la conseguenza che, se in precedenza erano sufficienti ad integrare la fattispecie anche quelle attività semplicemente propedeutiche rispetto al raggiungimento del risultato individuato dalla norma, con la nuova formulazione all'agente deve essere ascrivibile una condotta che integri una concreta agevolazione dell'ingresso illegale (17). D'altra parte, però, la norma in esame, nonostante sia stata rimodellata nel 2009 mediante l'introduzione, come visto sopra, di alcune modalità tipiche di realizzazione della condotta, si ritiene che continui a prevedere un reato a condotta libera, potendo essere integrato da qualsiasi attività, anche diversa da quelle espressamente indicate, purché diretta a procurare l'ingresso nel nostro stato o in un paese estero (18). Le condotte previste dalla fattispecie in esame (direzione, organizzazione, finanziamento, ecc.) costituiscono semplicemente delle forme di manifestazione della più generale condotta di favoreggiamento (19) e, di conseguenza, il reato rimane unico anche se il soggetto attivo ha realizzato contestualmente più di una attività tra quelle previste (trattasi, infatti, di una c.d. "norma a più fattispecie").

Inoltre, a seguito della riforma del 2009, la struttura di reato di pericolo non è mutata e tale ipotesi delittuosa continua ad essere un reato di pura condotta, dal momento che una ricostruzione della fattispecie in termini di reato di evento condurrebbe ad uno spostamento della soglia di consumazione al momento della verifica dell'ingresso: tale ipotesi non sarebbe in linea con la logica repressiva che ha ispirato la riforma del 2009 (20).

Infine, perché tale reato possa dirsi integrato, è sufficiente oggi il dolo generico, a seguito dello spostamento, operato dalla riforma del 2009, del dolo specifico di profitto dal ruolo di elemento specializzante dell'autonoma fattispecie incriminatrice prevista al terzo comma a quello di elemento integratore di una delle aggravanti di cui al comma 3-ter; il dolo generico del delitto di attentato è caratterizzato dalla proiezione della volontà colpevole verso un risultato ulteriore (21).

È, dunque, evidente come il legislatore abbia voluto prevedere un ambito di operatività delle ipotesi delittuose in esame mol-

to esteso, che arriva a comprendere anche atti che non hanno concretamente procurato l'ingresso illegale al soggetto favorito, come nel caso in esame, sanzionandoli severamente ed equiparandoli ai casi in cui la condotta venga portata a termine con successo; per giunta, talvolta viene ritenuta addirittura irrilevante la finalità perseguita dal soggetto agente (come si è visto prima nel caso di un soggetto che agevoli l'espatrio di un'altra persona al fine di farla tornare nel paese di origine): è evidente la logica emergenziale e repressiva della normativa in esame, in linea con quello che si può definire un "delitto penale d'autore" (22), non sempre così rispettoso dei principi di offensività e di materialità.

Può essere utile, a questo punto, fare alcuni considerazioni sul bene giuridico sotteso alle norme in esame.

1.3. Il bene giuridico tutelato.

La sentenza in esame offre l'opportunità di riflettere su quale sia l'interesse giuridico protetto dalle fattispecie incriminatrici di favoreggiamento delle migrazioni illegali.

Vi è, infatti, chi sostiene che il bene tutelato sia duplice, ossia, da una parte, l'integrità dei confini dello stato, e dall'altra, la sicurezza e la dignità delle persone delle quali si favorisce l'ingresso illegale (23); al contrario, altri ritengono che l'unico interesse tutelato dalla norma in esame sia l'ordine pubblico, in quanto l'evoluzione normativa cui si è assistito negli ultimi anni, attraverso l'introduzione di nuove fattispecie incriminatrici e l'inasprimento sanzionatorio di quelle preesistenti, rivelerebbe un intento repressivo, più che solidaristico, del fenomeno migratorio (24), corroborato anche dalla costruzione dell'ipotesi delittuosa in esame come reato a consumazione anticipata, cui si è già fatto ampio riferimento sopra.

È, dunque, controverso quale sia il bene giuridico tutelato, tanto che, fra coloro che valorizzano la plurioffensività del reato in esame, vi è anche chi ha rilevato come manchi un bene giuridico unitario e come, di conseguenza, in diversi momenti sia prevalsa ora l'esigenza di tutelare la regolarità dei flussi migratori, ora la diversa opportunità di proteggere i migranti da condotte di sfruttamento, rischiose per la loro incolumità (25).

Se problematica può essere la ricostruzione del bene giuridico tutelato nei casi di favoreggiamento delle immigrazioni irregolari, ancor più sfumato può apparire il bene giuridico tutelato nell'ipotesi del favoreggiamento dell'emigrazione clandestina, in quanto, come accaduto nel caso in esame, la condotta del soggetto agente non ha come fine quello di agevolare l'ingresso nel territorio italiano, ma, al contrario, quello di favorire il suo abbandono per raggiungere un altro stato; pertanto, tale condotta non è idonea a mettere in pericolo la sicurezza o l'ordine pubblico interno, né a violare le disposizioni relative al controllo dei flussi migratori nel nostro paese.

Al fine di individuare quale sia, quindi, il bene giuridico minacciato da quest'ultima fattispecie delittuosa, anche in ossequio al principio di offensività e di territorialità, vi è chi recupera quella dimensione di tutela di soggetti particolarmente vulnerabili da condotte di sfruttamento ai loro danni.

È difficile, però, ipotizzare che l'incriminazione del favoreggiamento dell'emigrazione sia giustificata soltanto sulla base di tale visione solidaristica, dal momento che una siffatta interpretazione, oltre a contrastare, come si è già visto, con le motivazioni alla base delle riforme susseguites nel corso degli anni, striderebbe con la ratio della stessa legge (la "Bossi-Fini") che ha introdotto tale ipotesi delittuosa nel nostro ordinamento. La riforma del 2002, infatti, è stata adottata sulla scia di istanze di segno totalmente opposto, volte più che altro a reprimere condotte idonee a turbare la regolarità delle migrazioni nel no-

stro paese, e che hanno, infatti, portato alla previsione di nuove incriminazioni, alla trasformazione di alcune circostanze aggravanti (quelle previste ora al terzo comma) (26) in reati autonomi e all'introduzione di nuove circostanze aggravanti, oltretutto "blindate", inserite nei nuovi commi 3-bis e 3-ter dell'art. 12 t.u.

Per questo motivo, alcuni autori sostengono che anche per quanto riguarda la fattispecie dell'emigrazione clandestina il bene giuridico tutelato sia, coerentemente con le altre ipotesi, l'ordine pubblico (27); altri valorizzano questa impostazione, dando però un'interpretazione più ampia di ordine pubblico, proprio al fine di individuare un qualche interesse sotteso alla norma che incrimina flussi migratori illegali verso l'esterno: il bene protetto dalla norma in esame sarebbe quello della personalità internazionale dello stato ovvero la necessità che lo stato rispetti gli obblighi assunti in ambito internazionale in materia di protezione di beni fondamentali come l'ordine e la sicurezza pubblica (28).

Tale visione "internazionalistica", però, pur essendo in un certo senso persuasiva, rischia di "diluire" sostanzialmente il bene protetto, sfumato in un generico rispetto delle convenzioni stipulate con gli altri stati e nella tutela di un ordine pubblico internazionale, che però, concretamente, è difficile che sia il nostro ordinamento ad assicurare.

È, forse, preferibile ammettere che tale reato sia effettivamente plurioffensivo e che il nostro ordinamento incrimini le condotte di favoreggiamento di migrazioni *contra ius*, anche per la ragione di non poter tollerare che flussi migratori - siano essi in entrata o in uscita, ma comunque riguardanti, almeno in parte, il nostro ordinamento -, avvengano senza il controllo dello stato e siano lasciati nelle mani di "mercanti di clandestini", con conseguente rischio per l'incolumità di soggetti che versano in condizioni di grande vulnerabilità.

Se anche la *ratio* delle riforme degli ultimi anni in materia di immigrazione è, come già evidenziato, molto distante da tale ottica solidaristica, è soltanto alla luce dell'ultima interpretazione prospettata che si può comprendere più a fondo come l'ordinamento voglia reprimere anche quelle attività di agevolazione della migrazione all'estero, anche qualora esse siano, ad esempio, volte unicamente al rimpatrio di migranti irregolari nel paese d'origine, come meglio descritto sopra. È, infatti, evidente come, in questi casi, non vi sia tanto un pericolo per l'ordine pubblico o per la sicurezza né del nostro né di altri stati, ma vi sia più che altro l'interesse a far sì che il rimpatrio di stranieri avvenga secondo procedure che, da una parte, non arricchiscano organizzazioni criminali (29) e, dall'altra, non esponano al pericolo la vita dei migranti o al rischio che essi siano soggetti a trattamenti inumani e degradanti, come avvenuto nel caso oggetto della sentenza analizzata.

In effetti, è stata proprio la riforma del 2002 a introdurre, oltre alla fattispecie di favoreggiamento dell'emigrazione clandestina, le due circostanze aggravanti dell'esposizione dei migranti al pericolo per la loro incolumità o per la loro vita e della loro sottoposizione a trattamento inumano o degradante: ciò rivela, se non una sensibilità, comunque un'attenzione alla sicurezza e alla dignità dei migranti (30).

2. La fattispecie del trattamento inumano e degradante.

La sentenza in esame ha, infine, affermato che "risulta altresì sussistente la circostanza aggravante del trattamento inumano o degradante", prevista al terzo comma, lettera c) della norma in esame, in quanto il soggetto agente aveva stipato all'interno del bagagliaio dell'autovettura, ristretto e privo di aereazione, i quattro cittadini extracomunitari.

Al riguardo è possibile fare due distinte considerazioni.

In primis, si ritiene necessario soffermarsi sulla natura giuridica di tale fattispecie; a tal proposito, si può osservare come essa sia stata qualificata dalla sentenza in oggetto quale "circostanza aggravante".

Ripercorrendo brevemente il percorso di questa travagliata norma, come meglio visto sopra, si può notare come, alla luce delle ultime modifiche, tale ipotesi sia in realtà da considerarsi reato autonomo. In effetti, la legge 94/2009 ha configurato quali elementi costitutivi dell'autonoma figura criminosa di cui al comma 3 dell'art. 12 t.u. e, quindi, come elementi specializzanti rispetto alla fattispecie di cui al primo comma, quelli che, in massima parte, erano, nella previgente formulazione della disposizione, elementi costitutivi della circostanza aggravante delineata dal comma 3-bis (31).

L'ipotesi di cui al terzo comma dell'art. 12 non contiene, infatti, un rinvio formale al fatto e alla cornice sanzionatoria del primo comma ma prevede una condotta ed una cornice editale autonome (32).

Inoltre, si ritiene di aderire a tale interpretazione, anche alla luce dell'introduzione di un catalogo di circostanze aggravanti previste ai commi 3-bis e 3-ter dell'art. 12 t.u., le quali si riferiscono ai "fatti di cui al 3° comma": tale norma, dunque, costituisce necessariamente il reato base sul quale calcolare gli aumenti di pena.

In secondo luogo, può essere utile fare alcune considerazioni sulla sussunzione del caso concreto all'interno dell'ipotesi delittuosa di cui al terzo comma, lettera c), anziché nell'ambito della fattispecie, meno grave, di cui al primo comma, poiché il Giudice ha ritenuto che i soggetti trasportati fossero stati sottoposti a trattamento inumano o degradante.

L'espressione "trattamenti inumani o degradanti" è stata mutuata dall'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che prescrive che "nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti" (33).

La stessa sentenza rappresenta, inoltre, l'esistenza, alla luce dell'interpretazione di tale disposizione da parte della Corte di Strasburgo, di una sorta di gerarchia tra le varie forme di maltrattamento che vede la tortura al livello più alto, le pene o i trattamenti inumani al livello intermedio ed infine le pene o i trattamenti degradanti all'ultimo gradino della scala gerarchica. In effetti, è qualificato come inumano quel trattamento che provoca volontariamente sofferenze mentali e fisiche di una particolare intensità e degradante quel trattamento meno grave del trattamento inumano, che umilia fortemente l'individuo davanti agli altri e che è in grado di farlo agire contro la sua volontà e coscienza (34).

Nella giurisprudenza della Corte EDU, l'applicazione di questo divieto, con conseguente condanna degli stati che ad esso non si conformino, si rinviene soprattutto in relazione a pene o sanzioni, in particolare a danno di soggetti privati della libertà personale.

È il caso, ad esempio, della nota sentenza Torreggiani (35), la quale ha condannato l'Italia, per la violazione dell'art. 3 CEDU, a causa della situazione patologica del nostro sistema penitenziario, poiché i ricorrenti erano stati detenuti per molti mesi in celle con meno di quattro metri quadrati a testa a disposizione e tale condizione è stata ritenuta lesiva della dignità umana di tali soggetti. Infatti, "la carcerazione non fa perdere il beneficio dei diritti sanciti dalla Convenzione. Al contrario, in alcuni casi, la persona incarcerata può avere bisogno di una maggiore tutela proprio per la vulnerabilità della sua situazione e per il fatto di trovarsi totalmente sotto la responsabilità dello

Stato. In questo contesto, l'articolo 3 pone a carico delle autorità un obbligo positivo che consiste nell'assicurare che ogni prigioniero sia detenuto in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della misura non sottopongano l'interessato ad uno stato di sconforto né ad una prova d'intensità che ecceda l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della reclusione, la salute e il benessere del detenuto siano assicurati adeguatamente".

Per tali ragioni, la Corte Europea ha altre volte condannato alcuni paesi, nei quali la pena detentiva viene spesso scontata in condizioni contrarie alla dignità umana del detenuto, non solo quanto a dimensione e igiene delle celle, ma anche in relazione alla possibilità di svolgere attività di studio o lavorative e di usufruire di benefici e permessi, soprattutto in caso di ergastolo o di pene detentive molto lunghe.

È il caso, ad esempio, di un ricorso presentato da un soggetto detenuto in Bulgaria (36), per aver subito profonde sofferenze durante un periodo di detenzione, scontato in una cella malsana, priva di aria fresca e luce solare, pressoché in isolamento totale per più di due mesi, senza possibilità di svolgere attività fisica o di accedere a giornali e libri. Lo stato bulgaro è stato conseguentemente condannato, in quanto la Corte di Strasburgo ha ritenuto che tali restrizioni non fossero giustificate da particolari motivi di sicurezza - non era stato adottato dalle autorità bulgare alcun provvedimento in tal senso - e, inoltre, per la mancata previsione di un adeguato risarcimento a favore dei detenuti, qualora la carcerazione avvenga "su base legale". Tali condizioni hanno causato una sofferenza in capo al ricorrente superiore al livello tollerabile dovuto alla detenzione e, quindi, lesivo dei diritti umani, ai sensi dell'art. 3 CEDU.

In altri casi, la Corte si è soffermata sulla compatibilità dell'ergastolo, previsto in molti paesi europei, con l'art. 3 CEDU, ritenendo che la reclusione perpetua non comporti al detenuto un trattamento inumano o degradante, soltanto laddove l'ordinamento sia dotato di un meccanismo di revisione della condanna decorso un periodo minimo di detenzione, che deve essere predeterminato espressamente, in modo da offrire concrete prospettive di liberazione al condannato (37).

La casistica della giurisprudenza europea in materia è, in effetti, molto vasta: a volte si è ravvisata la violazione dell'art. 3 CEDU in relazione a episodi di punizioni corporali, altre volte in casi di maltrattamenti a danno di soggetti tratti in arresto (38), altre ancora nella condotta di rinchiudere soggetti imputati in gabbie di metallo durante le udienze (39).

Infine, la violazione dell'art. 3 CEDU è stata rilevata dalla Corte in relazione al divieto di estradizione o rimpatrio di alcuni soggetti nei paesi di origine, quando, alla luce della situazione generale di quel paese e delle circostanze del caso di specie, era prevedibile che sarebbero stati sottoposti a trattamenti inumani o degradanti. È il caso, ad esempio, di alcuni cittadini somali e eritrei che, avendo lasciato la Libia alla volta dell'Italia, erano stati intercettati da navi italiane e ricondotti a Tripoli. In tale stato, però, erano esposti al rischio di essere arrestati e detenuti in condizioni disumane, di essere torturati, di discriminazioni razziali o di essere rimpatriati nei paesi di origine (40).

Nel caso in esame, invece, è stata ravvisata la sussistenza di tale ipotesi delittuosa a causa delle condizioni inumane del trasporto dei quattro stranieri in un piccolo bagagliaio, privo di aerazione e che ha comportato la loro necessaria compressione in pochissimo spazio.

La previsione di cui al terzo comma, lettera c) dell'art. 12 t.u.,

e la sua conseguente applicazione nel caso in esame, risulta quindi inusuale, dal momento che il trattamento inumano o degradante non costituisce, nel caso in oggetto, una modalità di esecuzione di pene o sanzioni e, quindi, di trattamenti imposti alle vittime, come sovente accade; bensì caratterizza la modalità di commissione di un reato e incontra il consenso delle vittime stesse, essendo spesso l'unico modo per raggiungere lo scopo prefissato di varcare il confine estero.

Correttamente, però, la sentenza ha ritenuto irrilevante sul punto il consenso dei trasportati, dal momento che si tratta di diritti pacificamente indisponibili, per cui non può operare la scriminante di cui all'art. 50 c.p., anche vista la condizione di vulnerabilità dei soggetti che prestano il consenso al trasporto in tali condizioni: come si è già visto, i migranti che aspirano a superare il confine, non possedendo però i requisiti per l'ingresso e/o il soggiorno nel paese di destinazione, sono vittime, o meglio "oggetto materiale" (41), di soggetti spesso senza scrupoli che non esitano ad approfittarsi della loro condizione di subalternità, solitamente al fine di ricavarne un illecito profitto. Pertanto, un consenso prestato in tale condizione di inferiorità non può essere considerato valido e, quindi, idoneo a giustificare siffatte condotte criminose.

Inoltre, tale ricostruzione è ancor più condivisibile, se si considera che la Corte Europea ha più volte ribadito che il divieto di tortura e di trattamento inumano o degradante è un "principio fondamentale delle società democratiche" (42) e, pertanto, assoluto ed inderogabile.

Conseguentemente, deve essere rispettato non soltanto nei casi in cui i soggetti siano sottoposti a restrizione della libertà personale o in situazioni ad essa equiparabili (come nel caso, ad esempio, di soggetti tratti in arresto o sottoposti a interrogatori, perquisizioni, ispezioni, processi, ecc.) - nei quali sicuramente vi è un maggior rischio che tale violazione si configuri -, ma anche in altri casi: ad esempio, la Corte è arrivata a considerare quali trattamenti inumani e degradanti le discriminazioni razziali o la mancata tutela di donne vittime di violenza domestica (43).

Correttamente, dunque, il Tribunale di Imperia ha ritenuto integrata nei suoi elementi costitutivi la disposizione di cui all'art. 12, 3° comma, lett. c) t.u., dal momento che la sottoposizione, seppur volontaria, a condizioni di viaggio inumane configura un'inaccettabile violazione del divieto imperativo di trattamenti inumani e degradanti.

Pertanto, tale ricostruzione è coerente con la giurisprudenza della Corte di Cassazione che, sebbene non richiamata nella sentenza in esame, ha stabilito la configurabilità di tale reato in casi simili a quello analizzato.

Si veda, in via esemplificativa, il caso di alcuni cittadini afgani (44), i quali erano stati compressi all'interno di minuscoli vani ricavati sotto i sedili di un autobus, imbarcato nella stiva di una nave, in condizioni tali da causare loro gravissime difficoltà di respirazione e sofferenze acute, dovute alla temperatura elevata, nonché alle percosse subite al fine di evitare che uscissero dal pullman. In conseguenza di tali maltrattamenti, due fra i migranti decedevano ed un terzo riportava lesioni gravissime.

In un altro caso, la Cassazione (45) ha ritenuto sussistente il trattamento inumano e degradante relativamente alla condotta di alcuni scafisti, i quali, trasportando numerosi soggetti provenienti dalla Libia con destinazione Lampedusa, avevano segregato a forza gli stessi all'interno della stiva della nave, tanto da determinare la morte per asfissia di alcuni e per annegamento di altri, poiché accoltellati e gettati in mare o gettati in mare per sfuggire a tali violenze.

È, però, agevole cogliere la differenza tra la casistica profilata innanzi alla Suprema Corte e il caso oggetto della sentenza in esame, dal momento che gli episodi da ultimo descritti sono stati caratterizzati da gravi violenze in danno dei migranti e da un maggiore assoggettamento degli stessi, sì da causare loro lesioni gravissime o, addirittura, portare alla morte dei soggetti trasportati; al contrario, nel caso che qui ci occupa, non risulta che sia stata adoperata alcuna violenza fisica sulle vittime.

Ciononostante, si condivide la ricostruzione operata dal Tribunale di Imperia, in quanto, ai fini della sussistenza della fattispecie in esame, non è necessario l'uso della violenza, né che venga posto in essere un totale assoggettamento dei migranti (elemento costitutivo di altri reati commessi sovente in danno di stranieri, come, ad esempio, la riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù o la tratta) e neppure che si adoperino modalità tali da mettere a rischio la vita dei migranti.

In quest'ultimo caso, sarebbe, infatti, integrata la diversa ipotesi prevista dalla medesima norma *sub b*), ossia l'esposizione del migrante "a pericolo per la sua vita o per la sua incolumità per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale", che non è stata, invece, ravvisata nel caso in esame.

In conclusione, quindi, la compressione di quattro stranieri all'interno di un ristretto bagagliaio privo di aerazione costituisce trattamento inumano e degradante, in quanto condotta lesiva della sicurezza e della dignità umana, anche alla luce dei principi stabiliti dalla consolidata giurisprudenza, sopra richiamata, della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Si segnala, infine, che nel recentissimo delitto di tortura, introdotto nel nostro ordinamento con la legge n. 110 del 14 luglio 2017 all'articolo 613-bis c.p., il legislatore ha previsto il trattamento inumano e degradante come una delle modalità di commissione di tale reato, arrivando così quasi a sfumare la distinzione fra i trattamenti inumani e degradanti e la tortura stessa, che era, invece, tradizionalmente considerata, in particolare dalla Corte di Strasburgo, molto più grave quanto a intensità della sofferenza inferta alla vittima.

Fiorenza Oriana

Dottoranda di Ricerca in Diritto penale Università di Genova
Avvocato, Foro di Genova

Note:

- (1) v. primo "pacchetto-sicurezza", d.l. n. 92 del 23.5.2008, convertito in legge n. 125 del 24.7.2008.
- (2) Il d.l. n. 416 del 30.12.1989, convertito nella legge n. 39 del 28.2.1990.
- (3) Legge n. 189 del 30.7.2002.
- (4) C. Cass., Sez. VI, 22 novembre 2000, n. 4060, Durante, in *Cass. pen.*, 2001, 2798.
- (5) Si ritiene, invece, non configurabile nel caso in cui lo straniero cerchi di favorire il proprio ingresso, ossia il c.d. "autofavoreggiamento", poiché è requisito necessario del delitto la terzietà del soggetto agente rispetto agli immigrati clandestini. A tale conclusione si giunge, se si considera che l'ingresso illegale oggi costituisce in Italia un diverso reato autonomo e, inoltre, anche alla luce dell'interpretazione conforme agli strumenti internazionali in materia, l'ingresso illegale del singolo è fenomeno da tenere ben distinto, sotto il profilo della responsabilità penale, dall'azione di chi tale ingresso favorisce o procura (C. Cass., 3 giugno 2010, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 938), v. M. Pelissero, "Le ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina" in AA. VV. "Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare" (a cura di E. Rosi e F. Rocchi), Napoli, 2013, 180.
- (6) L'ingresso, invece, degli stranieri provenienti dai paesi dell'Unione Europea è regolato dagli accordi di Schengen e non si applicano loro le norme del t.u., "se non in quanto si tratti di norme più favorevoli", v. L. Salamone, "La disciplina giuridica dell'immigrazione clandestina via mare, nel diritto interno, europeo ed internazionale", Torino, 2011, 251.
- (7) C. Cost., 30 gennaio 2009, n. 21, in *Giur. cost.*, 2009, 144 ss., v. *infra*.
- (8) L. Baima Bollone, "Disposizioni contro le immigrazioni clandestine", in AA.

VV. "Il nuovo diritto dell'immigrazione", Milano, 2003, 215.

- (9) A. Caputo, "I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali" in "Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti", a cura di A. Caputo e G. Fidelbo, in "Trattato teorico pratico di diritto penale" diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, Torino, 2012, 67.
- (10) C. Cass., Sez. I, 10 ottobre 2003, Kutepov, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 58.
- (11) C. Cass., Sez. I, 13 febbraio 2008, Chelaru ed altro, in *Riv. pen.*, 2008, 1399; C. Cass. Sez. I, 28 febbraio 2008, Gradinaru, *ivi*, 2008, 1398, precisando che il delitto si perfeziona per il solo fatto di compiere atti diretti a favorire l'ingresso, non rilevando l'effettività, la durata o le finalità dell'entrata o del transito, né la direzione o la destinazione finale dello straniero in transito.
- (12) A. Peccioli, "Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella giurisprudenza e la riforma del 2009", in *Dir. pen. proc.*, 2009, 19 e ss.
- (13) G. Grasso, "L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato", in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1986, 694.
- (14) Talvolta ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità sufficiente ad integrare la fattispecie, v. C. Cass., Sez. I, 23 giugno 2000, n. 4586, in *Cass. pen.*, 2001, 2187, e A. Peccioli, "Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella giurisprudenza e la riforma del 2009", *cit.*
- (15) C. F. Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, P. Pisa, "Manuale di diritto penale. Parte generale", II ed., Milano, 2017, 500.
- (16) C. Cass., Sez. III, 29 febbraio 2012, 20880, in *Cass. pen.*, 2013, 319 ha, infatti, ritenuto che il termine 'favorire', inizialmente contenuto nell'art. 12, è certamente di più ampia portata rispetto al termine 'procurare' utilizzato nella legge n. 189/2002 e "i due termini non sono stati affatto usati dal legislatore indifferentemente o in modo casuale, bensì esprimono una precisa scelta normativa, tanto che la sostituzione del verbo favorire col verbo procurare è stata sistematicamente operata in tutte le disposizioni modificate. Del resto, la ratio legis di questa sostituzione può agevolmente individuarsi dall'interprete proprio nella intenzione di evitare, dopo il rilevante aggravamento delle sanzioni apportato dalle nuove disposizioni, interpretazioni applicative che estendessero la norma penale anche a fattispecie di poco rilievo sul piano concreto del disvalore e dell'offesa all'interesse tutelato dalla norma".
- (17) A. Caputo, "Diritto e procedura penale dell'immigrazione", Torino, 2006, 63.
- (18) A. Palma, "Disciplina dell'immigrazione e clandestinità", in "La nuova normativa sulla sicurezza pubblica" (a cura di F. Giunta e E. Marzaduri), Milano, 2010, 327 e L. Degl'Innocenti, "Stranieri irregolari e diritto penale", Milano, 2011, 44.
- (19) E si ritiene siano state introdotte anche al fine di rendere più determinata la fattispecie, viste le critiche emerse in dottrina e le questioni sollevate in giurisprudenza relativamente al rispetto del principio di determinatezza, v. *supra*.
- (20) A. Peccioli, "Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella giurisprudenza e la riforma del 2009", *cit.*, circa la fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione, ma tali considerazioni sono valide anche per l'ipotesi in esame.
- (21) A. Caputo, "I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali" in "Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti", *op. cit.*, 61-62.
- (22) M. Pelissero, *op. cit.*, 180.
- (23) A. Cerase, "Riformata la disciplina dell'immigrazione: le novità della legge Bossi-Fini", in *Dir. pen. e proc.*, 2002, 1347.
- (24) L. Degl'Innocenti, *op. cit.*, 41.
- (25) M. Pelissero, *op. cit.*, 171.
- (26) Tra le quali vi è anche quella del trattamento inumano o degradante, su cui ci soffermeremo in seguito.
- (27) E. Lanza, "Gli stranieri e il diritto penale", Milano, 2011, 479 e A. Caputo, "Favoreggiamento all'emigrazione: questioni interpretative e dubbi di costituzionalità", in *Questione Giustizia*, 2003, 1247 ss.
- (28) L. Baima Bollone, *op. cit.*, 212.
- (29) Nella Risoluzione sulle priorità politiche nella lotta contro l'immigrazione clandestina di cittadini di paesi terzi, adottata nel settembre 2007, il Parlamento europeo, tra le altre cose, ha sottolineato la necessità di rafforzare la lotta contro le reti di trafficanti, anche dal momento che l'immigrazione clandestina comporta il trasferimento di grandi quantità di denaro nelle mani delle mafie, v. F. Ferraro, "Le modifiche in tema di reati e sanzioni connesse al fenomeno dell'immigrazione", in AA. VV. "Il sistema della sicurezza pubblica", a cura di F. Ramacci e G. Spangher, Milano, 114. Nello stesso atto europeo, si è ricordato anche che "gli immigrati irregolari non devono essere assimilati a delinquenti" e che "molti di loro rischiano la vita per venire a cercare in Europa la libertà o un sostentamento. Si ritiene che sia responsabilità dei politici attuare una politica coerente ed efficace di lotta contro l'immigrazione clandestina, tenendo

conto dei diritti fondamentali degli individui (...) Si sottolinea che qualsiasi misura di lotta contro l'immigrazione clandestina e di controllo delle frontiere esterne deve rispettare le garanzie e i diritti fondamentali delle persone, conformemente alle disposizioni sancite dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali (CEDU), in particolare per quanto riguarda il diritto d'asilo e il diritto di non respingimento".

(30) Ciò è riscontrabile anche nelle due "categorie" del favoreggiamento della permanenza e del favoreggiamento abitativo, nei quali la necessità di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegittimità dello straniero sposta l'asse di tutela dalla regolarità dei flussi migratori alla persona del migrante, v. M. Pelissero, *op. cit.*, 171 e 174.

(31) A. Caputo, "I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali" in "Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti", *op. cit.*, 50.

(32) A. Peccioli, "Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella giurisprudenza e la riforma del 2009", *cit.*

(33) Espressione analoga si rinviene anche in altri atti internazionali, come, ad esempio, la Carta di Nizza, che all'art. 4 ricalca pedissequamente tale divieto, introdotto, pertanto, anche a livello comunitario.

(34) Esposito, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, "Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali", Padova, 2001.

(35) C. eur. dir. uomo, Sez. II, sentenza 8 gennaio 2013, Torreggiani e a. c. Italia, ric. n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10.

(36) C. eur. dir. uomo, Alexov c. Bulgaria, nota a sentenza di G. Garuti, "Violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti e condizioni carcerarie in Bulgaria", in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 921.

(37) C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sentenza 9 luglio 2013, Vinter e altri c. Regno Unito, ric. n. 66069/2009, 130/2010 e 3896/2010, che afferma anche il generale divieto di pene "grossolanamente sproporzionate" rispetto al reato". Sul tema, v. anche C. eur. dir. uomo, Sez. IV, sentenza 17 gennaio 2012, Harkins e Edwards c. Regno Unito, ric. n. 9146/07 e 32650/07.

(38) C. eur. dir. uomo, Sez. V, sentenza 25 marzo 2010, Angelov c. Bulgaria.

(39) C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sentenza 17 luglio 2014, Svinarenko e Slyadnev c. Russia, che ha specificato come la natura violenta dei reati commessi dai ricorrenti non giustificasse tale trattamento, estremamente umiliante perché protrattosi per tutta la durata del processo e alla presenza di moltissimi testimoni.

(40) Nota a sentenza C. eur. dir. uomo, 23 febbraio 2012, n. 27765 di A. Sognaglioni, in *Corriere Giur.*, 2012, 693.

(41) M. Donini, "Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione", in *Quest. giust.*, 2009, 127.

(42) C. eur. dir. uomo, sentenza 7 luglio 1989, Soering c. Regno Unito, ric. n. 14038/88.

(43) C. eur. dir. uomo, Sez. I, sentenza 2 marzo 2017, n. 41237, con la quale la Corte ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3, poiché non aveva, attraverso l'operato delle proprie forze dell'ordine e dell'autorità giudiziaria, adeguatamente e tempestivamente tutelato una donna vittima di violenze domestiche serie e reiterate da parte del marito, culminate nell'omicidio del figlio che aveva tentato di difendere la madre. In seguito alle numerose querele presentate dalla donna, infatti, non erano state svolte indagini e l'intervento delle forze dell'ordine, più volte sollecitato, non aveva avuto alcun effetto.

(44) C. Cass., Sez. I, sentenza 12 luglio 2016, n. 29245.

(45) C. Cass., Sez. I, sentenza 13 luglio 2015, n. 30127.

Tribunale di Imperia, 21 novembre 2016, n. 1581 – Giudice Bonsignorio.

FRANA colposa - entità dell'evento di danno - vastità e potenzialità diffusiva - sussistenza.

Il delitto di frana colposa (o disastro imminente colposo) richiede un evento di danno, qual è una frana, di proporzioni ragguardevoli per vastità e difficoltà di contenimento, non essendo sufficiente il verificarsi di un mero smottamento: in presenza di tali condizioni, non rientra nella fattispecie (né dolosa, né colposa) la sussistenza di un concreto ed effettivo pericolo per la pubblica incolumità, che è pre-

sunto dalla legge e come tale non va specificamente provato. (Nel caso di specie, non sfugge la portata dimensionale del crollo del fronte di scavo e della sovrastante sede stradale, immesco dal cedimento della sottostante berlinese, quindi con evidente potenzialità diffusiva nello spazio circostante, e pericolo addirittura concreto per la pubblica incolumità tanto che le abitazioni in prossimità vennero evacuate nel pieno della notte, appena in tempo prima del crollo totale della strada). (1)

(... Omissis...)

Motivi della decisione

(...omissis...) L'imputazione di frana colposa, mossa all'ing. G. (...omissis...) nella duplice qualità di progettista strutturale e Direttore Lavori presso il cantiere della (...omissis...) (committente dell'opera per la realizzazione di box interrati), B. (...omissis...) nella qualità di titolare della ditta costruttrice, G. (...omissis...) legale rappresentante della (...omissis...) incaricata della fornitura e posa in opera dei micropali e sistemi di tiraggio dell'opera provvisoria di contenimento, si riferisce all'evento franoso (...omissis...) a seguito del cedimento della paratia di contenimento del fronte di scavo (cd berlinese) in corso di realizzazione, che frana unitamente alla superiore sede stradale con pericolo di crollo per gli edifici in prossimità dell'area di cantiere. Agli imputati vengono contestate condotte colpose "consistite nella carenza e comunque inadeguata progettazione e successiva cattiva realizzazione della paratia di contenimento del Fronte di scavo del terreno situato al di sotto della sede stradale" meglio specificate nell'imputazione in relazione al ruolo ed operato di ciascuno.

L'evento franoso

(... Omissis...) Profili di colpa

Passando a valutare le risultanze emerse, occorre analizzare per ciascuno degli imputati a cui vengono addebitate condotte colpose nelle fasi di progettazione o realizzazione dell'opera, se siano emersi profili di colpa in nesso causale con l'evento franoso. All'ing. G. (...omissis...), in qualità di progettista strutturale e Direttore Lavori, vengono imputate diverse condotte improntate a colpa quale causa dell'evento franoso, che l'istruttoria dibattimentale ha portato a circoscrivere ma sostanzialmente confermare.

Innanzitutto gli viene contestata l'inadeguatezza dell'indagine geologica prodromica e funzionale alla progettazione strutturale, dato pacificamente emerso dagli accertamenti tecnici, considerata l'assenza di relazione geologica di livello esecutivo e la presenza della sola relazione geologica di fattibilità le cui prescrizioni geognostiche erano state disattese. Tuttavia i CC.TT hanno potuto accertare che, malgrado la carenza nell'indagine geologica, i parametri geotecnici assunti dal progettista erano corretti, e il progetto di dimensionamento della paratia era adeguato alla funzione di contenimento dell'opera provvisoria che, se correttamente realizzata nel vincolo, non sarebbe giunta al collasso. Ne deriva che tale profilo di colpa accertato in capo all'ing. G. (...omissis...) non assume rilevanza causale rispetto all'evento franoso.

Inoltre gli viene contestato il fatto di aver fatto porre in opera un sistema di barre filettate con bulloni di ancoraggio anziché il classico e più appropriato sistema di tiranti. AI riguardo i CC.TT. hanno chiarito che il sistema impiegato nel caso di specie, di tiranti passivi armati con tondini, per quanto inusuale, è altrettanto efficace del classico sistema di tiranti attivi armati con trefoli, purché correttamente realizzato. Per tanto non può ravvisarsi profilo di colpa nella scelta della soluzione tiranti passivi piuttosto che tiranti attivi, perché teoricamente le scelte possono equivalersi.

Infine gli viene contestata la mancata descrizione a progetto del

collegamento tra paratia e sistemi di ancoraggio, e l'omessa verifica circa la corretta esecuzione del collegamento tra paratia e sistemi di ancoraggio. E questo è il profilo di colpa determinante nella causazione dell'evento franoso, ossia la non corretta modalità di esecuzione del collegamento tra paratia e tiranti, reso inefficace dal posizionamento delle piastre d'ancoraggio sul limite inferiore all'interno delle reti d'armatura anziché sull'estradosso della paratia, come sopra diffusamente illustrato.

La condotta colposa in tal senso accertata in capo all'ing. G. (...omissis...), evitabile mediante comportamento alternativo corretto del tutto esigibile, si pone in evidente nesso causale con l'evento dannoso, da cui l'affermazione di penale responsabilità. Tale condotta colposa, attribuita all'ing. G. (...omissis...) in qualità di Direttore Lavori per non avere verificato la correttezza dell'operato delle imprese in cantiere, è risultata allo stesso ascrivibile anche in qualità di progettista essendosi lo stesso assunto proprio la paternità della scelta progettuale. Tale differente ricostruzione conduce ad escludere ogni condotta colposa in capo alle ditte operanti in cantiere perché, tanto G. (...omissis...) legale rappresentante della (...omissis...) che provvedeva alla perforazione ed infissione dei tiranti, quanto B. (...omissis...) titolare della ditta costruttrice che realizzava l'armatura del cordolo e vi collegava le piastre di ancoraggio dei tiranti, non facevano che eseguire le puntuali disposizioni impartite dall'ing. G. (...omissis...) Pertanto va esclusa la penale responsabilità di B. (...omissis...) e G. (...omissis...), nei confronti dei quali va emessa pronuncia assolutoria per non avere commesso il fatto.

Conclusioni

In conclusione, si perviene ad affermazione di penale responsabilità dell'ing. G. (...omissis...) in ordine al reato ascritto degli artt. 426-449 c.p., limitatamente alle condotte colpose come sopra specificate. In ordine alla ricorrenza della fattispecie, va osservato che il delitto di 'frana colposa' (o 'disastro innominato colposo') richiede un evento di danno, qual è una frana, di proporzioni ragguardevoli per vastità e difficoltà di contenimento, non essendo sufficiente il verificarsi di un mero smottamento: in presenza di tali condizioni, non rientra nella fattispecie (né dolosa né colposa) la sussistenza di un concreto ed effettivo pericolo per la pubblica incolumità, che è presunto dalla legge e come tale non va specificamente provato (v. Cass., n. 13947/2008, Cass., n. 4040/2004).

Nel caso di specie, non sfugge la portata dimensionale del crollo del fronte di scavo e della sovrastante sede stradale, innescato dal cedimento della sottostante 'berlinese', quindi con evidente potenzialità diffusiva nello spazio circostante, e pericolo addirittura concreto per la pubblica incolumità tanto che le abitazioni in prossimità vennero evacuate nel pieno della notte, appena in tempo prima del crollo totale della strada.

Circa il trattamento sanzionatorio, all'imputato possono riconoscersi le attenuanti generiche ex art. 62 bis c.p., per incensuratezza e per corretto comportamento processuale. Pertanto, valutati i parametri dell'art. 133 c.p., ritenuta contenibile la pena nei minimi edittali, si reputa equa la condanna di G.S. (...omissis...) alla pena di mesi otto di reclusione: così desunta da pena base di reclusione, ridotta per attenuanti generiche. Le spese seguono la condanna. Lo stato di incensuratezza, unitamente all'auspicata efficacia dissuasiva della pena, legittima una prognosi favorevole ai fini della concessione del beneficio della sospensione condizionale. Statuizioni Civili (...Omissis...)

P.Q.M.

Visti gli artt. 533 -535 c.p.p.

Dichiara

G.S. (...omissis...) colpevole del reato ascritto, e riconosciute le attenuanti generiche, lo condanna alla pena di mesi otto di reclusione, oltre al pagamento delle spese processuali.

Visto l'art. 163 c.p. dichiara la pena sospesa alle condizioni di legge. Visti gli artt. 538 e segg. c.p.p. condanna G.S. (...omissis...) al risarcimento dei danni in favore delle parti civili (...omissis...), liquidati equitativamente nella misura di (...omissis...). Visto l'art. 541 c.p.p. condanna infine il predetto imputato alla rifusione delle spese di costituzione e difesa delle parti civili, liquidate in complessivi euro 10.000 oltre spese generali ed accessori di legge.

Visto l'art. 530 c.p.p. assolve B. (...omissis...) M. (...omissis...) e G.S. (...omissis...) dal reato ascritto per non avere commesso il fatto.

Dispone confisca e distruzione dei reperti in sequestro. Assegna gg. 90 per il deposito.

(1) Evento franoso e responsabilità del direttore dei lavori.

Sommario: 1. Il fatto. - 2. Il reato di causazione colposa di frana. - 3. La fattispecie contravvenzionale di rovina di edifici o di altre costruzioni. - 4. La pronuncia del giudice imperiese. - 5. Conclusioni: il particolare rigore che ha mosso il giudice imperiese nell'irrogazione della condanna in relazione a casi analoghi diversamente risolti.

1. Il fatto.

La sentenza n. 1581/16 del Tribunale di Imperia, epilogo del procedimento che ha coinvolto esponenti di rilievo dell'imprenditoria del Ponente ligure sulla scorta del verificarsi di evento franoso durante l'escavazione per la realizzazione di posti auto interrati al di sotto di strada urbana di percorrenza carrabile, si segnala per il rilievo che potrebbe rivestire nell'economia di una questione giuridica dalla giurisprudenza mai univocamente risolta, ovvero l'esautiva perimetrazione della nozione di frana in relazione alle norme che ne puniscono la causazione.

Imputati nel procedimento del quale si discute il titolare della ditta costruttrice, il legale rappresentante della stessa, nonché il direttore dei lavori.

Il delitto contestato ai soggetti innanzi evidenziati risulta essere quello di cui agli articoli 113, 426 e 449 del Codice Penale, ovvero la cooperazione nella causazione colposa di frana.

Più nel dettaglio, focalizzandosi su quella che risulterà la sola condotta censurata, al progettista venivano contestate alcune imperite omissioni nell'esecuzione dei lavori e, in particolar modo, un'errata progettazione del sistema di ancoraggio della paratia di contenimento.

Difetto di progettazione che, a mente di quanto statuito dal Tribunale di Imperia, ha condotto al movimento franoso in parola o, per meglio dire, all'inidoneità della struttura a contenere la forza discensiva del fenomeno e, pertanto, non atta all'uso al quale avrebbe dovuto essere destinata.

2. Il reato di causazione colposa di frana.

Risulta imprescindibile, onde opportunamente valutare le determinazioni conclusive che hanno portato alla condanna del solo direttore lavori, delineare la struttura del reato in analisi, ovvero la causazione colposa di frana, costituita dal combinato composto degli articoli 426 e 449 c.p.

Le norme incriminano la causazione colposa, per quanto interessa nel caso di specie, di una frana, fenomeno naturalistico pericoloso per l'incolumità pubblica (1), collocate nei de-

litti di comune pericolo realizzati mediante violenza. Il concetto di frana richiama alla mente l'immagine di un evento catastrofico di eccezionale portata e gravità, che espone a pericolo un numero indeterminato di persone (2). Quelli contemplati dalle norme in commento si risolvono, pertanto, come disastri nominati o tipici, espressamente descritti e perimetrati dal legislatore in relazione ad un contesto ben delineato e ad una determinata fonte di pericolo. Il pericolo richiamato si staglia come comune, essendo indeterminata la direzione e l'entità del pericolo, nonché indeterminata la cerchia delle vittime potenziali (3). Ed è appunto l'elemento della potenza espansiva e della diffusività del danno, così come il pericolo per un numero imprecisato di persone non identificabili previamente che caratterizzano la fattispecie tipica de qua. Per quanto concerne, invece, la natura giuridica di tale ultima, essa veniva tradizionalmente inglobata nella sfera di appartenenza dei reati di pericolo presunto (4). Tuttavia, una parte della dottrina ha scandagliato ulteriormente la categoria, distinguendo tra pericolo astratto e pericolo presunto (5). Ebbene, nei reati di pericolo astratto il pericolo, pur non menzionato esplicitamente nella fattispecie, viene connesso alla condotta tramite generalizzazioni astratte, giungendosi, di tal guisa, ad una restrizione delle circostanze alle quali dare rilievo in sede di giudizio, dal momento che l'accertamento viene limitato alla stretta conformità alla fattispecie tipica, disancorando totalmente il ragionamento dalla concretezza dell'evento come verificatosi in concreto (6). Tuttavia, l'esigenza di una necessaria pericolosità, in ossequio al principio, ormai costituzionalizzato (7), di concreta offensività (8) del fatto tipico incriminato, comporta, come derivato ineluttabile, l'effettiva potenzialità lesiva dei reati di pericolo astratto, superando così la mera presunzione del pericolo (9). Conseguenza del tutto logica la possibilità della dimostrazione dell'atipicità del comportamento per l'impossibilità, ab origine, del risultato dannoso, ovvero per le cautele, adoperate dal reo, atte ad escludere con sicurezza la verificarsi dell'evento dannoso, di modo tale che non potranno risultare conformi alla fattispecie tipica fatti concretamente innocui (10). In giurisprudenza (11), tuttavia, prevale tuttora l'orientamento tradizionale tendente a considerare come presunto ex lege, e quindi non suscettibile di prova, il pericolo per la pubblica incolumità nel reato di cui all'articolo 426 c.p. e, specularmente, nell'analoga fattispecie colposa di cui all'articolo 449 c.p. Nondimeno, anche seguendo una simile chiave ermeneutica, il pericolo astratto per la pubblica incolumità connesso al disastro estrinseca profili di concretezza, nella misura in cui dovrà essere esclusa, sulla scorta di un giudizio effettuato ex ante, l'impossibilità della sua verifica, sulla scorta dell'unica esegesi costituzionalmente compatibile, in ossequio al principio cardine di offensività. La norma di cui all'articolo 426 del Codice Penale configura un reato comune di evento a forma libera dal momento che viene punito chiunque abbia cagionato, tramite condotta commissiva ovvero omissiva e con qualunque mezzo, l'evento, per quanto interessa in tale disamina, franoso (12). Come accennato, è configurabile una responsabilità per omesso impedimento dell'evento limitata ai soggetti in capo ai quali possa riscontrarsi una posizione di garanzia e, più specificamente, un obbligo giuridico di controllo volto a prevenire il verificarsi del pericolo e la causazione del relativo evento lesivo (come appunto il progettista nell'omessa neutralizzazione della frana). Individuata in capo al soggetto una de-

terminata posizione di garanzia, va poi accertato che l'evento sia collegato causalmente alla condotta omissiva, dal momento che l'esistenza dell'obbligo giuridico gravante sul soggetto agente non presume, ipso iure, la sussistenza del nesso di causalità che, inevitabilmente, dovrà essere appurato come esistente al fine della legittima imputazione del fatto di reato. Concentrandosi sull'evento, quello contemplato dalla norma in analisi costituisce un disastro nominato o tipico, delineato dal legislatore con riferimento ad una determinata fonte di pericolo.

Come già rammentato, il codice Rocco aveva concepito tale delitto come caratterizzato da evento di pericolo comune presunto, ovvero come evento presuntivamente pericoloso, in modo tale da anticipare la tutela a quelle condotte preparatorie, potenzialmente foriere del disastro.

Tuttavia, tale concezione, assolutamente disancorata dal principio di offensività, si risolveva come contrastante con la Norma Fondamentale, cosicché la giurisprudenza e dottrina più recenti, intervenute a collocare l'articolo 426 c.p. nel solco della Costituzione, qualificano tale norma come fattispecie di pericolo astratto, censurando l'incriminazione per fatti di reato che non presentino profilo alcuno di effettiva pericolosità (13). Particolarità della norma in questione è la sua natura anticipata di reato di danno, dal momento che richiede la verifica dell'evento lesivo, e di pericolo, in quanto tali eventi sono ritenuti, in via astratta, fomite di pericolo per la pubblica incolumità, al contempo.

Pertanto, ai fini dell'integrazione della fattispecie tipica è necessaria la realizzazione di entrambi gli eventi (14), ovvero sia l'evento materiale dannoso, nonché l'evento potenziale pericoloso (15).

Venendo a quello che risulta essere il punto nodale della questione, vertente sulla configurabilità o meno del fenomeno franoso - risolta, per quanto concerne il caso di specie, affermativamente, dal Tribunale di Imperia-, tale ultimo è caratterizzato e qualificato, in sede dottrina, come un distacco o scivolamento di terreno, di roccia o di altro materiale ghiaioso o sabbioso lungo un pendio, oppure voragine o sprofondamento di terreno (16).

La giurisprudenza evidenzia la necessità che la frana integri un evento dannoso che, per entità e difficoltà di contenimento, possa stagliarsi come di immani proporzioni, non essendo sufficiente il verificarsi di un semplice smottamento (17). La condotta, pertanto, deve determinare un accadimento che presenti le dimensioni e le caratteristiche tipiche del disastro, inteso quale evento dannoso, grave e straordinario, dagli effetti devastanti, coinvolgente un numero non circoscritto di individui (18).

Non ogni frana è rilevante per il diritto penale, ma solamente quella di pregnanza tale da generare un pericolo per la pubblica incolumità.

Per quanto attiene poi al giudizio che dovrà essere esperito dal giudice, in relazione all'evento naturalistico e materiale, l'accertamento si avvarrà dell'applicazione di leggi scientifiche e di copertura, nonché del parametro della miglior scienza ed esperienza del momento storico, mentre in relazione al giudizio di comune pericolo, da effettuarsi ex ante, dovranno essere valutati gli indici di pericolosità, ovvero la potenzialità di danno a detrimento di un numero indeterminato di persone (19). In merito alla questione della perimetrazione della nozione di frana - questione pregnante nell'economia della presente disamina, dal momento che la sentenza in commento si rivela dalle deboli argomentazioni proprio in punto di riscontro dell'evento franoso nel caso di specie-, si richiama, per vicinanza ter-

ritoriale e temporale, la sentenza resa dalla Corte di Cassazione (20), chiamata a pronunciarsi, in ultima istanza, sulla configurabilità o meno dell'evento frana in relazione a scivolamento di terreno verificatisi nel Savonese in occasione di lavori edili volti alla realizzazione di un'autorimessa interrata. Fenomeno che aveva minato la sicurezza statica di svariati edifici condominiali insistenti su parte del versante interessato.

Ebbene, la Suprema Corte concludeva obliterando la risoluzione di non luogo a procedere emessa dal gup (21), in ragione dell'impossibilità di qualificare come frana un evento che, invero, non era risultato rivestire quelle connotazioni catastrofiche e dirompenti tipiche del fatto naturale in parola.

Approdo che, come facilmente evincibile, non potrebbe che militare a favore della difesa dell'imputato direttore dei lavori nella diversa, ma molto simile, fattispecie imperiese.

Caso di specie, tale ultimo, che risulta vertere su fenomeno franoso affine, e forse dalla portata meno estesa, sia in punto di evento che di pericolo, risolto, tuttavia, dal Tribunale di prime cure in modo diametralmente opposto alla conclusione alla quale era giunta la Suprema Corte per il caso inveratosi nei pressi di Savona.

3. La fattispecie contravvenzionale di rovina di edifici o di altre costruzioni.

Interessante ipotesi di derubricazione espressamente richiesta, in sede di conclusioni, dall'imputato nel caso in questione, è la diversa ipotetica applicabilità della norma di cui all'articolo 676 c.p., rubricata come "Rovina di edifici o altre costruzioni" (22). Il bene tutelato è il medesimo di quello di cui all'articolo 426 c.p., ovvero l'incolumità pubblica.

Diversamente dalla fattispecie delittuosa, la contravvenzione de qua configura un reato proprio (23) dal momento che soggetto attivo può essere soltanto chi abbia avuto parte nel progetto o nell'esecuzione dei lavori concernenti un edificio o un'altra costruzione. Vi sono ricompresi, pertanto, il progettista, il costruttore, l'imprenditore, il direttore dei lavori ed altre figure professionalmente perimetrate, essendone, di contro, esclusi i semplici esecutori materiali.

Per quanto concerne l'elemento oggettivo del reato suddetto, oggetto materiale della contravvenzione sono, come indica il titolo stesso, non esclusivamente edifici ma anche "altre costruzioni". In tale ultima nozione rientrano ponti, armature, impalcature, ponti stradali, cavalcavia, muri, scarpate e così discorrendo (24). Chiaro come in un simile concetto ben possa essere inglobata la berlinese in questione, rovinata in occasione dei fatti di cui in narrativa.

Venendo all'aspetto che interessa in questa sede, ovvero alla distinzione tra la fattispecie contravvenzionale e la diversa fattispecie delittuosa contestata al progettista, il discrimine deve essere attinto, più che nella qualifica del soggetto attivo, nella diversa materializzazione dell'evento.

Più nel dettaglio, il concetto di crollo caratterizzante la nozione di frana allude ad un accadimento idoneo a comportare un pericolo all'incolumità di un numero vasto ed imprecisato di persone (25). Di contro, la rovina sembra identificare un avvenimento dagli effetti ben più blandi, un crollo di limitate proporzioni, anche per quanto concerne gli esiti potenzialmente nefasti del medesimo.

Riassumendo, disastro per quanto concerne la fattispecie di cui all'articolo 426 c.p., ovvero, 426 e 449 per quanto interessa il caso specifico, e microcrollo in riferimento alla fattispecie di cui all'articolo 676 c.p. (26)

Focalizzati i tratti caratterizzanti le norme suddette e considerati gli accadimenti come effettivamente succedutisi, nonché l'enti-

tà del pericolo seguitone, non del tutto peregrina apparirebbe la richiesta, spiegata dal difensore dell'imputato, di derubricazione del capo di imputazione alla più lieve ipotesi contravvenzionale.

Il giudice di prime cure, sulla scorta di una motivazione sicuramente non esente da censure in punto di diritto, ha deciso di orientarsi diversamente, lungo la direttrice della quale si dirà al paragrafo seguente.

4. La pronuncia del giudice imperiese.

Il Tribunale di Imperia, sulla scorta di un posizionamento costante rispetto a quello che sembrerebbe ormai collaudato in sede di legittimità, perviene alla condanna dell'imputato direttore dei lavori a mesi otto di reclusione per i reati di cui al capo d'imputazione, ovvero sia per i reati di cui agli articoli 113, 426 e 449 c.p., oltre al pagamento delle spese processuali, "per aver omesso di verificare, quale progettista e direttore dei lavori per la realizzazione di box interrati, la corretta esecuzione del collegamento tra la paratia ed i sistemi di ancoraggio" (27).

Ora, tralasciando le pur discutibili scelte processuali che hanno condotto ad una simile condanna (ovverossia l'aver fondato la decisione in parola sulla scorta di dichiarazioni rese in sede di escussione testimoni, in assenza di un opportuno e sacramentale licenziamento di consulenza tecnica volta all'effettivo riscontro dei fatti contestati agli imputati) sulla scorta di una ipotetica colpa nella scelta del meccanismo di ancoraggio chiodi-tiranti nella composizione della contestata berlinese, quel che interessa in tale sede, disancorandosi dagli aspetti tecnici della questione e soffermandosi su quelli, di maggiore interesse nell'economia di tale disamina, giuridici, ciò che non può non rilevarsi è l'opinabile qualificazione di frana per quanto concerne l'evento occorso nel caso di specie.

Ebbene, difficilmente quello che, ad una analisi anche solo sommaria dei fatti verificatisi, sembra risolversi in un mero smottamento, potrebbe essere inglobato nella nozione di frana così come intesa e concepita dalla giurisprudenza di legittimità pronunciatasi in materia.

Come già evidenziato al paragrafo precedente, il concetto di frana revoca alla mente l'immagine di un evento catastrofico di eccezionale portata e gravità, che espone a pericolo un numero indeterminato di persone, disastro nominato e, come tale, espressamente descritto e perimetrato dal legislatore in relazione ad un contesto ben delineato e ad una determinata fonte di pericolo.

Ed è appunto l'elemento della potenza espansiva e della diffusività del danno, così come il pericolo per un numero imprecisato di persone non identificabili previamente che caratterizzano la fattispecie tipica de qua.

Il fatto del quale si discute non sembrerebbe poter essere ricondotto ad una simile nozione di evento dannoso dagli effetti sconvolgenti, se non tramite una forzatura ermeneutica concepita in chiave analogica che, in ambito penalistico, risulterebbe comunque interdetta, in particolar modo se, come nell'ipotesi che ha mosso il giudice estensore della sentenza gravata, sfavorevole al reo. Pertanto, il percorso argomentativo, ben poco motivato, che ha condotto il Tribunale di Imperia a qualificare come frana quello che si risolve come mero smottamento non può non sollevare dubbi interpretativi sui quali, molto probabilmente, dovrà pronunciarsi la Corte d'Appello eventualmente adita.

E' infatti la stessa giurisprudenza di legittimità (28) ad evidenziare la necessità che la frana integri un evento dannoso che, per entità e difficoltà di contenimento, possa stagliarsi come di immani proporzioni, non essendo sufficiente il verificarsi di un semplice smottamento.

La condotta, pertanto, deve determinare un accadimento che pre-

senti le dimensioni e le caratteristiche tipiche del disastro, inteso quale evento dannoso, grave e straordinario, dagli effetti devastanti, coinvolgente un numero non circoscritto di individui.

Evidentemente, non ogni frana è rilevante per il diritto penale ma solamente quella di pregnanza tale da generare un pericolo per la pubblica incolumità.

E tale non sembra possa dirsi l'evento in parola.

Qualora, in secondo grado, venisse appurata l'inconsistenza dell'evento medesimo di reato, qualsiasi disquisizione teorica su di un eventuale pericolo, astratto o concreto, per la pubblica incolumità risulterebbe ininfluente.

Dei due requisiti richiesti ai fini della integrazione della fattispecie disciplinata dall'articolo 426 c.p. – dalla natura bifasica di reato di danno, dal momento che richiede la verifica dell'evento lesivo, e di pericolo, in quanto tali eventi sono ritenuti, in via astratta, cagione di pericolo per la pubblica incolumità, al contempo –, il solo che sembrerebbe sussistere nel caso esaminato è il pericolo, seppur a detrimento di una cerchia piuttosto limitata di individui. Del tutto conseguentemente, anche nell'ipotesi di sussistenza di pericolo, non essendo configurabile, tuttavia, l'evento di reato, come sembrerebbe nel caso di specie, verrebbe comunque a decadere la stessa fattispecie tipica.

5. Conclusioni: il particolare rigore che ha mosso il giudice imperiese nell'irrogazione della condanna in relazione a casi analoghi diversamente risolti.

L'inusuale approdo a cui è giunto il giudice imperiese, che qualifica come frana quello che sembrerebbe essere un mero smottamento di terreno, non trova analogia obliterazione in giudizi resi in casi similari, se non dalla portata ben più ampia.

Non solo, si inserisce lungo una direttrice diametralmente opposta a quella che risulta essere l'interpretazione dominante, in seno alla giurisprudenza di legittimità, dell'evento de quo.

Si rammenta, per vicinanza territoriale, il procedimento – già richiamato nella delineazione degli elementi tipici della fattispecie della quale si disserta – deciso in primo grado dal Tribunale di Savona, che aveva interessato imprenditori della zona, ove veniva loro contestato “di avere, nelle rispettive qualità, per colpa dovuta ad imprudenza, negligenza o imperizia, eseguendo lavori edili volti alla realizzazione di un'autorimessa interrata costituita da un numero complessivo di 174 boxes privati, in maniera non corrispondente alle *leges artis*, cagionato ovvero non impedito, pur avendone l'obbligo giuridico, la frana del terreno sottostante gli edifici e, precisamente, lo scivolamento dello stesso in direzione prevalente nord-nord est o comunque il pericolo del crollo dei predetti immobili”.

Ebbene, con sentenza di cui all'articolo 425 c.p.p., il gup presso il Tribunale di Savona dichiarava non luogo a procedere nei confronti degli imputati in ordine all'imputazione di cui agli artt. 113, 434, (o alternativamente 426, 449 c.p.) 449 c.p. perché il fatto non sussiste, non reputando, evidentemente, integrato l'evento stesso del reato, ovvero sia il fenomeno franoso.

Avverso tale decisione proponeva ricorso il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Savona, deducendo l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui aveva escluso la sussumibilità della fattispecie concreta nelle fattispecie astratte prospettate.

La Corte di Cassazione, con sentenza n. 22671/14, rigettava, tuttavia, il ricorso ritenendolo infondato, convalidando le conclusioni del gup e reputando l'episodio stesso non qualificabile come frana.

Ebbene, considerata la portata dell'evento inveratosi nel Savonese, di estensione di più ampio raggio, interessante la stabilità di svariati edifici condominiali e, conseguentemente, l'incolumità di un numero non circoscritto di individui, risolto dalla Corte come non

etichettabile in guisa di frana, non si vede come il caso di cui si disserta potrebbe, invece, essere perimetrato nella fattispecie di cui all'articolo 426 c.p., se non sulla scorta di un totale *règlement* di quello che risulta ormai essere un consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità sul punto.

Discostamento del tutto inusuale per un giudice di merito sul quale, molto probabilmente, dovrà meditare il giudice di seconde cure e, forse, anche quello di legittimità.

Valentina Ventura Boeri

Note:

(1) Fiandaca, Musco, *Diritto penale, Parte speciale, I*, VII ed., Bologna, 2015, 493

(2) Marinucci, *Crollo delle costruzioni, Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 419; A. Gargani, *Trattato di diritto penale- Parte speciale- Reati contro l'incolumità pubblica- Tomo I Reati di comune pericolo mediante violenza*, Milano, Giuffrè editore, 2008, 161 ss.

(3) G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale Parte generale*, VII ed., Bologna, 2015, Zanichelli Editore, 150 ss.; C. Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, P. Pisa, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè Editore, Milano, 2013, 263 ss.

(4) *Relazione ministeriale, II*, 213

(5) Gallo, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, 1 ss; Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, III ed., Milano, 2004, 342 ss.

(6) Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, X ed. CEDAM, 2017, 184 ss.

(7) “E’ precipuo dovere del giudice di merito apprezzare, alla stregua del generale canone interpretativo offerto dal principio di necessaria offensività della condotta concreta, se la condotta dell’agente sia priva di qualsiasi idoneità lesiva concreta e conseguentemente si collochi fuori dall’area del penalmente rilevante” (Corte Costituzionale, n.333/1991).

(8) Mantovani, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale-Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1977, 447; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale Parte generale*, cit., 150 ss.; Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, P. Pisa, *Manuale di diritto penale*, cit., 263 ss.

(9) Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973, 81 ss.

(10) Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte generale*, VIII ed, Milano, 2003, 246.

(11) “Non rientra né nella fattispecie dolosa né in quella colposa la sussistenza di un concreto ed effettivo pericolo per la pubblica incolumità, che è presunto dalla legge e non va, pertanto, specificamente provato” (Cass.pen., n. 13947/08); “L’evento di frana, rilevante agli effetti della legge penale nella fattispecie dolosa prevista dall’art. 426 c.p., ed in quella colposa prevista dall’art. 449 c.p., consiste in un fenomeno di proporzioni ragguardevoli per vastità e difficoltà di contenimento, senza che sia necessario verificare il concreto ed effettivo pericolo per la pubblica incolumità, essendo tale pericolo presunto dalla legge” (Cass. pen., 2260/05).

(12) Fiandaca, Musco, *Diritto Penale, Parte speciale*, cit., 493 ss.

(13) Mantovani, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale-Scritti in onore di Costantino Mortati*, cit., 450; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale Parte generale*, cit., 150 ss.; Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, P. Pisa, *Manuale di diritto penale*, cit., 263 ss

(14) F. Palazzo, *Corso di diritto penale – Parte generale*, VI ed., 2016, Giapichelli Editore, Torino, 241 ss.

(15) Stella, *Giustizia e modernità*, III ed., Milano, 2003, 534.

(16) Battaglini, Bruno, *Delitti contro l'incolumità pubblica*, VIII ed., 1962, Torino, 549; Fiandaca, Musco, *Diritto Penale, Parte speciale*, cit., 493 ss.; A. Gargani, *Trattato di diritto penale- Parte speciale- Reati contro l'incolumità pubblica- Tomo I Reati di comune pericolo mediante violenza*, cit., 161 ss.

(17) Cass. Pen., sez. II., 13947/08, Cass. pen. sez. III, 2265/08.

(18) A. Gargani, *Trattato di diritto penale- Parte speciale- Reati contro l'incolumità pubblica- Tomo I Reati di comune pericolo mediante violenza*, cit., 161 ss.; Cass. pen., sez. III, 13765/991, in *Giust. pen.*, 1992, II, 653.

(19) G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale Parte generale*, cit., 150 ss.; Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, P. Pisa, *Manuale di diritto penale*, cit., 263 ss

- (20) Cass. pen., sez. IV, 22671/14, in *Giust. Pen.*, 2005, II, 254.
- (21) “*Mancano i presupposti per configurare i reati ipotizzati dalla pubblica accusa: frana colposa o disastro colposo. Il primo non sussiste perché, come da indicazioni della Cassazione, non può costituire frana qualsiasi smottamento, dovendo il fenomeno assumere, in ogni caso, proporzioni ragguardevoli per vastità e difficoltà di contenimento. Una condizione che, vista l’entità dei danni, non può considerarsi soddisfatta il Gup ha deciso di non discostarsi dal granitico orientamento della Corte di Cassazione, la quale afferma che, affinché si configuri il reato, l’evento, deve verificarsi.*”
- (22) Chiunque ha avuto parte nel progetto o nei lavori concernenti un edificio o un’altra costruzione, che poi, per sua colpa, rovine, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 154 a euro 929.
- (23) A. Gargani, *Trattato di diritto penale- Parte speciale- Reati contro l’incolumità pubblica- Tomo I Reati di comune pericolo mediante violenza*, cit., 698 ss
- (24) Sabatini, *Reati contro l’incolumità pubblica*, in *Noviss. Dig. It.*, VIII, Torino, 1968, 579.
- (25) Milesi, *sub. art. 677*, in *Codice penale commentato*, diretto da Marinucci, Dolcini, Milano, 2011, 4885.
- (26) Cass. pen., sez. II, 1098/1983, in *Riv. pen.*, 1984, 183.
- (27) Tribunale di Imperia, Sezione Penale, Composizione Monocratica, 21 novembre 2016, n. 1581.
- (28) Cass. pen., sez. IV, 13947/08 in *Giust. Pen.*, 2009, II, 210.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 29 ottobre 2015 – Giudice Staricco.

INDAGINI difensive – accesso ai luoghi e documentazione – dibattimento – esame testimoniale del sostituto del difensore delegato alle indagini – ammissibilità (obiter dictum).

(Artt. 391 sexies e 197 c.p.p.)

Il sostituto del difensore che abbia svolto indagini difensive consistenti nell’accesso ai luoghi e nell’esame di cose ex 391 sexies c.p.p. è compatibile con la funzione di testimone nel dibattimento. (1)

(...*Omissis*...)

Sentenza e contestuale motivazione nei confronti di: M. e R., imputati ex artt. 110, 624 e 625 n. 2 del codice penale perché, in concorso tra loro, al fine di trarne profitto, previa rimozione delle placche antitaccheggio, occultandoli all’interno di una borsa, ed oltrepassando le casse senza pagarne il corrispettivo, s’impadronivano di una spuma per capelli, un profumatore per ambienti ed una crema per il viso, del valore complessivo di € 17,57, asportandoli dai banchi di vendita dell’esercizio commerciale Mercatone di Genova.

Con l’aggravante di aver commesso il fatto con l’uso di violenza sulle cose consistita nell’asportare la placca antitaccheggio dalla crema per il viso.

Fatto commesso ed accertato in Genova il 4 settembre 2013.

Conclusioni

Il Pubblico Ministero ritiene non emersa l’aggravante contestata e quindi fattispecie semplice di furto, n.d.p. per mancanza di querela.

La difesa si associa.

Motivi contestuali

A seguito di decreto di citazione venivano tratti in giudizio M. e R. per rispondere del reato di cui in rubrica. Verificata la regolare costituzione delle parti, assenti le imputate, si procedeva con l’istruttoria.

Le parti davano il consenso all’acquisizione della comuni-

cazione notizia di reato e allegati con rinuncia escussione testi del Pubblico Ministero. Dalla stessa emerge che le imputate nell’oltrepassare le barriere casse facevano scattare l’allarme. Venivano fermate e trovate in possesso della merce indicate nell’imputazione tra cui una crema dalla quale, riportando le parole: della sorvegliante: “...verosimilmente era stata asportata la placca antitaccheggio...”

Si escludeva il teste a difesa Avv. Ribatello Simone il quale riferiva che delegato a svolgere indagini difensive, effettuava accesso presso l’esercizio commerciale. Ivi procedevano ad identificare se i prodotti di cui al presente procedimento effettivamente erano provvisti di placca antitaccheggio. Accertavano che alcuni beni le presentavano mentre altre no. Precisava che alcune creme della stessa marca di quelle sottratte non presentavano la placca antitaccheggio. Procedeva a redigere album fotografico e un video allegato al fascicolo. Chiusa l’istruttoria le parti concludevano per il non doversi procedere stante la mancanza di querela.

L’ipotesi di furto è contestata nell’ipotesi aggravata per aver rimosso la placca antitaccheggio dalla crema. Agli atti non è presente alcuna querela.

Dall’istruttoria precisamente dalle indagini difensive emerge che nella maggior parte delle creme della stessa marca sottratta non fossero presenti le placche.

Il dubbio sulla presenza delle placche. Dubbio che non può essere fugato neanche con l’escussione dell’addetto in quanto lo stesso ha dichiarato “...verosimilmente asportate...” indice sulla procedibilità. Infatti tale dubbio obbliga a considerare il furto come semplice e l’assenza di querela lo rende improcedibile. L’ipotesi proposta dalla difesa, e cioè che in crema fosse priva della placca, è avvalorata anche dal fatto che altra merce aveva la placca non rimossa. Tant’è che verranno fermate proprio a causa dell’attivarsi dell’allarme. Avrebbe poco senso l’asportazione della placca solo dalla crema e non dal resto della merce.

In ragione di quanto sopra, ritenendo quindi provata solo l’ipotesi di un furto tentato semplice, mancando la querela, si deve concordare con la richiesta delle parti e deve pronunciarsi sentenza di non doversi procedere per mancanza di querela.

Motivazione contestuale.

P.Q.M.

Visti gli art. 529cpp, dichiara di non doversi procedere nei confronti di M. e R. per mancanza di querela. (...*Omissis*...)

(1) L’utilizzo in dibattimento dei risultati delle indagini difensive ex 391 sexies c.p.p.

Sommario: 1. Il caso 2. Indagini difensive e testimonianza. 3. La testimonianza del sostituto delegato a svolgere sopralluoghi e rilievi ex 391 sexies c.p.p.

1. Il caso.

La sentenza sopra massimata offre lo spunto per una breve considerazione sull’utilizzabilità in dibattimento delle indagini difensive e, in particolare, dei risultati degli accessi a luoghi e dei rilievi svolti ex art. 391 sexies c.p.p.

La vicenda concreta vedeva due donne imputate di furto presso un grande magazzino, aggravato dall’uso della violenza sulle cose consistita nell’aver rimosso le placche antitaccheggio dagli oggetti sottratti.

A seguito della notifica dell’avviso ex 415 bis c.p.p., il difensore incaricava due Colleghi, nominandoli sostituti, di verifi-

care presso il grande magazzino se sui prodotti del tipo di quelli oggetto di furto fosse effettivamente apposta la placca antitaccheggio. Il dato era di particolare interesse poiché la denuncia in atti non presentava la dichiarazione di querela. I sostituti documentavano fotograficamente e con un video il proprio sopralluogo, ex 391 sexies c.p.p., redigendo verbale di quanto svolto e constatato. In particolare, risultava che solo pochissimi dei prodotti analoghi a quelli oggetto di furto avevano la placca antitaccheggio, mentre la maggioranza ne era sprovvista.

Il verbale, con le fotografie e il video, veniva inserito nel fascicolo del difensore ex 391 octies c.p.p. e depositato nel fascicolo del Pubblico Ministero.

La totale assenza di contatti tra il difensore, nominato d'ufficio, e le assistite portava necessariamente alla celebrazione del dibattimento.

In tale contesto, veniva esaminato quale testimone della difesa uno dei sostituti che avevano svolto il sopralluogo, il quale ne riferiva i risultati.

Il Giudice, constatato il dubbio sulla effettiva apposizione delle placche antitaccheggio sulla merce rinvenuta nelle borse delle imputate, pronunciava sentenza di proscioglimento per assenza della querela.

2. Indagini difensive e testimonianza

L'art. 197 c.p.p. stabilisce, alla lettera d), che non possono essere assunti come testimoni il difensore che abbia svolto attività di investigazione difensiva e coloro che hanno formato la documentazione delle dichiarazioni e delle informazioni assunte ai sensi dell'art. 391 ter c.p.p.

La scarsa giurisprudenza sul punto (1) ha affrontato l'argomento per lo più sotto il profilo dell'incompatibilità dell'ufficio di testimone con quello di difensore nel medesimo procedimento. In quest'ottica, ferme restando le regole deontologiche e l'impossibilità di mantenere il mandato per il difensore che assuma l'ufficio di testimone, si è precisato che un'incompatibilità assoluta sussiste appunto solo per il difensore che abbia svolto indagini difensive.

La ratio della norma è individuata nel salvaguardare i principi dell'oralità della prova e del contraddittorio, impedendo che le risultanze delle indagini possano essere veicolate nel processo attraverso lo strumento surrogatorio delle dichiarazioni testimoniali di chi, difensore o suo ausiliario, abbia proceduto alla relativa acquisizione.

Il divieto per quanto riguarda il difensore è assoluto, tanto

da essere stata esclusa (2) la possibilità di una sua testimonianza anche in relazione al contenuto di documenti dal medesimo reperiti attraverso l'espletamento di indagini.

A garanzia anche della segretezza delle indagini difensive, è poi vietata la testimonianza delle persone incaricate ex 391 ter c.p.p. di documentare materialmente le informazioni acquisite ex 391 bis c.p.p. dal difensore o dal suo sostituto da persone informate su circostanze utili all'attività investigativa.

3 La testimonianza del sostituto delegato a svolgere sopralluoghi e rilievi ex 391 sexies c.p.p.

Il Giudice del Tribunale di Genova ha ritenuto ammissibile la testimonianza del sostituto che aveva svolto le attività sopra descritte.

Il quesito cui ha implicitamente risposto negativamente è se il divieto imposto dall'art. 197 c.p.p. si estenda dal difensore al suo sostituto, ove quest'ultimo sia delegato a svolgere il sopralluogo e i rilievi ex 391 sexies c.p.p.

Una soluzione opposta, d'altra parte, comporterebbe delle difficoltà difficilmente superabili nel dar valore alla particolare attività investigativa di cui si tratta, che può rivelarsi molto utile in ottica difensiva (3).

A ben vedere, il sostituto, nello svolgere (solamente) la ricerca investigativa ex 391 sexies c.p.p. compie un'attività di accertamento di tipo ripetibile il cui verbale è sostanzialmente assimilabile, sotto il profilo della valenza probatoria, a una relazione di servizio della Polizia Giudiziaria, attesa la riferibilità del suo contenuto in sede dibattimentale da parte del verbalizzante.

Note:

(1) vd. Cass. pen. Sez. V, 28/11/2013, n. 8756, Cass. pen. Sez. V, 05/02/2010, n. 16255

(2) Cass. pen. Sez. V, 28/11/2013, n. 8756.

(3) in argomento, interessante Trib. Nola Ord., 03/03/2005, in Corriere del Merito, 2005, 8-9, 923 secondo cui le investigazioni difensive ai sensi degli artt. 327-bis e 391-sexies c.p.p. non possono mai spingersi fino al punto di realizzare una qualunque attività sui luoghi o sulle cose che possa in qualche modo alterarne lo stato, di tal che, mentre è possibile procedere ad attività sostanzialmente ricognitive o descrittive e, come tali, tendenzialmente ripetibili, non è invece consentito procedere a verifiche che comportino un'alterazione dello stato dei luoghi o della cosa, come nell'ipotesi di prelievo di campioni o di asportazione di frammenti al fine di procedere ad esami tecnici.

Massime

Tribunale di Genova in composizione collegiale, sez. I, coll. I, 10 gennaio 2017 – Pres. ed Est. Orsini.

DELITTI contro il patrimonio – riciclaggio – elementi costitutivi.

(Art. 648 bis c.p.)

Con la riforma attuata dalla L. 9 agosto 1993, n. 328 art. 4 il delitto di riciclaggio è a forma libera, grazie alla previsione di chiusura che, alle condotte di sostituzione o trasferimento, ha aggiunto qualsiasi altra operazione atta ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa del bene ed è, quindi, pacifico che possa trattarsi di operazioni anche meramente materiali sui beni (diversamente, sarebbe bastato ad integrare il delitto il trasferimento della res, già previsto come condotta rilevante nell'originaria formulazione della norma incriminatrice), purché tali da ostacolare "l'identificazione della loro provenienza delittuosa".

Dunque la condotta del soggetto attivo del reato può incidere tanto sulla mera identità del bene, ovvero sulla sua "riconoscibilità", quanto sulla "tracciabilità" del suo percorso.

Per esclusione il delitto di riciclaggio non basta, dunque, che il bene resti astrattamente tracciabile se poi, proprio in forza di interventi di manomissione delle sue componenti, se ne altera l'identità in modo da non renderlo più riconoscibile e, per converso, un bene può restare fisicamente identico e, ciò nondimeno, di difficile tracciabilità a cagione di trasferimenti, che lo sottraggono alla sfera di controllo del suo titolare.

Integra, infatti il delitto di riciclaggio il compimento di operazioni volte non solo ad impedire in modo definitivo, ma anche soltanto a rendere difficile l'accertamento della provenienza del bene.

(Fattispecie relativa alla condotta di occultamento all'interno di un veicolo di un ciclomotore nascosto dietro a varie masserizie, che presentava il numero di telaio abraso ed aveva apposta una targa relativa ad altro ciclomotore).

M.CIR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 10 gennaio 2017 – Giudice Carpanini.

DELITTI contro la libertà morale – atti persecutori.

(Art. 612-bis c.p.)

DELITTI contro la libertà personale – violenza sessuale – nozione – elemento soggettivo – tentativo – diminuento per i casi di minore gravità: nozione e rapporto con attenuanti generiche.

(Art. 609-bis c.p.)

Trattasi di un delitto contro la morale che si caratterizza per l'abitudine della condotta (reiterazione di minacce o molestie) che deve provocare uno degli eventi (alternativi) indicati nella norma (perdurante e grave stato di ansia o di paura; fondato timore per l'incolumità; alterazione delle abitudini di vita).

Il delitto è certamente un reato "di evento" e "di danno", a dolo

generico (che dunque deve riguardare anche l'evento sopra indicato).

Tutti gli elementi che sostanziano il reato sono indicati con chiarezza e precisione.

I concetti di "minaccia" e di "molestia" sono ormai noti ed ampiamente utilizzati nel nostro ordinamento.

"La minaccia oltre che essere palese, esplicita, determinata può essere manifestata in modi e forme differenti, ovvero in maniera implicita, larvata, indiretta ed indeterminata, essendo solo necessario che sia idonea ad incutere timore ed a coartare la volontà del soggetto passivo, in relazione alle circostanze concrete, alla personalità dell'agente, alle condizioni soggettive della vittima e alle condizioni ambientali, in cui questa opera." (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 37526 del 16.6.2004 dep. 23.9.2004 rv 229727).

Parimenti non possono sorgere dubbi dall'uso dell'espressione "condotte reiterate", dato che il linguaggio giuridico utilizzato è agevolmente comprensibile.

"Il termine "reiterare" denota la ripetizione di una condotta una seconda volta ovvero più volte con insistenza. Se ne deve evincere, dunque, che anche due condotte sono sufficienti a concretare quella reiterazione cui la norma subordina la configurazione della materialità del fatto." (Cass. Sez. 5, Sentenza n. 6417 del 2010).

Il timore deve essere "fondato" e lo stato di ansia o paura deve essere "grave". Il Legislatore evidentemente si è posto il problema di evitare che una qualunque condotta, anche di breve durata e di non particolare gravità, potesse essere strumentalizzata e fatta oggetto di denunce calunniose ed ha deciso di tipizzare le conseguenze del comportamento delittuoso, descrivendole in modo preciso e facendo riferimento a concetti medico legali. La condotta dell'aggressore deve dunque essere valutata come idonea ex ante. Del resto i concetti di "ansia" e "paura" sono stati utilizzati ampiamente dalla Giurisprudenza nel valutare la sussistenza di altri reati dettati in ambito familiare e precisamente nei reati di cui agli artt. 571 e 572 c.p. In relazione ad essi è stato anche affermato che "la nozione di malattia che assume rilievo per l'ipotesi di reato prevista dal citato art. 571 è più ampia di quelle concernenti l'ipotesi di lesioni personali, andando a comprendere "ogni conseguenza rilevante sulla salute psichica del soggetto passivo, dallo stato d'ansia all'insonnia, dalla depressione ai disturbi del carattere e del comportamento" (Sez. VI, sentenza n. 16491 del 2005, rv 231452 e Casso Sez. 3, Sentenza n. 49433 del 2009).

Il reato di violenza sessuale sussiste ogni qual volta l'agente compie atti di intrusione violenta nella sfera sessuale altrui al fine di soddisfare la propria concupiscenza sessuale (cfr tra le tante Cass. Sez. 3, Sentenza n. 24683 del 17/02/2015).

In particolare, "la condotta vietata dall'art. 609-bis cod. pen. comprende, oltre ad ogni forma di congiunzione carnale, qualsiasi atto idoneo, secondo canoni scientifici e culturali, a soddisfare il piacere sessuale o a suscitargli lo stimolo, a prescindere dalle intenzioni dell'agente, purché questi sia consapevole della natura oggettivamente "sessuale" dell'atto posto in essere con la propria condotta cosciente e volontaria". (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 21020 del 28/10/2014).

Toccare la persona offesa in tre distinte occasioni, seguendola dentro l'autobus e sfruttando la presenza di numerose persone per avvicinarsi alla donna e parlarla anche nelle parti intime, in mezzo alle gambe integra gli estremi del reato consumato e non già di quello tentato (cfr Cass. Sez. 3, Sentenza n. 17414 del 18/02/2016 "è configurabile il tentativo del reato, previsto dall'art. 609 bis cod. pen., in tutte le ipotesi in cui la condotta violenta o minacciosa non abbia determinato una immediata e concreta intrusione nella sfera sessuale della vittima, poiché l'agente non ha raggiunto le zone intime (genitali o erogene) della vittima ovvero non ha provocato un contatto di quest'ultima con le proprie parti intime").

Ai fini del riconoscimento della diminuzione per i casi di minore gravità di cui all'art. 609-bis, ultimo comma, cod. pen., deve farsi riferimento ad una valutazione globale del fatto, nella quale assumono rilievo i mezzi, le modalità esecutive, il grado di coartazione esercitata sulla vittima, le condizioni fisiche e psicologiche di quest'ultima, anche in relazione all'età, mentre per il diniego della stessa attenuante è sufficiente la presenza anche

di un solo elemento di conclamata gravità (cfr Cass. Sez. 3, Sentenza n. 21623 del 15/04/2015).

Nel caso di fugaci tocamenti posti in essere in luoghi pubblici, nei confronti di una donna maggiorenne in pieno possesso delle proprie facoltà mentali e fisiche, sussiste l'attenuante di cui sopra.

All'applicazione della circostanza attenuante speciale prevista dall'art. 609-bis, comma terzo, cod. pen. non consegue automaticamente l'applicazione delle circostanze attenuanti generiche, in quanto, mentre per la concedibilità di queste ultime rilevano tutti i parametri indicati nell'art. 133 cod. pen., per la concedibilità dell'attenuante speciale rilevano solo gli elementi indicati nel comma primo e non quelli indicati nel comma secondo del predetto articolo (cfr Cass. Sez. 3, Sentenza n. 42439 del 05/05/2016).

CR.BR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 9 gennaio 2017 – Giudice Staricco.

DELITTI contro la pubblica amministrazione – oltraggio a pubblico ufficiale – Casistica.

(Art. 341-bis c.p.)

Ai fini della configurabilità del reato di oltraggio di cui all'art. 341-bis cod. pen. è sufficiente che le espressioni offensive rivolte al pubblico ufficiale possano essere udite dai presenti, poiché già questa potenzialità costituisce un aggravio psicologico che può compromettere la sua prestazione, disturbandolo mentre compie un atto del suo ufficio, facendogli avvertire condizioni avverse, per lui e per la pubblica amministrazione di cui fa parte, e ulteriori rispetto a quelle ordinarie.

M.CIR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 9 gennaio 2017 – Giudice Lucchini.

GUIDA in stato di ebbrezza – criteri di utilizzabilità degli accertamenti sanitari eseguiti senza richiesta del consenso e senza l'avvertimento della facoltà di farsi assistere da un difensore.

(Art. 186 comma 5 D.L.vo 285/92)

Il comma quinto dell'art. 186 CdS prevede che per i conducenti coinvolti in incidenti stradali e sottoposti alle cure mediche, l'accertamento del tasso alcolemico viene effettuato, su richiesta degli

organi di polizia stradale, da parte delle strutture sanitarie di base o di quelle accreditate o comunque a tali fini equiparate.

I risultati del prelievo ematico effettuato, secondo i normali protocolli medici di pronto soccorso, durante il ricovero presso una struttura ospedaliera pubblica a seguito di incidente stradale, sono utilizzabili nei confronti dell'imputato per l'accertamento del reato di guida in stato di ebbrezza, trattandosi di elementi di prova acquisiti attraverso la documentazione medica e restando irrilevante, ai fini dell'utilizzabilità processuale, la mancanza del consenso (v. Cass., n. 4118 del 2009; in motivazione, la Corte ha precisato che solo il prelievo ematico effettuato, in assenza di consenso, non nell'ambito di un protocollo medico di pronto soccorso e dunque non necessario a fini sanitari, sarebbe inutilizzabile, per violazione del principio costituzionale di inviolabilità della persona; conf. Cass., n. 38537-07, n. 46988-11, n. 8041-11-12, n. 26108-12, n. 34519-12).

In altre parole, i risultati del prelievo ematico effettuato per terapie di pronto soccorso successive ad incidente stradale e non preordinato a fini di prova della responsabilità penale, bensì (appunto) a fini terapeutici, sono utilizzabili per l'accertamento del reato di guida in stato di ebbrezza, senza che rilevi la mancanza di consenso dell'interessato, dato che la polizia giudiziaria in questo caso non interviene (direttamente o mediante un suo ausiliario) sulla persona, limitandone la libertà personale, ma semplicemente chiede al personale sanitario che venga effettuato un accertamento su materiale organico già prelevato dal personale sanitario stesso per i suoi fini terapeutici. Infatti, quando la polizia giudiziaria richiede al sanitario un accertamento (del tasso alcolemico) su liquido biologico (sangue) già dal sanitario prelevato a fini sanitari, si è fuori dall'ambito di cui agli artt. 354 c.p.p. e 114 atto c.p.p., non ricorrendo i motivi di urgenza ivi previsti. Trattasi semplicemente della generale facoltà della polizia giudiziaria di servirsi di ausiliari per atti che richiedono specifiche competenze tecniche (art. 348, comma 4, c.p.p.).

La Cassazione infatti (n. 46386 del 2015) afferma che nel caso in cui il prelievo ematico venga eseguito nell'ambito di un protocollo medico di pronto soccorso, anche ai fini della valutazione della necessità di adeguate cure farmacologiche, non è affatto necessario, a tutela del diritto di difesa, che l'interessato venga avvertito della facoltà di nominare un difensore. Diverso è il caso in cui i sanitari abbiano ritenuto di non sottoporre il conducente a cure mediche e a prelievo ematico.

Quanto al consenso, si può comunque convenire (Cass., Sez. IV, 16 maggio 2012, n. 26108) sul fatto che la mancanza di dissenso espresso equivale ad un atteggiamento positivo (assenso) dell'interessato rispetto al prelievo, anche se verbalmente non manifestato. Tuttavia (nel caso in cui non risulta il dissenso dell'imputato al prelievo), ove si tratti di prelievo effettuato solo per la verifica del tasso alcolemico e non nell'ambito di un protocollo sanitario (quindi solo a fini penali, ex art. 348 comma 4, c.p.p.), esso costituisce accertamento urgente sulla persona (pur consenziente), ex art. 354 c.p.p., e quindi deve essere dato avviso al conducente della facoltà di farsi assistere dal difensore di fiducia, ex art. 114 att. c.p.p.

Anche secondo le Sezioni Unite (sent. n. 5396 del 2015), l'avvertimento del diritto all'assistenza difensiva, di cui all'art. 114 att. c.p.p. (che per il tramite dell'art. 356 c.p.p. richiama gli accertamenti urgenti sui luoghi, sulle cose e sulle persone, di Cui all'art. 354 c.p.p.), è riferibile pure agli accertamenti eseguiti dalla P.G. sul tasso alcolemico del conducente di un veicolo ai fini della verifica dell'eventuale stato di ebbrezza, quando la polizia giudiziaria chiede al sanitario di effettuare un prelievo di sangue sul conducente consenziente deve comunque dare l'avviso al conducente stesso, ex art. 114 att. c.p.p.

L'omissione dell'avviso di cui all'art. 114 att. c.p.p. configura una nullità intermedia dell'accertamento.

CR.BR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 30 ottobre 2017 – Giudice Lepri.

PARTICOLARE tenuità del fatto – applicabilità ai reati di competenza del Giudice di Pace – esclusione.

(Art. 131-bis c.p.)

L'istituto della esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131 bis c.p. non è applicabile nei precedenti relativi ai reati di competenza del Giudice di Pace posto che la finalità conciliativa propria di tale giurisdizione verrebbe, inevitabilmente, compromessa dall'applicabilità della causa di non punibilità così come prevista dall'art. 131 bis c.p. svincolata dai peculiari profili della disciplina di cui all'art. 34 D.lgs. n. 274/2000 (cfr. Cass. Pen. SS.UU. ud del 22/06/2017 ric. Perini).

M.CIR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 18 gennaio 2017 – Giudice Carpanini.

PARTICOLARE tenuità del fatto – applicabilità ai reati di competenza del Giudice di Pace – sussistenza.

(Art. 131-bis c.p.)

Posto il carattere assolutamente generale dell'istituto della esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, nessuna indicazione normativa conforta la tesi negativa circa la sua applicabilità ai reati di competenza del Giudice di Pace e proprio le differenze fra il sopra menzionato istituto e quello di cui all'art. 34 D.L.gs n. 274 del 2000 (e la disciplina sostanzialmente di maggior favore prevista dell'art. 131 bis cod. pen.) inducono a ritenere che l'art. 131 bis c.p. sia applicabile – nel rispetto dei soli

limiti espressamente indicati dalla norma – a tutti i reati ivi compresi quelli di competenza del Giudice di Pace. Del resto sarebbe altamente irrazionale e contrario ai principi generali che la disciplina sulla tenuità del fatto che trova la sua ispirazione proprio nel procedimento penale avanti al Giudice di Pace, sia inapplicabile per i reati attribuito alla competenza di quel Giudice, ove invece dovrebbe farsi unicamente riferimento a quella specifica e più stringente di cui all'art. 34 citato.

M.CIR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 4 gennaio 2017 – Giudice Staricco.

REATI contro il patrimonio – ricettazione – competenza per territorio – regole suppletive – applicazione.

(Artt. 648 c.p. e 9 c.p.p.)

Ai fini della determinazione della competenza territoriale in relazione al reato di ricettazione, atteso il carattere istantaneo del delitto de quo, che si consuma all'atto della ricezione, da parte dell'agente, della cosa proveniente da delitto, nessun rilievo può essere attribuito al luogo in cui è accertata la detenzione della res; per individuare il giudice competente, pertanto, è necessario accertare in quale luogo il bene sia stato ricevuto: tale indagine, tuttavia, va condotta sulla base di elementi oggettivi, sicché nemmeno può attribuirsi, a tal fine, valore decisivo alle dichiarazioni dell'imputato, allorché non siano sorrette da sicuri riscontri; ed ove il predetto accertamento non sia stato possibile, a causa della mancanza o dell'equivocità degli elementi di riscontro, devono trovare applicazione le regole suppletive di cui all'art. 9 c.p.p., fermo restando che deve escludersi la possibilità di considerare "parte dell'azione" la protrazione degli effetti permanenti del reato istantaneo, e quindi di attribuire la competenza, per tale via, al giudice del luogo in cui la detenzione della res è stata accertata.

M.CIR.