

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, Vito Piergiovanni, Paolo Pisa, Adriano Sansa, Stefano Savi, Alessandro Vaccaro

Comitato di Direzione:

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

Redazione:

Coordinamento
Alessandro Barca

Sezione di diritto civile:

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

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

Sezione di diritto tributario:
Antonio Lovisolò

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

Collaborano

Sezione di diritto civile:
Alessio Abbene (AL.AB.), Roberta Anania (R.A.), Marco Baghino (M.BAG.), Francesca Bagnasco (F.BGN.), Stefano Baldissin (S.BL.), Francesca Bartolini (F.BART.), Giulia Bastianelli Naticchi (G.B.N.), Alexander Beecroft (A.BEE.), Massimo Benoit Torsegno (M.B.T.), Elisa Benvenuto (EL.BNV.), Silvio Bertieri (SB), Enrico Bet, Marzio Bini (MA.BN.), Antonio Bisignani, Tiziana Blengino (T.BLE.), Nicola Boggiano (NIC.BO.), Costanza Bracciforti (C.BC.), Elisa Brigandi (EL.BR.), Carlo Alberto Calcagno, Alessandra Caldini, Sonia Canata (SO.C.), Chiara Canepa (CH.CNP.), Matteo Caniglia Cogliolo (M.C.C.), Simone Carrea, Alessandro Castino, Massimiliano Cattapani (M.C.), Ivano Cavanna, Stefano Cavanna, 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 Fatto (C.F.), Andrea Ferreccio (A.FRC.), Francesca Florino, Alessandro Fontana (A.F.), Cesare Fossati, Stella Frascà (ST.FR.), Serafina Funaro (SE.F.), Francesco Gaeta (F.G.), Barbara Gambaro (BA.GMB.), Matteo Gamenara (M.GA.), Stefano Garbarino (S.GARB.), Laura Garibbo (L.GRB.), Paola Gatti (PA.GAT.), Andrea Gegoli (A.GE.), Chiara Gianelli (C.GIA.), Vittorio Grasso (V.GR.), Christian Graziano (C.GRA.), Marco Grimani (MA.GRI.), Luca Guerrini (LU.GRR.), Silvia Guglielminetti, Giuseppe Inglese (G.ING.), Viviana Isola, Paola M. Ivaldi (P.M.I.), Andrea La Mattina (A.LA.M.), Walter La-

ganà (W.L.), Tiziana Landi (TZ.LND.), Elena Lanzi, Anita Liporace (A.LI.), Franco Longo (F.LO.), Francesca Maberino (F.MA.), Francesca Maisano (FR.MA.), Fiammetta Malagoli (F.MLG.), Natalina Mancini (NI.MA.), Francesca Maoli, Valentina Massara (V.M.), Andrea Maura (A.MAU.), Federica Marchese (FED.MH.), Cristina Marras, Chiara Medinelli (C.MED.), Francesco Simone Melandri (F.S.M.), Jenny Meloni (J.MLN.), Eugenio Migliorini (EU.MI.), Giulia Milanti (G.M.), Patrizia Monferrino (P.MO.), Federico Montaldo, Alessandro Nicolini (A.Nic.), Raffaele Nicolini (RAF.NIC.), Diego Nocera (DI.NO.), Diego Nucifora (D.NCF.), Anna Maria Occasione (A.M.OC.), Silvia Olcese (SI.OL.), Annalisa Olivieri (A.O.), Nicola Orecchia (N.OR.), Francesca Orfanelli (F.O.), Giorgia Orsi, Francesca Paderno (F.P.), Carlo Pasero (C.PA.), Clizia Pastorino (CLI.P.), Sara Pasquini (S.PSQ.), Pier Luigi Luciano Pesce, Nicolò Pescetto (N.P.), Federico Piva (F.PI.), Stefania Polidorou (STE.POL.), Patrizia Piano, Stefania Piano, Giovanni Porcile, Claudio Rambaldi (CL.RM.), Andrea Rava (A.RAV.), Federico Repetti (F.RPT.), Francesca Ricca (FR.RIC.), Francesca Ricco, Mario Riccomagno, Enrico Righetti, Raffaella Romoli (R.RO.), Guia Rovegno (GU.R.), Anna Ruberto, Alessandro Saccomani (A.SAC.), Aldo Salvadé (AL.S.), Giulia Santoni (G.S.), Beatrice Scafidi (B.S.), Francesca Scamuzzi (FR.SCA.), Giorgia Scuras, Federico Semino (FD.SMN.), Michele Sivardo (M.SIV.), Laura Sommazzi, Alberto Spinelli (ALB. SPIN.), Paolo Tarnassi, Maurizio Temesio, Federica Testini, Ambra Testoni (A.T.), Stefano Torchio (S.TOR.), Fabio Toriello, Serena Torri (S.T.), Andrea Trucchi, Elisabetta Varni (E.VAR.), Valentina Ventura (V.V.), Jenny Verduci (J.V.), Andrea Viaggi (A.V.), Valeria Vignolo (V.VGN.), Giacomo Viotti, Andrea Vistosi (A.VST.), Enrico Zanelli (E.Z.), Fabio Zanolì (FA.ZA.), Filippo Andrea Zorzi (F.A.Z.)

Sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale:
Enrico Albanesi (E.AL.), Francesca Bailo (F.B.), Lorenzo Barabino (L.B.), Carlo Bilanci (C.B.), Francesco Boetto (F.B.), Marcello Bolognesi (M.BO.), Monica Busoli (MO.BS.), Marco Castagnola (M.C.), Luca Costanzo (L.C.), Daniele Ferrari (D.F.), Damiano Fiorato, Alessia Fusco (A.FUS.), Sarah Garabello (SAR.G.), Luca Leonardi (L.L.), Andrea Macchiavello (A.M.), Aurelio Domenico Masuelli, Andrea Mozzati, Maria Paola Pessagno, 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.), Massimiliano Ferrando (M.F.), Elizabeth Frixione (EL.FRX.), Andrea Giolo (AN.GI.), Fabio Graziano (F.G.), Marco Grimani (MA.GRI.), 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.), Iliaria Busca, Michele Ciravegna (M.CIR.), Luca Aldo Forlani, Marco Gerunzi, M. Francesca Lanznaster, Stefania Ligas (S.LIG.), Nicoletta Lisi (NIC.LI.), Francesca Maberino (F.MA.), Maria Montemagno (M.MG.), Emanuele Olcese, Paola Pepe (P.PE.), Paolo Pittaluga (PA.PITT.), Luigi Sannino (L.SN.), Cristina Senes (CR.SEN.), Alessandro Torri (A.T.), Chantal Torrigino (CH.T.), Valentina Ventura (V.V.)

Direttore responsabile:
Fabrizio De Ferrari

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

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

Indice

Sezione di diritto civile

Sentenze e Ordinanze

- Tribunale di Genova, 15 ottobre 2015 **3**
Con nota di Francesco Massimo Tiscornia
*Il nuovo orientamento del Tribunale di Genova
in tema di nullità - insanabile - dei contratti
di locazione non registrati* **5**
- Tribunale di Genova, 18 marzo 2016 **7**
- Tribunale di Genova, 21 gennaio 2014 **8**
- Tribunale di Genova, 15 settembre 2015 **10**
Con nota di Francesca Caimo
*La responsabilità della Pubblica Amministrazione per
danni provocati da beni demaniali in custodia* **12**
- Corte d'Appello di Genova, 29 dicembre 2015 **15**

Massime **21**

Documenti

- *Giove e la certezza del diritto.
La fortuna e l'incertezza del destino.
Un saggio di antropologia giuridica*
Marcello Castiglione **34**
- *I contratti di convivenza*
Andrea Fusaro **40**
- *Prove di dialogo tra il gioco degli scacchi
e il processo civile. In margine alla responsabilità
del custode ex art. 2051 c.c.*
Marco Tiby **43**
- *Prevenzione: un dogma abusato e dannoso*
Enrico Zanelli **53**

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Documenti

- *L'arbitrato della Pubblica Amministrazione*
Daniela Anselmi **57**
- *L'azione di condanna al risarcimento del danno nel processo
amministrativo: recenti interventi della giurisprudenza
amministrativa, costituzionale ed europea*
Eugenio Tagliasacchi **63**

Sezione di diritto penale

Sentenze e Ordinanze

- Corte di Cassazione, sez. I pen.,
1 febbraio 2016, n. 4133 **67**
Con nota di Ilenia Siccardi
*Evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema
di rapporti tra il delitto di stalking
e quello di maltrattamenti in famiglia* **69**

Massime **76**

Sezione di diritto civile

Sentenze e Ordinanze

Tribunale di Genova, 15 ottobre 2015, n. 2850 - Giudice Unico Gabriel - G. (Avv. Solinas) c. M. srl (Avv. Santacroce).

LOCAZIONE - cessazione del contratto e contestuale stipula di contratto non registrato - nullità - sussiste - diritto a corrispettivo fino alla consegna del bene immobile - ammissibilità.

(Art. 1591 c.c.; art. 1, comma 346, Legge 311/2004)

L'art. 1, comma 346, legge 311/2004, prevede che i contratti di locazione, o che comunque costituiscono diritti relativi di godimento, di unità immobiliari o loro porzioni, comunque stipulati, sono nulli se, ricorrendone i presupposti, non sono registrati. In caso di mancato rinnovo di contratto di locazione alla scadenza, il contratto di comodato contestualmente stipulato e non registrato, è pertanto da intendersi nullo. Ne consegue che fino al rilascio del bene immobile il detentore è tenuto a versare il corrispettivo quale conduttore in mora nella restituzione del bene immobile ex art. 1591 c.c. (1)

F.L.O.

(... Omissis...) **Ragioni in fatto e in diritto della decisione.** Letti gli atti, i documenti, il verbale di causa, sentite le parti in sede di discussione orale della causa; rilevato che:

- G. agiva in giudizio nei confronti di M. srl al fine di ottenere il rilascio dell'immobile costituito dal box contrassegnato con il n. 10 sito in Genova, via Don B. -accesso dai nn. 8,10,12 rossi- nonché la condanna al pagamento di euro 15.000,00 (o altra somma meglio vista) a titolo, dapprima, di canoni di locazione e spese condominiali dovuti per tutta la durata del contratto e quindi fino al 30.06.2011 e, poi, dal momento in cui è cessato in data 30.09.2011 il successivo rapporto di comodato, a titolo di indennità di occupazione;
- in sede di discussione orale le parti hanno dato atto che è cessata la materia del contendere relativamente alla domanda di rilascio del box, riconsegnato pacificamente in data 08.07.2013 e che la ricorrente ha insistito nella domanda di condanna al pagamento delle spese condominiali dal giugno 2007 a giugno 2013 e della indennità di occupazione da ottobre 2011 al 08.07.2013, oltre interessi;

Ritenuto che:

- in data 01.07.1999 G. concedeva in locazione a M. srl il box sopra indicato per la durata di anni 6+6 a decorrere dal 01.07.1999 (doc. 3);
- in data 27.12.2010 G., con la missiva di cui al doc. 10, diceva il contratto di locazione per la scadenza contrattuale del 30.06.2011 e contemporaneamente concedeva in comodato gratuito (con contratto da considerarsi concluso ex art. 1333 cc) il medesimo box "sino alla data in cui detto box verrà venduto alla ISADUE Società Semplice o chi per essa. Detto atto di compravendita sarà stipulato entro il 30.09.2011 ...";
- detto contratto non veniva registrato e sulla questione della sua eventuale nullità ex art. 1 comma 346 legge 311/2004, il quale prevede che "i contratti di locazione, o che comunque co-

stituiscono diritti relativi di godimento, di unità immobiliari ovvero di loro porzioni, comunque stipulati, sono nulli se, ricorrendone i presupposti, non sono registrati", il giudice con ordinanza del 19.06.2014 assegnava termine per il deposito di memorie ex art. 101 comma 2 c.p.c.;

- orbene, il contratto non registrato di comodato, il quale pacificamente rientra nello spettro applicativo della norma quale negozio costitutivo di diritto relativo di godimento, va dichiarato nullo;

- a tale conclusione perviene la scrivente, così rivisitando il precedente orientamento seguito da questo Tribunale (cfr. ad esempio sentenza n. 1607/2014), nonché dalla Corte di Appello di Genova (cfr. ad esempio sentenza n. 163/2013 e sentenza n. 244/2012), in base al quale la registrazione integrava una condicio iuris, con la conseguenza che il negozio, fino al momento della sua registrazione, rimaneva inefficace (seppur valido) ma la tardiva registrazione, concretandosi nell'avveramento di una condizione sospensiva, conferiva al contratto efficacia ex tunc;
- la diversa interpretazione della norma poggia sul revirement compiuto dalla Corte di Cassazione a sezioni unite con la recente pronuncia n. 18213/2015 relativamente all'art. 13 comma 1 legge 431/98 il quale sancisce che "è nulla ogni pattuizione volta a determinare un importo del canone di locazione superiore a quello dal contratto scritto e registrato".

La sentenza riesamina la questione della nullità o meno del patto, coevo alla stipula del contratto di locazione, contemplante un canone superiore rispetto a quello negoziale registrato.

Tale problematica veniva anteriormente risolta dalla giurisprudenza di legittimità in senso favorevole alla sua legittimità (cfr. Cass. 16089/2003: "in tema di locazioni abitative, l'art. 13, primo comma, della legge 9 dicembre 1998, n. 431, nel prevedere la nullità di ogni pattuizione volta a determinare un importo del canone di locazione superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato (e nel concedere in tal caso al conduttore, al secondo comma, l'azione di ripetizione), non si riferisce all'ipotesi della simulazione relativa del contratto di locazione rispetto alla misura del corrispettivo (né a quella della simulata conclusione di un contratto di godimento a titolo gratuito dissimulante una locazione con corrispettivo), in tal senso deponendo una lettura costituzionalmente orientata della norma, giacché, essendo valido il contratto di locazione scritto ma non registrato (non rilevando, nei rapporti tra le parti, la totale omissione dell'adempimento fiscale), non può sostenersi che essa abbia voluto sanzionare con la nullità la meno grave ipotesi della sottrazione all'imposizione fiscale di una parte soltanto del corrispettivo (quello eccedente il canone risultante dal contratto scritto e registrato) mediante una pattuizione scritta ma non registrata. La nullità prevista dal citato art. 13, primo comma, è volta piuttosto a colpire la pattuizione, nel corso di svolgimento del rapporto di locazione, di un canone più elevato rispetto a quello risultante dal contratto originario (descritto, come impone, a pena di nullità, l'art. 1, quarto comma, della medesima legge, e registrato, in conformità della regola della generale sottoposizione a registrazione di tutti i contratti i locazione indipendentemente dall'ammontare del canone), la norma essendo espressione del principio della invariabilità, per tutto il tempo della durata del rapporto, del canone fissato nel contratto (salva la previsione di forme di aggiornamento, come quelle ancorate ai dati Istat)".

Le Sezioni Unite n. 18213/2015, con diffusissime argomentazioni alle quali si fa integrale rinvio, dopo aver ricondotto l'operazione giuridica in esame (previsione con patto coevo al negozio locativo di un canone aggiuntivo rispetto a quello contrattuale registrato) nell'ambito dell'istituto della simulazione, perviene alla conclusione che tale convenzione -contemplante la maggiorazione del canone, la quale sostituisce, attraverso il contenuto della controdiagnosi, l'oggetto apparente (prezzo fittizio) con quello reale (canone effettivamente convenuto)- contrasta con la norma imperativa che tale sostituzione impedisce e lascia integra la (unica) convenzione negoziale originaria, oggetto di registrazione (cfr. punto 9.5.3 della sentenza).

Pertanto, la sentenza individua una ipotesi di nullità virtuale del contratto ex art. 1418 comma 1 cc per violazione di norma imperativa.

Peraltro, la pronuncia mette in luce come l'interpretazione dell'art. 13 costituisce "*lex specialis, derogativa ratione materiae, alla lex generalis (benchè posteriore) costituita dal cd. statuto dal contribuente*" (cfr. punto 9.3).

Infine, per quel che ivi interessa, la sentenza affronta altresì la tematica della sanabilità del patto ad opera di una registrazione tardiva, giungendo alla soluzione negativa, sulla scorta della considerazione per cui il procedimento simulatorio è affetto da nullità per violazione di norma imperativa, cosicché non può predicarsi una validità sopravvenuta in presenza di un requisito extraformale (la registrazione) di un negozio che sul piano morfologico resta identico (punto 13.3).

La Corte precisa che tale soluzione ha il pregio di porsi in armonia, quoad effecta, con la successiva legislazione intervenuta in materia, puntualizzando "*anche se non sotto il profilo formale dell'efficacia endonegoziale della registrazione, predicabile solo a far data dalla legge 311/2004 ...*", e richiamando nuovamente la disposizione del 2004 al successivo punto 14.1.3 (quale argomentazione suffragante la interpretazione dell'art. 13 adottata sotto il profilo storico-sistematico) allorché osserva come "*le disposizioni successive al 1998 introducono un principio generale di inferenza/interferenza dell'obbligo tributario con la validità del negozio, principio generale di cui è sostanziale conferma nel dictum dello stesso giudice delle leggi (Corte Cost. 420/2007, sopra ricordata sub 4.2)*", la quale ha ritenuto la manifesta infondatezza dell'art. 1 comma 346 legge 311/2004 relativamente all'art. 24 Cost. poiché la norma non introduce ostacoli alla tutela giurisdizionale, ma eleva la normativa tributaria al rango di norma imperativa, la cui violazione determina la nullità del negozio ex art. 1418 cc.

Ne discende che, in virtù delle argomentazioni sviluppate nella sentenza ora citata, le quali richiamano espressamente l'art. 1 comma 346 legge 311/2004, il contratto di comodato non registrato va considerato nullo e non suscettibile di sanatoria mediante la successiva registrazione (peraltro nella fattispecie non avvenuta).

In particolare, risultano superati due argomenti fondamentali che deponevano per la soluzione contraria, ossia la difficile configurabilità nel nostro ordinamento giuridico di una nullità derivante dal difetto di un elemento non costitutivo bensì esterno al contratto, nonché il disposto dell'art. 10 comma 3 dello Statuto del contribuente (legge 212/2000). Infatti, il primo argomento va confutato in virtù di quanto già affermato dalla Corte Cost. 420/2007 e ribadito nella sentenza delle Sezioni Unite riportata (cui potrebbe in alternativa considerarsi come la norma introduca una ipotesi di nullità testuale); il secondo sulla scorta del fatto che trattasi di norma, oltre che speciale -come già considerato dalla Suprema Corte con ri-

guardo all'art. 13 legge 431/98- anche posteriore allo Statuto del Contribuente;

- pertanto, il contratto di comodato di cui al doc. 10 è nullo;

- conseguentemente, Modular srl, non avendo acquisito la qualità di comodataria, deve considerarsi conduttrice in mora nella restituzione del box;

- come tale, ella deve pagare ex art. 1591 cc il corrispettivo convenuto fino alla riconsegna, quindi il canone di locazione contrattuale da ottobre 2011 (nel rispetto del principio della domanda) al 08.07.2013. Risultando il canone pari ad euro 154,94 mensili, Modular deve essere condannata al pagamento della somma totale di euro 3.290,94, oltre interessi nella misura legale dalle singole scadenze al saldo;

- Modular non deve per contro essere condannata a pagare alcunché a titolo di spese condominiali, in quanto General Trade non ha assolto il proprio onere probatorio, consistente nella produzione dei rendiconti con i relativi riparti approvati dall'assemblea (Cass. 6202/2004), avendo la locatrice allegato solo i riparti approvati dall'assemblea del consuntivo 2011 e del preventivo 2012, ma senza i relativi rendiconti;

- il ritardato rilascio dell'immobile non può trovare giustificazione nelle ragioni indicate dalla convenuta. Appaiono infatti irrilevanti sia i rapporti di amicizia intercorrenti tra i due legali rappresentanti delle società, sia l'asserito spirito collaborativo manifestato da Modular nella restituzione, poiché mai tale intento si è tramutato né in una offerta formale ex artt. 1206-1209 comma 2 cc, né in una offerta reale dotata dei requisiti di serietà, concretezza e tempestività richiesti dalla giurisprudenza di legittimità per escludere la mora del conduttore nell'obbligazione restitutoria (Cass. 18496/2007, 1684/2010, 1337/2011, 15433/2013). Prova ne è che la General Trade ha più volte sollecitato la riconsegna dell'immobile (cfr. docc. 13 e 15) e senza che possa assumere rilievo la circostanza della occupazione con una Maserati da parte della G. di un box (il n. 11) di proprietà della moglie del legale rappresentante della M. srl, che avrebbe impedito il ricovero in esso dei mobili contenuti in quello n. 10, poiché una eventuale offerta di riconsegna del box n. 10 subordinata alla liberazione del box n. 10 costituirebbe in ogni caso una offerta condizionata e quindi priva dei requisiti sopra indicati;

- in conclusione, M. srl va condannata al pagamento di euro 3.290,94, oltre interessi nella misura legale dalle singole scadenze al saldo, a titolo di corrispettivo ex art. 1591 cc da ottobre 2011 all'8.07.2013;

- le spese di giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidate come in dispositivo, secondo il dm 55/2014 e avuto riguardo allo scaglione da euro 1.100,00 ad euro 5.200,00;

P.Q.M.

Il Tribunale di Genova, in composizione monocratica in persona della dott.ssa Raffaella Gabriel, definitivamente pronunciando, ogni altra domanda istanza ed eccezione disattesa, così decide:

1) dichiara cessata la materia del contendere sulla domanda di rilascio del box contrassegnato con il n. 10 sito in Genova, via Don B. -accesso dai nn. 8,10,12 rossi;

2) dichiara la nullità del contratto di comodato relativo al box di cui al punto 1);

3) dichiara tenuta e per l'effetto condanna M. srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, al pagamento di euro 3.290,94, oltre interessi nella misura legale dalle singole scadenze al saldo, a titolo di corrispettivo ex art. 1591 cc da ottobre 2011 all'8.07.2013; (... *Omissis*...)

(1) Il nuovo orientamento del Tribunale di Genova in tema di nullità - insanabile - dei contratti di locazione non registrati.

La sentenza del Tribunale di Genova che qui si commenta si segnala poiché dà atto del nuovo mutato orientamento in materia di nullità di contratti di locazione non registrati (e più in generale dei negozi costitutivi di diritto relativo di godimento quale - nella fattispecie - il comodato) recentemente assunto dal Tribunale in adesione al "revirement" in materia compiuto dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n. 18213 del 17/9/2015 (in *Giur. It.*, 2016 pag. 324 e in *Arch. Loc. Cond.* 2016, pag. 97) relativamente all'interpretazione dell'art. 13 c. 1, L. 431/98 il quale stabilisce che "è nulla ogni pattuizione volta a determinare un importo del canone di locazione superiore a quello del contratto scritto e registrato".

La sentenza del Tribunale si segnala anche perché riesce a dare pieno conto, in maniera sintetica ma piana ed icastica, di una decisione delle Sezioni Unite invece assai lunga (24 pagine e 16 densi paragrafi) su un problema sentito e frequente nella prassi quotidiana e cioè le conseguenze della mancata registrazione di un contratto di locazione e soprattutto i controversi possibili effetti sananti di una sua registrazione tardiva. In precedenza la giurisprudenza maggioritaria della Cassazione ha generalmente seguito l'orientamento espresso dalla sentenza n. 16089 del 2003 (in *Foro It.* 2004,1,1155) che si era espressa a favore dell'efficacia di un patto non registrato contemplante un canone superiore rispetto a quello del contratto ufficiale invece registrato, nel senso di ritenere che solo la forma scritta del contratto fosse imposta a pena di nullità e non anche la sua registrazione.

Inoltre l'interpretazione giurisprudenziale maggioritaria che veniva data all'art. 1, c. 346, L. 311 del 2004 (Legge Finanziaria 2005: "i contratti di locazione, o che comunque costituiscono diritti relativi di godimento, di unità immobiliari o di loro porzioni, sono nulli se, ricorrendone i presupposti, non sono registrati") propendeva a considerare la registrazione tardiva del contratto come avveramento di una condizione sospensiva dello stesso, con conseguente sua efficacia ex tunc.

Il Tribunale e la Corte d'Appello di Genova aderivano a tale impostazione: v. ad es. la sentenza n. 1607 del 30/4/2014 del Tribunale: "ne discende che sotto il profilo della sua tardiva registrazione il contratto va considerato valido ed efficace a decorrere dal momento della stipula" recependo cioè il principio che il contratto di locazione non registrato più che nullo fosse inefficace (seppur valido) fino alla data della sua registrazione. Pertanto il citato comma 346 veniva maggioritariamente interpretato, fino alle recenti Sezioni Unite, nel senso che il contratto non registrato può considerarsi come sottoposto alla condizione sospensiva della sua registrazione: il contratto sorge come valido ma resta inefficace fino alla sua registrazione. Che, una volta effettuata, assume valenza retroattiva e attribuisce al contratto pieno valore ex tunc sin dal momento in cui è stato stipulato ex art. 1360 c.c..

La registrazione del contratto, in altre parole, era intesa come condizione di efficacia e non come requisito per la sua validità: che può avverarsi retroattivamente, anche dopo la conclusione del contratto, senza la fissazione di alcun termine perentorio entro il quale essere eseguita (purché ovviamente vengano versate le relative sanzioni): Trib. di Napoli 19/10/2009, Trib. di Catanzaro 22/7/2010.

La Giurisprudenza riteneva infatti che la violazione avesse carattere esclusivamente tributario e non potesse incidere sulla nullità ed inefficacia civilistica del contratto.

Orientamento prevalente come si è detto rafforzato anche dal-

l'Ordinanza 9/4/2009 n. 110 della Corte Cost. che ha posto l'accento sull'importanza che la registrazione venga alla fine effettuata e che l'Erario ottenga il suo scopo a seguito del ravvedimento dei contraenti (ma la precedente ordinanza del 5/12/2007 n. 420 aveva dichiarato non incostituzionale la previsione di nullità dei contratti non registrati come ricordato a pag. 4 e 5 della sentenza annotata).

D'altra parte gli artt. 1344 e 1418 c.c. dichiarano nullo il contratto stipulato in frode alla legge per illiceità della causa: mentre il contratto in frode al Fisco viene sanzionato solo dall'ordinamento tributario. E tra tali sanzioni non è prevista la nullità. Come peraltro anche ribadito dallo Statuto dei diritti del Contribuente del 2000 secondo cui le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto: vedi anche Cass. 13621 del 2004.

Altra interpretazione (che però giungeva ad identiche conclusioni) era fornita dalla Giurisprudenza di merito (Trib. Bari 24/10/2011, Trib. Napoli 19/10/2009) che assimilavano la registrazione alla conferma del negozio nullo o invocavano la salvezza finale posta dall'art. 1423 c.c. ritenendo che la registrazione del contratto sani la nullità con efficacia ex tunc.

In realtà da un punto di vista prettamente civilistico la nullità (rilevabile d'ufficio dal giudice: art. 1421 c.c. e 101, u.c., c.p.c. e quindi in deroga all'art. 112 c.p.c., "ne eat iudex extra petita") esclude, come noto, qualsiasi possibile sanatoria poiché il contratto nullo non può essere convalidato ex art. 1423 c.c. (altra cosa è la conversione e la rinnovazione ex art. 1424 c.c.) ossia le parti non ne possono in alcun modo confermare o consolidare gli effetti (salvo eccezioni: vedi artt. 590 e 799 c.c.) rinunciando a far valere il vizio che lo affetta; e quando anche dovessero esprimere tale rinuncia, questa sarebbe a sua volta invalida.

Come noto i tre commi dell'art. 1418 c.c. individuano tre categorie generali di nullità:

È nullità *testuale* quella sancita espressamente dalla legge (comma 3°), come ad esempio dall'art. 13, c. 3, L. 9/12/1998 n. 431 sulla disciplina delle locazioni di immobili urbani che dichiara appunto espressamente nulla ogni pattuizione che deroghi ai limiti di durata del contratto stabiliti dalla stessa legge.

Si definisce poi nullità *strutturale* la mancanza o il vizio di uno degli elementi essenziali del negozio quali ad esempio i requisiti di cui all'art. 1325 c.c.; l'illiceità della causa 1343 c.c., la mancanza dei requisiti dell'oggetto ex art. 1346 c.c..

Vi è poi la nullità *virtuale* (1418, comma 1) quando un atto è contrario a norme imperative anche se detta nullità non sia espressamente prevista: pertanto viene definita virtuale.

In quest'ultimo caso non è sempre incontrovertibile stabilire quale norma debba considerarsi come imperativa.

Infine la legislazione speciale ha individuato la nuova categoria, che si sta sempre più affermando, della c.d. nullità di *protezione* ai fini di tutela della parte più debole, come nel caso dei contratti del consumatore in cui l'art. 36 del relativo codice (D.lgs n. 206 del 2005) reca appunto il titolo di: "Nullità di protezione".

Questa ulteriore ultima categoria è usualmente relativa poiché può essere eccepita soltanto dalla parte protetta, in contrasto con il carattere al contrario assoluto delle altre nullità.

In questo orientamento interpretativo abbastanza consolidato della giurisprudenza post Cass. 16089/03 in tema di mancata registrazione del contratto di locazione (seguito come detto anche dal Trib. di Genova, sent. n. 1607 del 2014 e dalla Corte d'Appello, sent. n. 244 del 2012 e 163 del 2013), era intervenuta la terza Sezione della Cassazione che con Ordinanza n. 37/14 (in *Giur. It.*, 2014, pag. 533) ne ha

chiesto alle S. U. un radicale “revirement” in una materia connotata da una diffusissima contrattazione e caratterizzata da una accentuata litigiosità.

L’auspicio della Sezione era basato principalmente su due ragioni: la cd. causa concreta del negozio non registrato (caratterizzata dalla finalità di elusione fiscale nell’ottenere un risultato, vietato dalla legge, di un canone superiore a quello scritto) e secondariamente il principio del divieto di abuso del diritto specie in tema di imposte: si chiedeva cioè dichiararsi l’inammissibilità e l’illiceità di un qualsiasi negozio posto in essere con lo scopo di evasione o elusione fiscale.

Successivamente alla sentenza n. 16089 del 2003 la Corte di Cassazione ha infatti più volte affermato tale divieto (concetto elaborato dalla giurisprudenza comunitaria in materia fiscale, v. Corte di Giustizia 21/2/2006 in causa C-255/02) secondo cui non possono trarsi benefici da operazioni compiute allo scopo di ottenere un indebito vantaggio fiscale in difetto di ragioni apprezzabili che ne giustificano di diverse dalla mera aspettativa di risparmio fiscale.

Lo spirito dell’ordinanza di rimessione è stato accolto dalla conseguente sentenza delle S.U. dd. 17/9/2015 n. 18213 (in *Arch. Loc.* 2016 pag. 97 ed in *Giur. It.* 2016 pag. 324 sulla nullità del cd. doppio contratto, il patto con cui - a latere del contratto registrato per un certo canone - le parti si accordino per un corrispettivo maggiore) e dalla n. 18214 di pari data (in *Arch. Loc.* 2015 pag. 615 e in *Notariato* 2015 pag. 600) sulla nullità assoluta della locazione abitativa di fatto, stipulata cioè solo in forma verbale.

La sentenza n. 18213 ha infatti affermato il principio per il quale la nullità prevista dall’art. 13, c. 1, L. 431/98 sanziona esclusivamente il patto occulto di maggiorazione del canone restando valido il contratto registrato e quindi dovuto solo il canone apparente con un’interpretazione dell’art. 1414 c.c. che considera il negozio morfologicamente unico ed identico, non duplicabile in un negozio simulato e dissimulato (pag. 5 della sentenza).

Né il patto occulto, in quanto nullo, può essere sanato dall’adempimento tardivo dell’obbligo di registrazione, fatto extra negoziale inidoneo ad influire sull’aspetto civilistico della validità ed efficacia del contratto.

Come ben ricorda infatti la sentenza (pag. 4) del Tribunale di Genova che qui si annota, la controdedichiarazione è insanabilmente affetta da nullità per contrarietà a norma imperativa ex art. 1418, 1° c., c.c. e non può pertanto sostenersi una sua validità sopravvenuta (pag. 5) come fosse un’impropria forma di conversione negoziale in presenza di un requisito extra formale quale la registrazione tardiva.

Trattasi di nullità virtuale (e assoluta, rilevabile da entrambe le parti e anche d’ufficio, attesa la ratio pubblicistica di contrasto all’evasione fiscale) per violazione di norma imperativa che produce l’insanabilità anche a seguito di una registrazione tardiva in quanto fatto a rilievo solo fiscale, inidoneo ad influire sulla validità civilistica: pertanto il patto occulto di maggiorazione del canone oggetto di un procedimento simulatorio rimane insanabilmente nullo.

(Fa eccezione l’ipotesi del comma 5 ex art. 13, L. 431/98 in cui la forma verbale sia stata arbitrariamente imposta dal locatore, nel qual caso l’invalidità è una nullità di protezione del conduttore e quindi solo da lui denunciabile)

Né può valere in senso contrario il richiamato accenno allo Statuto del Contribuente (art. 10, c. 3, L. 212 del 2000) poiché l’interpretazione dell’art. 13 L. 431/98 adottata dalle S.U. viene considerata (come espressamente richiamato dalla sentenza del Tribunale di Genova a pag. 4) “*lex specialis, derogata*

tiva ratione materiae, alla lex generalis (benché posteriore)” costituita dallo Statuto.

Il lungo e dotto procedimento logico argomentativo (si richiama un autore che nel 1874 aveva criticato il progetto di legge Minghetti del Novembre 1873, poi non approvato, con il quale già allora si proponeva di introdurre la sanzione della nullità per gli atti non registrati) con il quale le S.U. sono giunte all’affermazione del principio dell’insanabilità anche tardiva del contratto non registrato si conclude infine con una considerazione di carattere più generale che non potrà però non influenzare tutta la giurisprudenza futura in qualsiasi materia.

Le Sezioni Unite infatti dichiarano espressamente di aver privilegiato la soluzione, ora adottata dal Tribunale di Genova, anche per impedire che dinanzi ad una Corte suprema di un Paese europeo una parte possa invocare tutela giurisdizionale adducendo apertamente la propria qualità di evasore fiscale, atteso che l’imposizione e il corretto adempimento degli obblighi tributari (lungi dall’attenere al solo rapporto individuale contribuente-fisco) afferiscono ad interessi ben più generali: in quanto il rispetto di quegli obblighi da parte di tutti i consociati si risolve in un miglior funzionamento della stessa macchina statale, nell’interesse superiore dell’intera collettività. Il principio della ininfluenza della registrazione tardiva ai fini della sanatoria del contratto è così entrato nel circuito giurisprudenziale sia di merito, in particolare presso il Tribunale di Genova con la sentenza oggi commentata, sia di legittimità: v. la recente Cass. n. 7634 dd. 18/4/2016 conforme in *Quot. Giur.* 2016.

In conclusione si accennerà brevemente alla nuova formulazione dell’art. 13 della L. 431 del 1998 a cui la Legge di Stabilità 2016 (in vigore dal 1 Gennaio di quest’anno ma la sua disposizione si applica anche per i contratti di locazione già in essere alla sua entrata in vigore) ha aggiunto, nel primo comma, un secondo periodo: “è fatto carico al locatore di provvedere alla registrazione nel termine perentorio di 30 giorni dandone documentata comunicazione, nei successivi 60 giorni, al conduttore ed all’Amministratore del Condominio, anche ai fini dell’ottemperanza agli obblighi di tenuta dell’anagrafe condominiale di cui all’art. 1130, n. 6, C.C.” introdotto dalla legge di riforma del Condominio del Giugno 2013.

L’Amministratore dovrà inserire nel Registro i dati anagrafici anche dei conduttori e non potrà non annotare gli estremi della registrazione del relativo contratto.

Infine sulle conseguenze della nullità ex tunc del contratto di locazione e dei relativi diritti delle parti (del conduttore, alla ripetizione dei canoni pagati e del locatore alla restituzione dell’immobile locato) vedi anche Corte d’Appello di Firenze 26/3/15 n. 526, in *Arch. Loc.* 2016, pag. 71: il locatore ha diritto alla immediata restituzione dell’immobile detenuto dal conduttore senza alcun titolo e ad un’indennità correlata all’occupazione dell’immobile. Da parte sua il conduttore ha invece diritto ex art. 2033 c.c. alla ripetizione dei canoni.

In conclusione ed in estrema sintesi sul piano pratico si può oggi (a 18 anni dalla Legge del 1998 e a 13 dalla Cassazione del 2003) avere la certezza che - dopo le Sezioni Unite del Settembre 2015 e la sentenza oggi commentata del 15/10/2015 - anche presso il Tribunale di Genova:

un contratto di locazione (o che comunque costituisca diritti di godimento di unità immobiliari) è nullo se non è registrato; e che nullo rimane anche se registrato tardivamente; e che pertanto sarà impossibile agire in giudizio in un qualunque modo in assenza della tempestiva registrazione.

Avv. Francesco Massimo Tiscornia

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 18 marzo 2016 - Giudice Unico Veglia - B.D. (Avv. Russo) c. L.T. (Avv. Piovani). (Riforma Giudice di Pace di Genova)

OBBLIGAZIONI in genere - spese di tumulazione - adempimento - vincolo di parentela - obbligazione naturale - ripetizione - esclusione.

(Art. 2034 c.c.)

L'obbligazione naturale viene assunta per adempiere ad un dovere dettato dalla morale sociale; al suo spontaneo adempimento consegue l'effetto della "soluti retentio", vale a dire dell'impossibilità di ripetere quanto prestato. Si deve considerare adempimento di un'obbligazione naturale il prestito di una somma di denaro destinata a far fronte alle spese di tumulazione di un parente (nella fattispecie de qua, la corresponsione da parte della zia di quanto necessario per la tumulazione della nipote). Il concetto di obbligazione naturale può applicarsi nell'ambito di un forte vincolo di parentela (quale è, nel caso di specie, il rapporto tra sorelle), essendo stato utilizzato per tutelare situazioni soggettive sorte nel rapporto di convivenza more uxorio, nonché nelle unioni di fatto (in senso conforme, cfr. Cass. civ., sez. I, 22 gennaio 2014, n. 1227). (Nel caso di specie, è stata respinta la domanda volta alla restituzione di quanto spontaneamente prestato da parte della zia per la tumulazione della nipote, in adempimento di un'obbligazione naturale ex art. 2034 c.c. Non si ravvisavano peraltro elementi di prova a sostegno dell'impegno assunto in tal senso dai beneficiari del prestito).

G.B.N.

(...Omissis...) **Fatto e motivi della decisione**

Con atto di citazione in appello notificato in data 27 maggio 2013, i sigg.ri L.E. e B. D. proponevano appello avverso la sentenza indicata in epigrafe, con la quale il Giudice di Pace di Genova, rigettava la domanda da loro proposta volta ad ottenere la restituzione di quanto prestato nell'aprile 2007 per le spese di tumulazione della nipote C., figlia di L.T., deceduta all'età di 15 anni, pari a € 1.834,00, di cui € 32,70 versati in data 26/4/2007 per l'apertura della tomba della famiglia L. e € 1.784,00 per la tumulazione (si vedano docc. nn. 2 e 3 prodotti dagli odierni appellanti in primo grado).

La parte appellante eccepiva l'erroneo inquadramento giuridico sostanziale della vicenda che era stata ricondotta dal Giudice di Pace nell'alveo dell'obbligazione naturale ex art. 2034 c.c. escludendo dunque la ripetibilità della somma elargita dai signori L. e B. e deduceva l'illogicità della motivazione in relazione ai riscontri probatori emersi dall'espletata istruttoria e dalla documentazione in atti.

Chiedeva quindi che in riforma dell'impugnata sentenza di primo grado fosse accolta la domanda proposta in prime cure dagli odierni appellanti e, per l'effetto, fosse accertato e riconosciuto l'inadempimento dei signori L.R. e L.T. all'obbligo restitutorio con conseguente condanna degli stessi al pagamento della somma di € 1.834,00, oltre interessi e rivalutazione dal dovuto al saldo.

Si costituivano in giudizio gli appellati, con comparso di costituzione e risposta in data 14/12/2013, contestando integralmente quanto *ex adverso* esposto, chiedendo il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza impugnata; il sig. L. ribadiva altresì l'eccezione di difetto di legittimazione passiva già sollevata in primo grado.

Quindi all'udienza del 7/12/2015 erano precisate le conclusioni e la causa era trattenuta in decisione con la concessione degli ordinari termini di legge per il deposito degli scritti difensivi e conclusivi.

Ritiene preliminarmente questo Giudice che debba essere respinta l'eccezione di carenza di legittimazione passiva proposta dal sig. L., all'epoca del prestito compagno della signora L.T., poi divenuto marito nel corso del giudizio di primo grado, in quanto secondo la prospettazione fornita dagli odierni appellanti il prestito venne fatto ad entrambi gli appellati, non essendo stato neppure lo stesso sig. L. in grado di fornire l'aiuto economico richiestogli in un primo momento dalla compagna per sostenere le spese di tumulazione della figlia.

Ritiene inoltre che l'appello debba essere respinto in quanto il Giudice di Pace ha correttamente qualificato come obbligazione naturale quella assunta dagli odierni appellanti in adempimento di un dovere dettato dalla morale sociale dalla cui inosservanza discende un giudizio di riprovazione ed al cui spontaneo adempimento consegue l'effetto della "soluti retentio", come previsto dall'art. 2034 c.c.

Il concetto di obbligazione naturale è stato utilizzato in particolare per tutelare le situazioni soggettive nell'ambito di una convivenza *more uxorio* e più di recente anche nell'ambito delle unioni di fatto (si veda in questo senso da ultimo Cass. Civ. sez. I n. 1227/2014) per cui è evidente che a maggiore ragione può essere ricondotto ad un vincolo forte di parentela come quello esistente tra due sorelle.

Nel caso di specie dunque obbedisce ai criteri di proporzionalità ed adeguatezza la corresponsione di quanto necessario per la tumulazione della nipote da parte della zia di quest'ultima.

Inoltre in tale contesto sembra che ben possano essere ricompresi nei vincoli familiari di cui si discute anche lo zio acquisito (il marito della signora L.E.) ed il compagno, poi divenuto coniuge, della signora L.T.

Diversamente da quanto argomentato dagli appellanti non vi sono elementi a sostegno del fatto che gli appellati si fossero impegnati alla restituzione della somma di cui si discute.

La teste S. ha reso una deposizione estremamente generica, limitandosi a confermare il capitolo n. 1 dedotto dai convenuti in comparso di risposta in primo grado (l'impegno a sostenere le spese della tumulazione di C.), circostanza che non è stata negata neppure dagli odierni appellanti, ma nulla ha riferito sull'obbligo di restituzione che sarebbe stato assunto dagli appellati.

La teste L.A., madre sia di T. che di E.L., risulta avere sottoscritto una lettera in data 3/3/2012, inviata al Giudice di Pace ed allegata agli atti, il cui testo è stato redatto dalla figlia E. e del quale non ha saputo neppure compiutamente spiegare il significato.

Ha però precisato che il colloquio tra le parti era avvenuto nella cripta del Cimitero della Castagna di Sampierdarena affermando testualmente "le parole che io ricordo furono "adesso come faccio" e che da parte di E. e B. fu detto che "ce li metto io"... T. disse "piano piano te li do" E. non condizionò l'aiuto ad un impegno a restituire".

Dunque anche la teste ha escluso che gli appellati si fossero impegnati a restituire detta somma e tale elemento non trova riscontro neppure documentale: infatti la lettera R.R. inviata in data 4/4/2011 (si veda doc. n. 4 prodotto dagli odierni appellanti nel fascicolo di primo grado) dimostra solo che a distanza di quattro anni i signori B. e L.E. hanno richiesto la restituzione dell'importo di 1.834,00, qualificandolo unilateralmente come debito.

Le spese di lite seguono il principio di soccombenza ex art. 91 c.p.c. e sono liquidate secondo i criteri dettati dal Decreto n. 55/14 (...Omissis...).

P.Q.M.

Il Tribunale di Genova, in funzione di Giudice di Appello, definitivamente pronunciando, *contrariis reiectis*, rigetta l'appello (...Omissis...)

Tribunale di Genova, sez. II civ., 21 gennaio 2014 - Giudice Unico Bonino - N. (Avv. Ghiara) c. Comune Ge. (Avv. Carassale).

RESPONSABILITÀ civile - controllo della balneazione da parte del Comune - classificazione delle spiagge - obbligo di custodia delle spiagge libere - non sussiste - danni alla persona riportati da bagnante per sua grave imprudenza - responsabilità civile del Comune - non sussiste.

(Legge regionale ligure n. 2/2008; artt. 2043 e 2051 c.c.)

La legge regionale ligure n. 2/2008, agli artt. 31 e 32, distingue tra spiagge libere attrezzate e spiagge libere tout court. La nota distintiva è data dal fatto che soltanto nelle prime il Comune garantisce un servizio di sorveglianza e salvataggio. Una spiaggia libera non cessa di essere tale quand'anche il Comune abbia provveduto ad installare alcuni impianti - come docce, servizi igienici e spogliatoi - gratuitamente fruibili dal pubblico che lo frequenta. Ma, in ogni caso, il gesto di tuffarsi da una scogliera in uno specchio di mare poco profondo, in cui sono presenti rocce sommerse, costituisce di per sé un gesto assai azzardato ed incauto, e si deve ritenere che la sua pericolosità possa essere valutata anche da un ragazzo di quindici anni, pur in mancanza di specifici divieti od avvisi. Il Comune non è pertanto responsabile del danno da questi subito, né a norma dell'art. 2043, né, tantomeno, dell'art. 2051 c.c.

A.FONT.

(Con ordinanza depositata in Cancelleria il 27 gennaio 2015 l'appello avverso la sentenza massimata è stato dichiarato inammissibile ai sensi degli artt. 348 bis e 348 ter c.p.c., in quanto privo di una "ragionevole probabilità" di essere accolto, dalla Corte d'Appello di Genova, sez. II civ. (Sanna Pres.- Realini Est.).

(...*Omissis*...) **Motivi della decisione**

Natalia, in proprio e quale amministratrice del figlio Ivan, ha agito in giudizio contro il Comune di Genova per ottenere il risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, patiti in proprio e dal minore in seguito ad un infortunio verificatosi il 21/6/2009 esponendo che quel giorno il ragazzo, all'epoca quindicenne, si era recato con un amico presso la spiaggia libera attrezzata sita in Quinto, prospiciente Via Giannelli e Piazzale Rusca, che la spiaggia era dotata di strutture per l'uso da parte del pubblico gestite dal Comune di Genova, che la spiaggia è circondata da scogli, non separati da essa da alcuna barriera protettiva, e sul litorale non esisteva alcuna segnalazione relativa alla presenza di pericoli o al divieto di tuffarsi, che ritenendo non vi fossero pericoli il minore aveva raggiunto gli scogli a fianco della spiaggia e tuffandosi aveva colpito una roccia sott'acqua procurandosi gravissime lesioni, che il sinistro era imputabile al Comune di Genova per aver omesso di adottare le misure opportune al fine di evitare che i bagnanti fossero in pericolo, che in particolare l'ente pubblico era il custode della spiaggia ex art. 2051 c.c. ed era tenuto a rispondere dei danni cagionati dalla cosa - la spiaggia compresa la scogliera ai lati della stessa - di cui aveva la custodia, che il comportamento del minore non costituiva caso fortuito in quanto una persona di media avvedutezza non era in grado, in assenza di segnali di avvertimento o divieto, di percepire l'eventuale pericolosità dei tuffi in un certo specchio d'acqua, che il Comune di Genova era in grado di prevedere che, in assenza di apposita segnalazione, si sarebbero potuti

verificare incidenti in zone caratterizzate dalla presenza di rocce sommerse in prossimità degli scogli, che il convenuto era comunque responsabile dell'evento dannoso ex art. 2043 c.c. atteso che non aveva adottato le misure necessarie per evitare che i bagnanti che usufruivano della spiaggia affidata alla sua gestione patissero danni in conseguenza della presenza di rocce al di sotto della superficie del mare.

Il Comune di Genova si è costituito in giudizio e ha chiesto il rigetto della domanda esponendo che se è vero che l'arenile può essere gestito dai comuni con limitate funzioni amministrative secondo le direttive impartite dalle Regioni allo scopo di consentire il libero godimento della spiaggia è certo che i beni coinvolti nella vicenda appartengono al demanio marittimo, che in particolare tutte le scogliere appartengono a tale demanio, che l'estrema estensione delle medesime rende impossibile il controllo di un bene demaniale come quello oggetto di causa tenuto conto dell'estensione del territorio nazionale e comunale, che l'arenile di Quinto era una spiaggia non attrezzata senza alcun obbligo di vigilanza e custodia in capo al Comune, che in ogni caso l'esclusivo responsabile del sinistro che lo aveva colpito era il minore il quale aveva incautamente trasformato la scogliera a lato della spiaggia in un trampolino di lancio per tuffarsi, che nella spiaggia erano posizionati cartelli di generale divieto di balneazione per ragioni igieniche e di attenzione, che il minore conosceva la situazione ambientale essendosi tuffato già una prima volta e pertanto aveva accettato il rischio insito in tale condotta notevolmente imprudente, che l'evento dannoso si era verificato soltanto per un comportamento azzardato della vittima, che il tuffarsi dall'alto di una scogliera è una situazione pericolosa e da evitare per chiunque senza bisogno di specifici cartelli, che il Comune di Genova non aveva il potere di impedire l'uso del bene demaniale dello Stato e comunque non avrebbe potuto esercitare sullo stesso alcun concreto potere di controllo, che i danni erano comunque contestati nell'*an* e nel *quantum*.

L'attrice ha agito in giudizio prospettando la responsabilità del Comune ex art. 2051 c.c. o in subordine ex art. 2043 c.c. La domanda ex art. 2051 c.c. è infondata per le ragioni di seguito esposte.

L'infortunio si è verificato perché il minore tuffandosi dalla scogliera posta a ponente della spiaggia denominata Scalo di Quinto - fotografie produzioni 2 e 12 di parte attrice e ripresa video dell'evento produzione 19 di parte attrice - ha picchiato la testa contro uno scoglio del fondale (dichiarazioni rese dal minore all'udienza dell'8/4/2013).

La scogliera dalla quale si è tuffato e contro la quale ha impattato il minore una volta entrato in acqua è un bene del Demanio marittimo statale ex art. 822, I comma, c.c. e 28 del codice della navigazione (Cass. n. 7227/1997) anche se in seguito al D.lgs n. 112/1998 ed alla legge della Regione Liguria n° 13/1999 e successive modificazioni agli enti pubblici locali territoriali sono state attribuite competenze di gestione dei beni demaniali e di amministrazione.

In particolare la suddetta legge regionale (art. 5 e 10), integrata e modificata dalla legge n. 2/2008, ha attribuito ai Comuni alcuni compiti quali l'approvazione degli interventi stagionali di ripascimento, la pulizia delle spiagge non affidate in concessione, la raccolta e pulizia dei rifiuti dalle spiagge, l'individuazione e delimitazione delle acque destinate all'allevamento dei molluschi ed altri compiti amministrativi in tema di rilascio e rinnovo di concessioni relative a beni del demanio marittimo.

La legge della Regione Liguria n. 2/2008 - artt. 31 e 32 - e suc-

cessive modifiche nonché la delibera della Giunta Regionale n. 512 del 21/5/2004 hanno poi fissato le linee guida per le c.d. “spiagge libere” e “spiagge libere attrezzate” nonché i criteri per la concessione di nuovi stabilimenti balneari.

In particolare sono spiagge libere attrezzate le strutture, di norma collocate in aree demaniali, localizzate sulla riva del mare, di laghi o di fiumi che, al fine di garantire l'uso sociale degli arenili, offrono il libero accesso al pubblico ad “aree attrezzate per la balneazione, forniscono servizi minimi gratuiti e, a richiesta, dietro corrispettivo, la prestazione di ulteriori servizi” (art. 31 della legge).

Il concessionario della spiaggia libera attrezzata ai sensi dell'art. 2 della deliberazione della Giunta Regionale sopra citata deve garantire e fornire gratuitamente i seguenti servizi minimi: pulizia, sorveglianza, salvamento, servizi igienici.

Le spiagge libere sono invece le aree, di norma poste in aree demaniali, localizzate sulla riva del mare, di laghi o di fiumi idonee per la balneazione e disponibili liberamente e gratuitamente all'uso pubblico (art. 32 della Legge regionale citata): le spiagge libere possono essere provviste, a cura dei Comuni, di attrezzature minime ad uso gratuito ed i Comuni sono tenuti a curarne la pulizia per garantirne la fruibilità.

L'art. 4 della citata delibera della Giunta Regionale prevede poi che “eventuali docce, servizi igienici e spogliatoi possono essere installati previa concessione demaniale marittima da rilasciarsi al Comune senza obbligo di redazione di Progetto di Utilizzo in quanto servizi a favore della libera balneazione”.

Ciò premesso all'esito dell'istruttoria orale - audizione dei testi C. ed A. - ed alla luce dei documenti prodotti - fotografie degli accessi alla spiaggia ed attestazioni del Comune di Genova depositate in allegato alla memoria istruttoria di parte convenuta - si può affermare con certezza che la spiaggia denominata Scalo di Quinto non era all'epoca del fatto una spiaggia c.d. “libera attrezzata” bensì una c.d. “spiaggia libera”, accessibile da via Gianelli e da Piazzale Rusca, ove l'ente pubblico territoriale, come previsto dalla normativa regionale, ha installato sin dal 2003, in prossimità della scala di accesso sul lato ovest, delle docce, un servizio igienico ed uno spogliatoio (questi ultimi vengono collocati all'inizio di ogni stagione balneare) usufruibili gratuitamente dal pubblico in seguito alla concessione demaniale di una ben limitata porzione di area pari a poco più di 20 mq (fotografie produzioni 13 e 14 di parte attrice).

Non si tratta evidentemente di una “spiaggia libera attrezzata” perché il Comune non garantisce alcun servizio di “sorveglianza e salvamento” essendosi limitato ad installare, previa concessione demaniale marittima, su una limitata porzione a nord-ovest dell'area alcuni impianti - “docce, servizi igienici e spogliatoio” - liberamente fruibili dal pubblico che frequenta la spiaggia pubblica.

Il fatto che non si tratti di una c.d. “spiaggia libera attrezzata” nella quale dovrebbero essere garantiti i servizi di “sorveglianza e salvamento” risulta chiaramente anche dal tenore dei cartelli posizionati lungo gli accessi all'area demaniale (una delle quattro fotografie produzione 2 di parte attrice, le fotografie produzioni 11 di parte attrice e le fotografie allegate alla memoria istruttoria del Comune di Genova).

I cartelli installati dagli uffici del Municipio Levante nel 2003 - come risulta dalla deposizione dei testi Calisi e Assereto - avvisano invero gli utenti della spiaggia della mancanza di un servizio di salvataggio e dell'assenza di segnali del “limite delle acque interdette alla navigazione e del limite delle acque sicure”.

Ne consegue che il Comune di Genova non aveva la gestione e la custodia della spiaggia libera, ai sensi e per gli ef-

fetti previsti dall'art. 2051 c.c., essendosi limitato ad installare per la migliore fruibilità dell'area demaniale aperta al pubblico un impianto di docce ed un servizio igienico e spogliatoio privo di sorveglianza in una zona ben delimitata nella parte nord-ovest dell'arenile.

L'ente pubblico territoriale a maggior ragione non aveva né poteva avere, ai sensi e per gli effetti previsti dall'art. 2051 c.c., la custodia della scogliera e del fondale marino ove si è verificato l'incidente posti a ponente della spiaggia libera Scalo di Quinto - beni del demanio marittimo - tanto più alla luce delle notorie dimensioni ed estensioni delle scogliere che si trovano nel territorio comunale sulle quali sarebbe impossibile esercitare qualsiasi tipo di controllo, vigilanza e verifica capillare tenuto conto tra l'altro della naturale funzione e destinazione delle stesse.

Il Comune di Genova non può essere ritenuto responsabile dell'evento dannoso oggetto di causa neppure ai sensi dell'art. 2043 c.c. perché non aveva il potere/dovere di avvisare/avvertire gli utenti della spiaggia libera tramite appositi segnali - né tanto meno quello di vietare/impedire l'accesso al bene pubblico - che l'utilizzo dell'impervia scogliera posta a fianco della spiaggia come base di lancio per tuffi di testa nel sottostante specchio d'acqua caratterizzato dalla presenza di un basso fondale con rocce sommerse avrebbe potuto comportare un rischio per l'autore del tuffo. L'ente pubblico territoriale non avendo la gestione e la custodia né del bene demaniale rappresentato dalla scogliera né del fondale marino sottostante non poteva certo interdirla l'uso al pubblico tanto più che i cartelli posti lungo gli accessi alla spiaggia libera rendevano noto ed evidente a chiunque che nella zona non era presente un servizio di salvataggio e che, in ogni caso, eseguire un tuffo come quello all'origine dell'infornuto, secondo la descrizione del gesto che si ricava dal filmato prodotto dall'attrice e dalle dichiarazioni rese al Giudice dal minore all'udienza dell'8/4/2013, è di per sé un gesto azzardato e pericoloso le cui conseguenze dannose non possono ricadere sul Comune di Genova soltanto perché la parte convenuta aveva installato sulla spiaggia alcune docce ed un servizio igienico e di spogliatoio notoriamente privi di un servizio/presidio di sorveglianza e di assistenza ai bagnanti tramite personale del Comune o incaricato dal Comune.

L'evento dannoso è in realtà ascrivibile unicamente alla condotta del ragazzo danneggiato e non è stato causato dal bene demaniale o dalla condotta del Comune di Genova (omesso avvertimento/segnalazione della presenza del pericolo o omessa imposizione del divieto di tuffarsi dalla scogliera).

Il minore invero per eseguire il tuffo si è dovuto arrampicare sulla ripida e scoscesa scogliera posta a ponente della spiaggia - fotografie dei luoghi prodotte dalla stessa parte attrice - ha raggiunto una discreta altezza rispetto allo specchio d'acqua sottostante, come si evince dal filmato produzione 19 dell'attrice, e da quel punto ha compiuto il gesto piuttosto scomposto di tuffarsi di testa nonostante abbia dichiarato all'udienza dell'8/4/2013: “non era la prima volta che andavo in quella spiaggia. Era la prima volta che mi tuffavo da quella posizione. Preciso peraltro che lo stesso giorno, dalla stessa posizione, poco prima mi ero tuffato prendendo una panciata. In passato mi ero tuffato dagli scogli che si trovano più a ponente rispetto alla posizione oggetto di causa, mi sembra lo stesso anno. Forse qualche altro ragazzo quel giorno si era tuffato dalla stessa posizione, ma di piedi”.

Ivan, all'epoca quindicenne, era o comunque avrebbe dovuto essere ben consapevole delle condizioni dell'ambiente in cui

aveva deciso di tuffarsi - altezza del punto di lancio rispetto al livello del mare, profondità dell'acqua, presenza di scogli sommersi: certamente prima di tuffarsi avrebbe dovuto verificare lo stato del fondale - dal momento che aveva già frequentato i luoghi e lo stesso giorno dell'incidente si era tuffato dalla stessa posizione: il fatto che il gesto all'origine dell'evento dannoso abbia avuto conseguenze così gravi dipende pertanto dalle concrete modalità con le quali è stato compiuto - non certo dalle condizioni naturali della scogliera e del fondale marino e/o dalla condotta del Comune di Genova - ed ancor prima dall'autonoma decisione del ragazzo di tuffarsi di testa proprio in quel punto sebbene poco prima avesse preso una "panciata" e nessuno dei ragazzi ivi presenti avesse compiuto un gesto analogo.

Il Tribunale infine non può non evidenziare che il gesto di tuffarsi in mare da una scogliera in un contesto ambientale come quello che si evince dalle fotografie prodotte dalle parti è di per sé una condotta assai azzardata ed incauta: chiunque compie un gesto simile mette a rischio la propria incolumità e si deve ritenere che la pericolosità di una tale azione possa essere apprezzata anche da un minorenne - all'epoca quindicenne - pur senza bisogno di specifici avvisi/cartelli.

Il Comune di Genova non avrebbe certamente potuto interdire l'accesso alla scogliera, bene demaniale di cui non aveva e non ha la gestione/custodia, anche perché sarebbe difficile ipotizzare un divieto generalizzato di accesso a tutto il litorale roccioso genovese, e, comunque, se anche avesse, per mera ipotesi, collocato un cartello per avvertire della pericolosità dei tuffi dalla scogliera in quel preciso punto della costa è molto probabile che una tale segnalazione non avrebbe avuto alcuna concreta efficacia dissuasiva/deterrente per coloro che avessero comunque voluto tentare il gesto azzardato.

Ne consegue che la domanda deve essere rigettata perché era onere dell'utente del bene pubblico demaniale rimasto danneggiato adottare la normale diligenza nell'uso della cosa per verificare la presenza del pericolo ed evitare di compiere il gesto azzardato se non era in grado di tuffarsi senza rischi da un'altezza così elevata in un contesto ambientale caratterizzato da un fondale marino non molto profondo e da rocce sommerse.

Il Comune di Genova per tutti i motivi esposti non può al contrario essere ritenuto responsabile ex art. 2043 e/o 2051 c.c. dell'evento dannoso.

Le spese di lite tenuto conto della particolarità della controversia e della vicenda oggetto di causa possono essere integralmente compensate ex art. 92, II comma, c.p.c.

P.Q.M.

Il Tribunale di Genova, in composizione monocratica, in persona del Giudice unico, definitivamente pronunciando, disattesa ogni altra diversa domanda, istanza, eccezione e deduzione, così provvede

Rigetta

le domande proposte da Natalia, in proprio e quale amministratrice di sostegno di Ivan, perché infondate in fatto e diritto;

Compensa

integralmente le spese di lite.

Tribunale di Genova, 15 settembre 2015, n. 2597 - Giudice Unico Scarzella - S. (Avv. Imbraguglia) c. Comune di Genova e A.S.TER. S.p.a. (Avv. Cocconi).

RESPONSABILITÀ civile - cose in custodia - responsabilità oggettiva - sussistenza - beni demaniali - invocabilità dell'art. 2051 c.c. nei confronti della Pubblica

Amministrazione - sussistenza - onere della prova - riparto tra danneggiato e custode - criteri - caso fortuito - mancata prova.

(Art. 2051 c.c.)

L'ente pubblico proprietario di un bene demaniale in custodia risponde dei danni provocati da una anomalia del bene stesso stessa, ai sensi dell'art. 2051, c.c. (1)

Poiché la citata norma introduce in capo al custode una ipotesi di responsabilità oggettiva, l'ente pubblico proprietario del bene è liberato da responsabilità se dimostra che il danno è da ascrivere alla condotta colposa del danneggiato, che integra un'ipotesi di caso fortuito. (Nella specie, il giudice ha ritenuto sussistente la responsabilità della Pubblica Amministrazione per i danni subiti da un motociclista finito in un avvallamento della sede stradale dovuto al gravissimo dissesto dell'asfalto, ritenendo che, mentre il danneggiato ha assolto al proprio onere probatorio circa l'effettiva verifica del fatto storico e la sua riconducibilità eziologica al suddetto avvallamento, la Pubblica Amministrazione non ha introdotto la prova liberatoria a suo favore, essendosi limitata ad affermare che il danno era ascrivibile alla condotta del danneggiato, circostanza smentita dall'esame testimoniale). (2)

(...Omissis...)

Motivi della decisione.

Con atto di citazione in riassunzione del giudizio prima azionato innanzi il Giudice di Pace di Genova, notificato in data 9 marzo 2012, il signor S. conveniva nanti questo Tribunale il Comune di Genova e A.S.Ter. S.p.a. chiedendo, previo accertamento della responsabilità del Comune di Genova e di A.S.Ter. S.p.a. in relazione al sinistro occorsogli in Genova, in data 22 aprile 2011, la condanna dei medesimi al risarcimento di tutti i danni subiti e subendo nella misura di Euro 11.561,00 ovvero quella diversa, maggiore o minore, che risulterà in corso di causa.

Con comparsa di risposta in data 5 novembre 2012 il Comune di Genova e A.S.Ter. S.p.a. si costituivano in giudizio contestando in fatto e in diritto le deduzioni attoree e chiedendo il rigetto della domanda ovvero dichiararsi la concorsuale responsabilità dell'attore ex art. 1127 cod. civ. o, in via di estremo subordine, la liquidazione al medesimo di quanto strettamente di giustizia.

All'udienza del 13 novembre 2012 il G.I. assegnava i termini di rito per il deposito di memorie ex art. 183 cod. civ..

All'udienza del 26 febbraio 2013 il G.I. disponeva la CTU medico-legale, nominando a tal fine al dr.ssa Gianna Maria Barbero, e all'udienza del 25 ottobre 2013 disponeva l'assunzione di ulteriore prova testimoniale con escussione dei relativi testi alla successiva udienza del 18 dicembre 2013.

Infine, all'udienza del 17 aprile 2015, nanti la scrivente, le parti precisavano le rispettive conclusioni e la causa era trattenuta in decisione con assegnazione dei termini di legge per il deposito delle memorie difensive conclusive.

La domanda attorea è fondata e merita pertanto integrale accoglimento in punto an e un ridimensionamento in punto quantum alla luce delle risultanze della espletata CTU.

Si ritiene in primo luogo che debba configurarsi in capo alla parte convenuta nella sua incontestata qualità di custode dei luoghi di causa, la sussistenza di un rapporto di custodia dei medesimi ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2051 c.c.

Giova infatti a quest'ultimo riguardo ricordare che le più recenti pronunce rese sul punto dalla Suprema Corte (cfr. Corte Cass., sez. III, 25.7.2008, n. 20427; Corte Cass., sez. III, 30.9.2008, n. 24326; Corte Cass., sez. III, 10.10.2008, n.

25029; Corte Cass., sez. III, 27.3.2007, n. 7403) hanno ormai superato il tradizionale orientamento giurisprudenziale che faceva assurgere l'estensione notevole del bene demaniale e l'utilizzo generale e diretto di esso da parte dei cittadini ad elementi interruttivi del rapporto diretto di custodia tra l'ente proprietario ed il bene medesimo, tali da escludere, automaticamente, l'applicabilità alla Pubblica amministrazione dell'art. 20151 c.c. ed hanno, quindi, tutte affermato che il regime di responsabilità previsto per i danni provocati da cose in custodia trova applicazione anche in relazione ai beni demaniali, seppur con le necessarie puntualizzazioni volte a delimitarne l'ambito di operatività.

Si veda, in particolare, Corte Cass. N. 20427/2008 cit. secondo la quale *“l'ente pubblico proprietario di una strada aperta al traffico risponde, ai sensi dell'art. 2051 c.c., dei danni verificatisi a causa di un'anomalia della strada stessa, salvo che non si dimostri che la situazione da cui è scaturito il danno si è determinata non come conseguenza di un precedente difetto di sorveglianza, ma in maniera improvvisa”*.

Non solo ma con la pronuncia resa in data 10.10.2008, n. 25029, la Corte ha affermato che, come noto, in tema di responsabilità civile per i danni cagionati da cose in custodia, la fattispecie di cui all'art. 2051 c.c., individua un'ipotesi di responsabilità oggettiva, essendo sufficiente per l'applicazione della stessa la sussistenza del rapporto di custodia tra il responsabile e la cosa che ha dato luogo all'evento lesivo, per cui la responsabilità è esclusa solo dal caso fortuito.

Detto fattore attiene non al comportamento del responsabile, ma al profilo causale dell'evento, riconducibile in tal caso non alla cosa, che ne è fonte immediata, ma ad un elemento esterno recante i caratteri dell'imprevedibilità e dell'inevitabilità.

Avverte tuttavia la Corte che *“la considerazione oggettiva del fortuito, inteso come avvenimento obiettivamente non prevedibile come verosimile, è l'unica compatibile con la teoria della causalità adeguata”*.

Il punto è che qui anche l'imprevedibilità dell'evento va osservata oggettivamente, cioè sul piano causale, e serve a porre in relazione tra loro accadimenti sulla base del calcolo delle probabilità. Non si tratta di stabilire se il custode potesse o meno prevedere l'evento dannoso con l'ordinaria diligenza dell'uomo medio, ma di valutare se verosimilmente, in quelle circostanze di tempo e di luogo, l'evento fosse da mettere in relazione alla custodia ed in quale misura.

Anche di recente la Suprema Corte è tornata sul punto con quattro decisioni di fine inverno 2012 affrontando diversi profili di analisi sempre in punto responsabilità ex art. 2051 c.c. (V. Danno e Responsabilità n. 10/12 pag. 965 e ss.), valutando e valorizzando, in particolare, in tutte la reazione/interazione tra condotta del danneggiante e del danneggiato, negando, ad esempio in un caso (Corte Cass. N. 1310 del 30.1.2012) la responsabilità dell'Amministrazione Comunale ritenendo che la distrazione del pedone potesse rappresentare un caso fortuito in grado di interrompere il nesso causale tra cosa ed evento dannoso o, ancora, in due casi di danni riportati da automobilisti per strada ghiacciata, individuando una responsabilità ridotta del 40% del gestore-custode della strada a causa del concorso del danneggiato che aveva tenuto una condotta imprudente (Corte Cass. N. 2562 del 22.2.2012) o, addirittura, negando ogni responsabilità dell'ANAS ritenendo che la condotta colposa del danneggiato avesse rappresentato un fattore causale in grado di interrompere il nesso causale tra cosa ed evento dannoso (Corte Cass. N. 4251 del 16.3.2013).

In effetti, in tutte tali recenti decisioni si pone in evidenza la necessità di approfondire il contenuto della prova liberatoria ri-

chiesta dal custode, se, cioè, la stessa sia stata fornita e se sia tale da escludere in tutto o in parte la responsabilità di cui si discute. Anche tali, ulteriori, principi sono condivisi da questo Giudice e vanno, anche in questa occasione, ribaditi. Nel caso in cui l'evento danno sia da ascrivere esclusivamente alla condotta del danneggiato, la quale abbia interrotto il nesso causale tra la cosa in custodia e il danno, si verifica un'ipotesi di caso fortuito che libera il custode dalla responsabilità di cui all'art. 2051 cod. civ.: il giudizio sull'autonoma idoneità causale del fattore esterno ed estraneo deve essere adeguato alla natura ed alla pericolosità della cosa, con la conseguenza che, quanto meno essa è intrinsecamente pericolosa e quanto più la situazione di possibile pericolo è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione delle normali cautele da parte dello stesso danneggiato, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza causale del comportamento imprudente del medesimo dinamismo causale del danno, fino ad interrompere il nesso eziologico tra cosa e danno e ad escludere, pertanto, la responsabilità del custode.

L'imprudenza del danneggiato, che abbia riportato un danno a seguito di siffatta impropria utilizzazione, integra, quindi, un caso fortuito (v. anche Cass. 19.2.2008 n. 4279).

Anche di recente, la Suprema Corte ha avuto modo di ribadire che *“l'ente proprietario di una strada aperta al pubblico transito si presume responsabile, ai sensi dell'art. 2051 cod. civ., dei sinistri riconducibili alle situazioni di pericolo commesse in modo imminente alla struttura o alle pertinenze della strada stessa, indipendentemente dalla sua estensione, salvo che dia la prova che l'evento dannoso era imprevedibile e non tempestivamente evitabile o segnalabile”* (Cfr. Corte Cass., sez. III, 12.4.2013, n. 8935) o, ancora che *“La responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia, prevista dall'art. 2051 cod. civ., ha carattere oggettivo, essendo sufficiente, per la sua configurazione, la dimostrazione da parte dell'attore del verificarsi dell'evento dannoso e del suo rapporto di causalità con il bene in custodia: una volta provate queste circostanze, il custode, per escludere la sua responsabilità, ha l'onere di provare il caso fortuito, ossia l'esistenza di un fattore estraneo che, per il suo carattere di imprevedibilità e di eccezionalità, sia idoneo ad interrompere il nesso causale. Tuttavia, nei casi in cui il danno non sia l'effetto di un dinamismo interno alla cosa, scatenato dalla sua struttura o dal suo funzionamento (scoppio della caldaia, scarica elettrica, frana della strada o simili), ma richieda che l'agire umano, ed in particolare quello del danneggiato, si unisca al modo di essere della cosa, essendo essa di per sé statica e inerte, per la prova del nesso causale occorrerà dimostrare che lo stato dei luoghi presentava un'obiettiva situazione di pericolosità, tale da rendere molto probabile, se non inevitabile, il danno”* (Così Corte Cass., sez. III, 5.2.2013, n. 2660).

Orbene, applicando i sopra richiamati principi al caso in esame, risulta evidente che parte attrice ha assolto al proprio onere probatorio circa l'effettiva verifica del fatto storico per cui è causa e la sua riconducibilità eziologica all'avvallamento della sede stradale dovuto al dissesto dell'asfalto, pacificamente riconosciuto da controparte, dissesto che ancorché visibile non era prevedibile in quanto interessante un tratto di strada molto trafficato in pieno centro cittadino, né evitabile, posto che il flusso di traffico intenso e continuo non era certamente tale da consentire, per ragioni di sicurezza, manovre di scarto repentine.

Si vedano sul punto, oltre alle fotografie rappresentanti pacificamente i luoghi di causa (prodotte al sub 1 da parte attrice), la testimonianza del signor M., testimone oculare, che ha dichiarato *“Ho assistito all'incidente: mi trovavo affiancato al suo motociclo, io ero a bordo della mia moto (...) Mi trovavo un po' indietro rispetto al signor S. quando ho visto la sua ruota davanti sobbalzare*

e l'ho visto scivolare. Ho effettuato una manovra di "scarto" e ho poggiato davanti al bar degli aperitivi. Ho aiutato il signor S. a rialzarsi e l'ho accompagnato sul marciapiede di fronte al Museo. Procedevamo piano, e credo che il signor S. sia caduto a causa delle buche presenti sull'asfalto. E' caduto in prossimità delle buche"; quindi, esaminando le fotografie del luogo del sinistro (doc. 1) ha dichiarato: "la caduta mi pare sia avvenuta in prossimità del dissesto stradale che si vede al centro della strada".

Inoltre la teste M., moglie dell'attore, ha dichiarato: "Ho accompagnato mio marito dalla Croce Bianca [che l'altro teste C. ha confermato essere la Pubblica Assistenza che ha trasportato in ambulanza il signor S. al Pronto Soccorso, n.d.r.] per parlare con il Presidente visto che il signor P. diceva di avere avuto problemi sul lavoro per la testimonianza. In quella occasione, lo stesso Presidente mi rammostrò i rapporti degli interventi effettuati nello stesso luogo del sinistro di mio marito, e ricordo di avere visto una trentina di interventi nel 2011 e altrettanti nel 2012".

Entro siffatto quadro come ricostruito da parte attrice, l'Amministrazione convenuta, su cui incombeva il relativo onere, non ha introdotto in giudizio la cd. prova liberatoria a suo favore.

I convenuti si sono infatti limitati ad affermare, senza provarlo, un concorso di colpa in capo all'attore da ricondursi ad una asserita velocità eccessiva con cui il medesimo avrebbe affrontato la curva per immettersi in Via Ippolito D'Aste.

Tale circostanza, oltre a non essere stata provata, è stata smentita dalle dichiarazioni testimoniali del signor P. che ha confermato, al contrario, che l'attore procedeva a velocità moderata, circostanza del resto più che verosimile trattandosi di un tratto di strada non rettilinea bensì tra due curve, tant'è vero che l'attore era in procinto di svoltare.

Inoltre, i convenuti, riconoscendo che il tratto di strada in esame era stato interessato da numerosi cantieri che hanno a più riprese operato proprio sulla striscia di asfalto in discussione, presentante di conseguenza avvallamenti e imperfezioni, hanno ammesso la loro negligenza nell'attività di manutenzione.

Da tutto quanto premesso, risulta sussistente la responsabilità ex art. 2051 c.c. in capo ai convenuti che non hanno affatto fornito la ricorrenza, nella specie, della prova liberatoria del caso fortuito.

Da qui l'accoglimento della domanda in punto an debeatur. (...*Omissis*...)

P.Q.M.

Il Giudice, definitivamente pronunciando, contrariis reiectis:
- accoglie la domanda attorea e per l'effetto;
- condanna il Comune di Genova e AS.TER. s.p.a., in solido tra loro, al risarcimento in favore dell'attore signor S. (...*Omissis*...);

(1-2) La responsabilità della Pubblica Amministrazione per i danni provocati da beni demaniali in custodia.

Sommario: 1. La questione affrontata dal Tribunale di Genova; 2. L'art. 2043 cod. civ. e il *neminem laedere*; 3. Il nuovo orientamento giurisprudenziale: la responsabilità ex art. 2051 cod. civ. della Pubblica Amministrazione per danno provocato da un'anomalia del bene demaniale; 4. L'onere probatorio e il caso fortuito; 5. La sentenza n. 2597/2015 del Tribunale di Genova.

1. La questione affrontata dal Tribunale di Genova.

La sentenza in commento si inserisce nel dibattito giuridico relativo alla questione - di assoluta rilevanza e attualità - della responsabilità ex art. 2051 cod. civ. della Pubblica Amministrazione per danno provocato da un'anomalia del bene demaniale. Il caso trae origine da una richiesta di risarcimento danni

avanzata dall'attore nei confronti del Comune di Genova e di A.S.TER. S.p.a. (ovvero l'azienda che opera in qualità di manutentore del patrimonio stradale, impiantistico e delle aree verdi del territorio del Comune di Genova), a seguito dei danni subiti dallo stesso e dal suo ciclomotore a causa di un avvallamento, non segnalato, presente sul manto stradale, dovuto a dissesto dell'asfalto.

Naturalmente, non tutte le anomalie della strada possono dare diritto al risarcimento per eventuali danni subiti, ma solo quelle che costituiscono una "insidia" o un "trabocchetto", ovvero una situazione di pericolo occulto, oggettivamente non visibile e soggettivamente non prevedibili ed evitabili dal dall'utente del bene demaniale con l'uso dell'ordinaria diligenza.

In questi casi, qualificabili come "danni da insidia" si configura a determinate condizioni una precisa responsabilità in capo alla Pubblica Amministrazione, che, in qualità di proprietaria del bene, è tenuta a risarcire i danni cagionati agli utenti/cittadini per eventuali danni occorsi.

Dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sul fondamento giuridico della responsabilità della Pubblica Amministrazione per i danni dalle insidie stradali e gli orientamenti che si sono fronteggiati sul punto hanno tentato di ricondurre tale tipo di responsabilità nell'alveo della responsabilità aquiliana ex art. 2043 cod. civ., e in quella delle cose in custodia ex art. 2051 cod. civ. La pronuncia del Tribunale di Genova si pone sulla scia degli interventi giurisprudenziali più recenti, volti ad ampliare le ipotesi di applicabilità dell'art. 2051 cod. civ. nei casi di danni causati da beni demaniali, restringendo la regola del 2043 a funzione residuale.

2. L'art. 2043 cod. civ. e il *neminem laedere*.

L'orientamento predominante nel passato, ancorato all'idea che la responsabilità della Pubblica Amministrazione per le insidie stradali dovesse configurare una normale ipotesi di responsabilità per colpa, propendeva per ricondurre la disciplina dei danni riportati dall'utente della strada all'art. 2043 cod. civ. e, al contempo, negava l'applicabilità alla Pubblica Amministrazione la disciplina di cui all'art. 2051 cod. civ..

Secondo tale indirizzo la presunzione di responsabilità per danni da cose in custodia sarebbe esclusa per gli enti pubblici relativamente ai danni subiti dagli utenti di un bene demaniale ogni qualvolta sullo stesso, per le sue caratteristiche, sia esclusa la possibilità della custodia: ciò che avverrebbe segnatamente per il demanio stradale, avuto riguardo all'estensione e all'utilizzazione generale e diretta dello stesso da parte di terzi.

Viceversa, tali danni sarebbero regolati dalla clausola generale della responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043, per cui il danneggiato che agisca per il risarcimento contro la pubblica amministrazione deve soddisfare un *onus probandi* più gravoso, trovandosi costretto a provare il collegamento causale dell'evento dannoso con l'insidia o il trabocchetto, elementi costitutivi della colpa della pubblica amministrazione nella manutenzione delle strade.

In base ai principi del *neminem laedere*, la P.A. è tenuta a conservare il proprio patrimonio stradale in uno stato tale che gli utenti/cittadini non debbano trovarsi in situazioni di pericolo; tuttavia, se il pericolo può essere facilmente previsto e risulta essere facilmente evitabile, una eventuale imprudenza di chi transita sulla strada pubblica può diventare determinante nella verifica del danno.

3. Il nuovo orientamento giurisprudenziale: la responsabilità ex art. 2051 cod. civ. della Pubblica Am-

ministrazione per danno provocato da un'anomalia del bene demaniale.

Come si è detto, tale orientamento (peraltro già da tempo criticato dalla più accorta dottrina, poiché esso costituirebbe un ingiustificato privilegio per la pubblica amministrazione e, di riflesso, un ingiustificato deteriore trattamento per gli utenti danneggiati, e comunque contrastato da un - ancorché minoritario - diverso orientamento, espresso, *ex pluribus*, da Cass. Civ. 27 gennaio 1988, n. 723; Cass. Civ., 21 maggio 1996, n. 4673; Cass. Civ., 22 aprile 1998, n. 4070; Cass. Civ. 20 novembre 1998, n. 11479) è stato oggetto di un recente, fondamentale *révirement* con il quale si è progressivamente affermata e consolidata una diversa (e più evoluta) impostazione.

La prima, significativa svolta è avvenuta ormai alcuni anni orsono con l'ormai celeberrima sentenza Cass. Civ., Sez. III, 6 luglio 2006, n. 15383, in cui, recependo parzialmente alcuni precedenti arresti (cfr. in particolare Cass. Civ. 1° ottobre 2004 n. 19653 e Cass. Civ. 15 gennaio 2003, n. 488), la Cassazione ha svolto un'approfondita e articolata analisi della problematica giuridica in oggetto, affermando i seguenti principi:

a) ferma restando la presunzione di responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia anche nell'ipotesi di beni demaniali, la stessa ha carattere meramente oggettivo, esigendo soltanto la sussistenza di un nesso causale tra il bene in custodia e il danno arrecato; per cui essa non è applicabile ogni volta che su di esso, per le sue caratteristiche, non sia possibile esercitare la custodia intesa quale potere di fatto sulla cosa (posto che, se il potere di controllo è oggettivamente impossibile, non vi è custodia, né quindi può esservi responsabilità);
 b) di conseguenza, l'estensione del bene demaniale e l'utilizzazione generale e diretta dello stesso da parte di terzi, sotto tale profilo assumono soltanto la funzione di circostanze sintomatiche dell'impossibilità della custodia da parte della pubblica amministrazione; così come elemento sintomatico della possibilità di custodia è, per contro, l'ubicazione della strada nel perimetro urbano delimitato dallo stesso comune;
 c) al riguardo non può perciò rilevare la condotta del custode e l'osservanza o no di un obbligo di vigilanza, in quanto tale responsabilità può essere esclusa dal caso fortuito, inteso quale fattore che attiene al profilo causale dell'evento, riconducibile a un elemento esterno recante i caratteri dell'oggettiva imprevedibilità ed inevitabilità;
 d) può rilevare, invece, il comportamento colposo del danneggiato nell'uso del bene demaniale, che può escludere la responsabilità della pubblica amministrazione, qualora esso risulti idoneo ad interrompere il nesso eziologico tra la causa del danno e il danno stesso, ovvero integrare un concorso di colpa ai sensi dell'art. 1227, comma 1, cod. civ., con conseguente proporzionale diminuzione della responsabilità del danneggiante.

Secondo quanto affermato dalla Suprema Corte, quindi: *“La presunzione di responsabilità per danni da cosa in custodia, di cui all'art. 2051 c.c., non si applica agli enti pubblici per danni subiti dagli utenti di beni demaniali ogni qual volta sul bene demaniale, per le sue caratteristiche, non risulti possibile - all'esito di un accertamento da svolgersi da parte del giudice di merito in relazione al caso concreto - esercitare la custodia, intesa quale potere di fatto sulla stessa. L'estensione del bene demaniale e l'utilizzazione generale e diretta dello stesso da parte di terzi, sotto tale profilo assumono, soltanto la funzione di circostanze sintomatiche dell'impossibilità della custodia. Alla stregua di tale principio, con particolare riguardo al demanio stradale, la ricorrenza della custodia deve essere esaminata non soltanto con riguardo all'estensione della strada, ma anche alle sue caratteristiche, alla posizione,*

alle dotazioni, ai sistemi di assistenza che li connotano, agli strumenti che il progresso tecnologico appresta, in quanto tali caratteristiche assumono rilievo condizionante anche delle aspettative degli utenti. (...) In quest'ottica, per le strade comunali - salvo il vaglio in concreto del giudice di merito - circostanza eventualmente sintomatica della possibilità della custodia è che la strada, dal cui difetto di manutenzione è stato causato il danno, si trovi nel perimetro urbano delimitato dallo stesso comune”.

Infatti, la localizzazione della strada all'interno del perimetro urbano del Comune, dotato di una serie di opere di urbanizzazione nonché, più in generale, di pubblici servizi che direttamente o indirettamente sono sottoposti ad attività di controllo e vigilanza costante da parte del Comune, denotano la possibilità di un effettivo controllo e vigilanza della zona (sicché, evidentemente, non può sostenersi che eguale attività risulti impossibile in relazione al demanio stradale), e quindi la conseguente responsabilità *ex art. 2051 cod. civ.*

Tale pronuncia è stata poi confermata da molte altre in senso conforme, tanto che l'orientamento sopra richiamato risulta ormai predominante e anzi consolidato nella giurisprudenza sia di legittimità sia di merito, anche recentissima:

- **Cass. Civ., sez. III, 12 luglio 2006, n. 15779**, per cui *“In tema di risarcimento del danno, con riferimento alla responsabilità per danno cagionato da cose in custodia dall'ente proprietario di strade demaniali, configurandosi il rapporto di custodia di cui al citato articolo 2051 cod. civ. come relazione di fatto tra un soggetto e la cosa, tale da consentirne “il potere di governo” (da intendersi come potere di controllarla, di eliminare le situazioni di pericolo che siano insorte e di escludere i terzi dal contatto con la cosa), solo l'oggettiva impossibilità di esercitare tali poteri vale ad escludere quel rapporto per gli effetti di cui alla norma in questione, che configura la responsabilità del custode come oggettiva, salva la prova del fortuito, da intendersi come fatto idoneo ad interrompere il nesso causale fra la cosa e l'evento produttivo del danno e da provarsi dal custode. Figura sintomatica della sussistenza dell'effettivo potere di controllo su una strada del demanio stradale è rappresentato dall'essere la stessa ubicata all'interno della perimetrazione del centro abitato (art. 41 quinquies l. 17 agosto 1942 n. 1150, come modificato dall'art. 17 l. 6 agosto 1967 n. 765; art. 4 d.lg. 30 aprile 1992 n. 285; art. 9 d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380)”*;
- **Cass. Civ., 26 settembre 2006, n. 20823**, per cui parimenti *“(…) la localizzazione della strada all'interno della pavimentazione del centro abitato - art. 41 quinquies l. n. 1150 del 1942 e succ. mod. è indice della possibilità di vigilanza e controllo su di essa da parte del Comune”*;
- **Cass. Civ., sez. III, 8 marzo 2007, n. 5038**, la quale (cassando la sentenza della Corte di Appello di Genova del 3 dicembre 2002) ha ribadito che *“L'estensione del bene demaniale e l'utilizzazione generale e diretta dello stesso da parte di terzi sono solo figure sintomatiche dell'impossibilità della custodia da parte della pubblica amministrazione, mentre elemento sintomatico della possibilità di custodia del bene del demanio stradale comunale è che la strada, dal cui difetto di manutenzione è stato causato il danno, si trovi nel perimetro urbano delimitato dallo stesso comune”*;
- **Cass. Civ., sez. III, 15 ottobre 2010, n. 21328**, per cui *“La presunzione di responsabilità per danni da cosa in custodia, prevista dall'art. 2051 c.c., si applica per i danni subiti dagli utenti dei beni demaniali, tra i quali le strade, tutte le volte in cui sia possibile, da parte dell'ente proprietario o che abbia la disponibilità e il godimento della “res”, la custodia intesa come potere di fatto o signoria sul bene medesimo, la cui ricorrenza deve essere verificata caso per caso dal giudice del merito non sol-*

tanto con riguardo all'estensione della strada, ma anche alle sue caratteristiche, alla posizione, alle dotazioni, ai sistemi di assistenza, di sicurezza, di segnalazioni di pericolo, generico e specifico”;

- **Cass. Civ., sez. III, 18 ottobre 2011, n. 21508**, in cui si afferma: “*In questa direzione si è orientata negli ultimi anni la giurisprudenza di questa Corte, i cui più recenti arresti hanno segnalato, con particolare riguardo al demanio stradale, la necessità che la configurabilità della possibilità in concreto della custodia debba essere indagata non soltanto con riguardo all'estensione della strada, ma anche alle sue caratteristiche, alla posizione, alle dotazioni, ai sistemi di assistenza che lo connotano, agli strumenti che il progresso tecnologico appresta, in quanto tali caratteristiche acquistano rilievo condizionante anche delle aspettative degli utenti, rilevando ancora, quanto alle strade comunali, come figura sintomatica della possibilità del loro effettivo controllo, la circostanza che le stesse si trovino all'interno della perimetrazione del centro abitato (v. Cass. n. 21328 e 21329/10; 12695/10; 24529/09; 9546/09; 3651/06; 15384/06)*”;
- **Cass. Civ., sez. II, 15 gennaio 2013, n. 783**, fattispecie concernente la presenza di un pneumatico sulla sede stradale, nella quale è stata affermata la responsabilità dell'ente negligente, che non ha provato il caso fortuito;
- **Cass. Civ., sez. III, 10 dicembre 2012, n. 22385**, fattispecie in cui è stato ritenuto sussistente il caso fortuito relativamente ad un sinistro occorso ad un automobilista che, per evitare un ramo caduto improvvisamente a causa del vento eccezionale, aveva urtato contro un albero; era emerso, infatti, che gli alberi posti ai margini della strada in questione erano stati potati pochi mesi prima del fatto, ciò che escludeva la possibilità di imputare all'ente gestore della strada una qualsivoglia negligenza nella manutenzione;
- **Cass. Civ., 21 settembre 2012, n. 16057**, secondo cui “*L'ente proprietario di strada aperta al pubblico transito si presume responsabile dei sinistri riconducibili alle situazioni di pericolo connesse alla struttura o alle pertinenze della strada medesima, salvo il fortuito. La responsabilità di custodia decade solo in presenza di cause estemporanee ed estrinseche al bene demaniale*”;
- **Cass. Civ., 18 aprile 2012 n. 6062**, secondo cui “*L'ente proprietario di una strada aperta al pubblico transito si presume responsabile, ai sensi dell'art. 2051 c.c., dei sinistri riconducibili alle situazioni di pericolo strettamente connesse alla struttura o alle pertinenze della strada stessa, indipendentemente dalla sua estensione. Tale responsabilità è esclusa solo dal caso fortuito, che non può consistere sia in una alterazione dello stato dei luoghi imprevista, imprevedibile e non tempestivamente eliminabile a segnalabile nemmeno con l'uso dell'ordinaria diligenza, sia nella condotta della stessa vittima, ricollegabile all'omissione delle normali cautele esigibili in situazioni analoghe (riconosciuto, nella specie, il risarcimento del danno patito da un cittadino che era caduto nella piazza coperta da sottile lastra di ghiaccio, atteso che il Comune, che aveva la piena custodia dell'area pubblica sita nel centro della città, non aveva dimostrato l'esistenza di un fattore estraneo che, per il carattere dell'imprevedibilità e dell'eccezionalità, poteva ritenersi idoneo ad interrompere il suddetto nesso eziologico fra la cosa in custodia e l'evento lesivo)*”;
- **Cass. Civ., sez. III, 18 febbraio 2014, n. 3793**, per cui “*La responsabilità della P.A. ex art. 2051 c.c. sui beni di sua proprietà, ivi comprese le strade aperte al pubblico transito in relazione ai sinistri causati dalla particolare conformazione della*

strada o delle sue pertinenze, è esclusa solo dal caso fortuito, che può consistere, sia in una alterazione dello stato dei luoghi imprevista, imprevedibile e non tempestivamente eliminabile o segnalabile ai conducenti nemmeno con l'uso dell'ordinaria diligenza, sia nella condotta della stessa vittima, consistita nell'omissione delle normali cautele esigibili in situazioni analoghe e che, attraverso l'impropria utilizzazione del bene pubblico, abbia determinato l'interruzione del nesso eziologico tra lo stesso bene in custodia ed il danno (condannato il Comune a risarcire l'automobilista che, a causa di una buca ricolma d'acqua, perdeva il controllo del veicolo finendo fuori strada)”;

Anche la giurisprudenza di merito ha recepito detto orientamento, e così:

- **Tribunale Roma, 2 settembre 2009, n. 17882**, per cui “*l'art. 2051 cod. civ. trova applicazione ogni qualvolta nel caso concreto non sia ravvisabile l'oggettiva impossibilità di un esercizio del potere di controllo dell'ente sul bene in custodia, determinata dal suo uso generale da parte dei terzi e dalla sua notevole estensione per i sinistri avvenuti sulle strade dei centri urbani, dove l'elemento sintomatico della possibilità di custodia del bene del demanio stradale comunale è che la strada si trovi nel perimetro urbano delimitato dallo stesso Comune*”;
- **Tribunale Bari, 9 dicembre 2009, n. 3644**, per cui “*Il bene costituito da una strada aperta al pubblico transito posta in pieno centro abitato, fa sì che non possa ritenersi ricorrente una situazione di oggettiva impossibilità di custodia da parte dell'ente pubblico proprietario della stessa, in quanto, nell'ambito del perimetro urbano, le strade rappresentano aree circoscritte, sulle quali è ben possibile per l'amministrazione comunale l'esercizio della custodia ed il controllo di manutenzione idonea ad impedire l'insorgenza di eventi pregiudizievoli per i pedoni. Di guisa che ricorre la presunzione di responsabilità di cui all'art. 2051, c.c., a carico del Comune per i danni subiti dall'utente, laddove quest'ultimo non fornisca alcuna prova liberatoria in relazione alla ricorrenza di un caso fortuito*”;
- **Tribunale Palermo, 13 luglio 2010, n. 3407**, per cui “*essendo ormai definitivamente disconosciuta la categoria giuridica della «insidia-trabocchetto», che si risolveva in un ingiustificato aggravio dell'onere probatorio per il danneggiato rispetto al dettato dell'art. 2043 cod. civ., il Comune, quale custode tenuto all'obbligo di manutenzione, deve rispondere ex art. 2051 cod. civ. per i danni subiti a seguito di una caduta derivante da una buca o da un avvallamento presenti sulla strada*”;
- **Corte di Appello Venezia, 21 febbraio 2014, n. 420**, secondo cui “*L'ente proprietario di una strada aperta al pubblico transito si presume responsabile, ai sensi dell'art. 2051 c.c., dei sinistri riconducibili alle situazioni di pericolo connesse in modo immanente alla struttura o alle pertinenze della strada stessa, indipendentemente dalla sua estensione, salvo che dia la prova che l'evento dannoso era imprevedibile e non tempestivamente evitabile o segnalabile*” (nella specie, è stato escluso un concorso colposo della vittima, giacché ritenuto un comportamento ordinariamente cauto quello del pedone che cammina semplicemente guardando avanti - non essendo esigibile, in tratto di strada normale, privo di segnalazioni di pericolo o di divieto di accesso, una condotta di particolare attenzione a sconnessioni del fondo stradale, che, in linea teorica, senz'altro non dovrebbero esservi e che presentano intrinseca pericolosità -, la Corte ha respinto la domanda del Comune fondata sull'assunto che la “buca” fosse facilmente avvistabile);
- **Tribunale Savona, 29 aprile 2014**, (in cui il Comune è stato condannato a risarcire un automobilista che aveva perso il controllo della vettura a causa di una buca ricolma d'acqua).

4. L'onere probatorio e il caso fortuito.

Mentre il precedente orientamento poneva a carico dell'utente/cittadino danneggiato dal bene demaniale il gravoso compito di fornire la prova dell'elemento soggettivo, il nuovo orientamento, inquadrando la responsabilità della Pubblica Amministrazione nella disciplina dell'art. 2051 cod. civ., determina una inversione dell'*onus probandi*.

Infatti, la responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia ha carattere oggettivo: pertanto, affinché essa possa configurarsi in concreto è sufficiente la sussistenza del "nesso di causalità" tra il bene in custodia e il danno provocato, a nulla rilevando, ai fini dell'esclusione della responsabilità stessa, la condotta del custode o l'osservanza o meno dell'obbligo di vigilanza e di controllo da parte di quest'ultimo, potendo costui venire esonerato da responsabilità solo dalla prova che il fatto dannoso sia riconducibile al caso fortuito. Sul piano processuale, ciò comporta che il cittadino che chiede il risarcimento alla Pubblica Amministrazione per i danni subiti dal bene in custodia deve dimostrare l'evento dannoso e il nesso di causalità tra il bene e l'evento dannoso, mentre la Pubblica Amministrazione può esimersi da responsabilità soltanto dimostrando il "caso fortuito".

Il "caso fortuito" può essere integrato anche dalla prova che la situazione di pericolo stata provocata dall'utente/cittadino che ha subito il danno.

Infatti, nell'accertamento concreto della responsabilità della Pubblica Amministrazione assume rilievo anche il comportamento del danneggiato, che può avere rilevanza sotto il profilo del concorso di colpa e può addirittura integrare un'ipotesi di caso fortuito.

L'utente della strada è tenuto ad adottare l'ordinaria diligenza richiesta al fine di evitare, o contribuire ad evitare, l'avverarsi dell'evento dannoso, per cui se un dissesto della strada è visibile e prevedibile, l'utente ha il dovere di evitarlo. Il comportamento colposo del soggetto danneggiato nell'uso del bene demaniale può comportare una diminuzione del risarcimento o addirittura la perdita di ogni possibile ristoro dei danni, se esso è tale da interrompere il nesso causale tra la causa del danno e il danno stesso (art. 1227 cod. civ.).

È quindi onere della Pubblica Amministrazione provare che l'evento dannoso sia stato, in tutto o in parte, determinato dal comportamento stesso del danneggiato, il quale dovrà dimostrare il contrario.

5. La sentenza n. 2597/2015 del Tribunale di Genova.

Nell'ambito del sopra descritto, più recente, orientamento giurisprudenziale si inserisce la sentenza in commento, nella quale il Tribunale di Genova ritiene debba configurarsi in capo alla Pubblica Amministrazione, nella sua incontestata qualità di custode dei luoghi di causa, la sussistenza di un rapporto di custodia dei medesimi ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2051 cod. civ..

Poiché la fattispecie introdotta dalla citata norma individua un'ipotesi di responsabilità oggettiva, il Giudice procede ad analizzare il contenuto della prova liberatoria richiesta al custode, nel senso di approfondire se essa sia stata fornita e se sia tale da escludere in tutto o in parte la responsabilità della Pubblica Amministrazione.

E' evidente, infatti, che, come si legge in sentenza, "nel caso in cui l'evento danno sia da ascrivere esclusivamente alla condotta del danneggiato, la quale abbia interrotto il nesso causale tra la cosa in custodia e il danno, si verifica un'ipotesi di caso fortuito che libera il custode dalla responsabilità di cui all'art. 2051 cod. civ.: il giudizio sull'autonoma idoneità causale del fattore esterno ed

estraneo deve essere adeguato alla natura ed alla pericolosità della cosa, con la conseguenza che, quanto meno essa è intrinsecamente pericolosa e quanto più la situazione di possibile pericolo è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione delle normali cautele da parte dello stesso danneggiato, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza causale del comportamento imprudente del medesimo dinamismo causale del danno, fino ad interrompere il nesso eziologico tra cosa e danno e ad escludere, pertanto, la responsabilità del custode".

Applicando il principio richiamato alla fattispecie concreta, il Tribunale di Genova giunge a ritenere che parte attrice abbia assolto al proprio onere probatorio circa l'effettiva verifica del fatto storico e la sua riconducibilità eziologica all'avvallamento della sede stradale dovuto al dissesto dell'asfalto, peraltro pacificamente riconosciuto dalla Pubblica Amministrazione, dissesto che ancorché visibile non era prevedibile in quanto interessante un tratto di strada molto trafficato in pieno centro cittadino, né evitabile, posto che il flusso di traffico intenso e continuo non era certamente tale da consentire, per ragioni di sicurezza, manovre di scarto repentine.

Al contrario, secondo il Giudice, la Pubblica Amministrazione, sulla quale incombeva il relativo onere, non ha introdotto in giudizio la prova liberatoria a suo favore.

Infatti, la predetta si è limitata ad affermare, senza provarlo, un concorso di colpa in capo al danneggiato da ricondursi ad una asserita velocità eccessiva con cui il medesimo avrebbe affrontato la curva per immettersi nella strada interessata dal dissesto. Tale circostanza - continua la sentenza in commento - oltre a non essere stata provata, è stata smentita dalle dichiarazioni testimoniali che hanno confermato, al contrario, che il danneggiato procedeva a velocità moderata, circostanza del resto più che verosimile, trattandosi di un tratto di strada non rettilinea, bensì tra due curve.

Inoltre, la Pubblica Amministrazione ha ammesso la propria negligenza nell'attività di manutenzione, riconoscendo che il tratto di strada era stato interessato da numerosi cantieri che hanno a più riprese operato proprio sulla striscia di asfalto in discussione, il quale presentava di conseguenza avvallamenti e imperfezioni.

Avv. Francesca Caimo

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 29 dicembre 2015, n. 1412 - Pres. D'Arienzo - Rel. Atzeni - Ditta individuale A (Avv.ti Di Feo e Taddei) c. S s.p.a., in precedenza M s.p.a. (Avv.ti Scalia, Paragallo e Bendonì).

SUBFORNITURA - attività produttive - abuso di dipendenza economica - requisiti - esclusione dalla trattive commerciali - sussistenza dell'abuso nel caso di specie.

(Art. 9 della Legge n. 192/1998)

L'abuso di dipendenza economica, vietato dall'art. 9 della Legge 1998/192, presuppone due requisiti: il primo implica una situazione economica in cui un'impresa approfittando di una posizione di forza nei riguardi di un'altra impresa con minor potere contrattuale, determini un eccessivo squilibrio nei rapporti commerciali con quest'ultima, valutata la possibilità per tale ultima di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. Il secondo requisito è conseguenza ulteriore di detta situazione e può consistere anche - non tassativamente - nel rifiuto di vendere o nella imposizione di condizioni ingiustificatamente discriminatorie o gravose o nell'arbitraria interruzione delle relazioni commerciali già in atto.

L'abuso in questione si concretizza nell'ambito di "rapporti commerciali di natura contrattuale", cosicché detto abuso può ravvisarsi nella posizione di dipendenza economica di un'impresa nei riguardi di altra, che ne determini l'esclusione da trattative commerciali.

(...Omissis...)

Ragioni in fatto ed in diritto della decisione.

1. Sul processo di primo grado.

1.1. Con atto di citazione in riassunzione notificato in data 3.4.2009 A, in proprio e quale ex titolare della Ditta Individuale A, conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale di Genova la S S.P.A., già M S.p.a., per sentir dichiarare la convenuta responsabile dei comportamenti illegittimi accertati con la sentenza n. 26178/2004 del Tribunale di Roma, passata in giudicato, per essersi appropriata di circa il 70% di quanto spettante all'attore per il subappalto di cui al relativo contratto concluso tra le parti, in violazione dell'art. 2043 c.c.; accertare e dichiarare la violazione da parte della stessa S S.P.A. (già M s.p.a.) dell'art. 1175 c.c. per aver cercato di sottrarsi alle norme contrattuali ed alla legge; accertare e dichiarare la convenuta responsabile dei comportamenti in violazione della normativa sul diritto d'autore avendo asseritamente sottratto ed utilizzato dei disegni progettuali della ditta A; accertare e dichiarare la convenuta responsabile dei comportamenti in violazione della normativa sulla concorrenza sleale avendo la S S.P.A. (già M s.p.a.) programmato e posto in essere comportamenti tesi ad escludere la Ditta Individuale A da qualsiasi lavoro di fornitura di antenne paraboliche, determinando un danno e financo la chiusura della stessa ditta.

L'attore chiedeva quindi la condanna della convenuta al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali, del danno morale quantificabili in euro 3.000.000,00 o nella somma inferiore ritenuta di giustizia anche in via equitativa ex art. 1226 c.c.

1.2. La S S.P.A. (già M s.p.a.) si costituiva in giudizio contestando gli assunti attorei e chiedendo il rigetto di tutte le domande proposte.

1.3. Il Tribunale rigettava le domande dell'attore condannandolo al pagamento delle spese di lite a favore della convenuta.

2. Sui motivi d'impugnazione.

Avverso tale sentenza ha proposto impugnazione A in proprio e quale ex titolare della Ditta Individuale A, lamentando:

2.1- l'erroneità della decisione del Tribunale nella parte in cui ha ritenuto di rigettare le prime due domande formulate dall'attore in quanto coperte dal giudicato esterno inerente alla sentenza del Tribunale di Roma citata.

Ad avviso dell'appellante tali domande sarebbero diverse per *petitum* e *causa petendi* da quelle oggetto della pronuncia del Tribunale di Roma, vertendo tale ultimo giudizio sulla responsabilità contrattuale della M s.p.a. ora S ed il presente giudizio sulla responsabilità extracontrattuale della stessa;

2.2. l'erronea valutazione della fondatezza della domanda relativa all'utilizzo da parte dell'appellata dei disegni progettuali della Ditta A.

Il Tribunale avrebbe in particolare errato laddove ha ritenuto che "le invenzioni ed i modelli d'utilità trovano la loro disciplina nella legislazione sulla proprietà industriale" che l' "A non ha allegato l'esistenza di un proprio diritto di privativa sulle specifiche fornite alla M, che ... sono divenute di pubblico dominio".

Assume l'appellante che egli elaborava, disegnava e proponeva alla M una modifica progettuale - c.d. specifica - dell'antenna oggetto della subfornitura richiesta, migliorativa delle prestazioni di tale strumento. Costituendo così detta modifica un'opera dell'ingegno del medesimo A.

Ciò sarebbe provato dalle deposizioni dei testi escussi (teste C). Inoltre poiché il progetto suindicato non costituirebbe una nuova

invenzione, né una nuova antenna l'appellante non avrebbe potuto ottenerne il brevetto.

2.3. l'omessa ed erronea valutazione dei documenti e delle prove acquisite in giudizio con riferimento all'abuso di dipendenza economica, avendo il primo giudice ritenuto che "la condotta della S possa in astratto integrare un abuso della propria posizione dominante, diretta a danneggiare l'A, però con il limite che i fatti dedotti sono collocabili soltanto nel 1996 e quindi prima dell'entrata in vigore della L. 192/98, non essendo stati dedotti specifici episodi temporalmente successivi all'entrata in vigore di tale normativa.

Assume per contro l'appellante che i fatti integranti l'abuso di detta posizione della M sono successivi al 1998-99 e risulterebbero provati dalla documentazione in atti e dalle dichiarazioni rese dai testi escussi, valutate alla luce della mancata risposta all'interrogatorio formale da parte del Legale rappresentante della società convenuta.

3. La S s.p.a. (già M s.p.a.) si è costituita in giudizio chiedendo il rigetto dell'appello e proponendo appello incidentale teso alla condanna dell'appellante al risarcimento dei danni ex art. 96 c.p.c.

4. L'appello è in parte fondato.

4.1. Non può trovare accoglimento il primo motivo d'impugnazione. Correttamente il primo giudice ha infatti osservato che l'attore ha chiesto nel giudizio che occupa la condanna della convenuta al risarcimento dei danni conseguenti ai comportamenti illegittimi accertati dal Tribunale di Roma, ma sotto diverso profilo - rispetto a tale ultimo processo - deducendone la responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 ed altresì la responsabilità ex art. 1175 c.c.

Al riguardo, la società convenuta ha formulato eccezione di giudicato esterno che il Tribunale di Genova ha accolto.

Invero, è operante nel caso di specie il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile.

La condivisibile giurisprudenza di legittimità ha chiarito che: "ai fini dell'accertamento della preclusione derivante dall'esistenza di un giudicato esterno, fondamentale ed imprescindibile risulta, oltre all'identificazione della statuizione contenuta nella precedente decisione, il raffronto della stessa con l'oggetto specifico del processo nell'ambito del quale il giudicato dovrebbe fare stato, e quindi il riscontro dell'esistenza di una relazione giuridica tra i diritti dedotti nei due giudizi". (cfr. Cass., n. 2438/2007).

Come anche evincibile dalla formulazione delle due domande dell'attore /appellante nel presente giudizio la responsabilità invocata della società appellata è sempre eziologicamente correlata ai comportamenti illegittimi da questa posti in essere ed accertati dal Tribunale di Roma.

Pertanto, in virtù del principio esposto, l'appellante avrebbe dovuto proporre la relativa domanda di risarcimento del danno ex artt. 2043 e 1175 c.c. afferente ai fatti accertati dalla sentenza del Tribunale di Roma, dinanzi a tale Autorità Giudiziaria.

4.2. Neppure è fondato il secondo motivo d'impugnazione.

Al riguardo la condivisibile giurisprudenza della Suprema Corte ha affermato che "il carattere creativo e la novità dell'opera sono elementi costitutivi del diritto d'autore sull'opera dell'ingegno; ne consegue che, prima ancora di verificare se un'opera possa costituire plagio di un'altra, il giudice del merito deve verificare se quest'ultima abbia o meno i requisiti per beneficiare della protezione richiesta, e ciò sia sotto il profilo della compiutezza espressiva, sia sotto il profilo della novità" (cfr. Cass., n. 24594/2005; Cass. n. 25173/2011).

Occorre dunque verificare nel caso di specie se la c.d. specifica fornita dalla ditta A alla M s.p.a. abbia i caratteri della compiutezza progettuale e della novità.

Alcuna prova è stata fornita al riguardo da parte dell'attore /appellante.

Sul punto, infatti, i testi escussi si sono espressi in maniera estremamente generica. In particolare il teste C, l'unico citato dall'appellante a sostegno dell'impugnazione, ha dichiarato "in genere la specifica di un progetto veniva realizzata con la collaborazione di più fornitori o comunque attingendo informazioni sul mercato. Più raramente poteva succedere che fosse reperito sul mercato un prodotto che rispondeva perfettamente alle esigenze della M; non ricordo come sia stata elaborata la specifica delle antenne per un periodo fornite dalla ditta A, tuttavia credo che la stessa abbia collaborato alla realizzazione della specifica".

Come detto, ciò che deve esser preliminarmente accertato dal giudice di merito è la compiutezza e la novità dell'opera dell'ingegno.

Dalla deposizione del teste C nulla è emerso al riguardo.

Né maggior luce fanno sul punto le mancate risposte all'interrogatorio formale del legale rappresentante della S.S.P.A. (già M s.p.a.). E' ben vero che ai sensi dell'art. 232 c.p.c. il collegio può ritenere come ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio, valutato ogni altro elemento di prova. Ma nello specifico non vi è alcun elemento di riscontro alle circostanze oggetto di interpello.

Né ciò può esser rinvenuto nel disegno prodotto sub 2 dall'attore, in cui si legge nell'intestazione "Disegno indicativo".

Neppure risultano d'ausilio le deposizioni degli ulteriori testi escussi (L, H, G), i quali nulla hanno riferito in ordine alle caratteristiche della specifica in questione.

Pertanto, la genericità delle deposizioni testimoniali assunte e della documentazione in atti non consente di valutare tali dati ai fini indicati dalla disposizione di cui all'art. 232 c.p.c.

Non è dunque risultato provato che l'opera svolta dalla Ditta A abbia avuto quelle caratteristiche di compiutezza e di novità tali da poterla qualificare come opera dell'ingegno, tutelata dalla normativa del diritto d'autore.

4.3. Merita invece accoglimento il terzo motivo d'impugnazione.

Al riguardo si osserva che il Tribunale ha ritenuto non applicabile al caso di specie la normativa di cui alla L. 192/98, pur valutando che "la condotta della S possa in astratto integrare un abuso della propria posizione dominante, diretta a danneggiare l'A "peraltro "con il limite che i fatti dedotti sono collocabili soltanto nel 1996 e quindi prima dell'entrata in vigore della L. 192/98, non essendo stati dedotti specifici episodi temporalmente successivi all'entrata in vigore di tale normativa".

Tuttavia, si osserva che dall'esame della documentazione prodotta dall'attore e dalle dichiarazioni rese da numerosi testi escussi risulta che i fatti integranti secondo l'appellante l'abuso dedotto si sono verificati negli anni 1999 - 2003.

In particolare il teste L, titolare della ditta T, ha dichiarato: "intorno agli anni 1998-1999 la ditta M invece di rivolgersi ad A come capo commessa si rivolsero direttamente alla mia ditta dicendomi che non volevano più avere nulla a che fare con il sig. A. Precisai alla M che non ero in grado di fornire il prodotto funzionante ma dovevo rivolgermi a qualcuno per la parte elettronica; quando feci il nome di A mi dissero di no e la M mi indicò altra ditta... mi negarono la possibilità che il sig. A partecipasse direttamente e/o indirettamente ai lavori".

Tali risultanze sono confermate anche dal teste H, il quale ha riferito: "avevo una ditta di elettronica la TA, collaboravo con diverse ditte tra cui la T. il sig. G." - dipendente della M s.p.a. - "venne personalmente presso la mia ditta per conoscermi e per verificare la mia competenza specifica nel ramo, facendomi capire, però non dicendolo espressamente, che la M non voleva avere nulla a che fare con A".

Dello stesso tenore sono le dichiarazioni del teste C, il quale ha

riferito che la M smise di rifornirsi dalla A e si rivolse per analoghe commesse ad altre imprese quali la T.

Occorre rilevare altresì che il Legale rappresentante della S.S.p.a. (già M s.p.a.) senza addurre un giustificato motivo non si è presentato a rendere l'interrogatorio formale ammesso dal Tribunale (capitoli di prova F escluso il periodo da "la richiesta" a "reazione" H, I escluse le parole "e sue controllate" v. ordinanza del primo giudice del 14.6.2010 e verbale d'udienza del 7.10.2010). Valutati gli elementi di prova emersi dalle deposizioni testimoniali, unitamente alle mancate risposte della convenuta all'interrogatorio suddetto, può ritenersi dimostrato che (capo F) "la M cancellava la Ditta ed il sig. A dal proprio albo dei fornitori, nonché da quello delle società da essa controllate, escludendolo da qualsiasi gara e trattativa privata" e che inoltre (capo L) "in sede di produzione e di collaudo delle antenne la M pretendeva di verificare che presso le citate ditte" - dalle quali evidentemente si riforniva in luogo della ditta A - "i responsabili fossero diversi dal sig. A, chiedendo financo di poterli conoscere".

Ciò avviene, pertanto, come precisato dal teste L, a decorrere dal 1998-1999.

Si rileva altresì che la causa promossa dal sig. Antonello dinanzi al Tribunale di Roma contro la M s.p.a. ha avuto inizio proprio nell'anno 1999, come risulta dalla relativa sentenza in atti, afferente al procedimento iscritto al R.G. affari contenziosi anno 1999 (v. intestazione sentenza del Tribunale di Roma doc. 6 produz. attorea)

In tale giudizio il sig. A esponeva che la M s.p.a. faceva parte di un raggruppamento d'impresе di cui era mandataria la società E - con cui il Ministero della Difesa aveva stipulato il 16.12.94 un contratto d'appalto per la fornitura in opera di un sistema di comunicazioni radio - e che per l'esecuzione di detto contratto la M s.p.a. concludeva con la Ditta A altro contratto di subappalto per la fornitura in opera di 24 antenne paraboliche e 24 posizionatori zenitali. Il tutto esigendo dalla predetta A un ribasso sul prezzo della merce, dichiarando che il corrispettivo complessivo non poteva esser superiore a £ 90.000.000.

Tuttavia con nota del 29.2.1996 il Ministero della Difesa aveva comunicato alla E, e per conoscenza all'attore, l'autorizzazione al subappalto per l'importo di £ 280.900.000 IVA esente; cosicché la Ditta A deduceva di aver diritto ex art. 1339 c.c. all'integrazione del prezzo ed altresì al risarcimento del danno ex art. 1224 c.c. Il giudizio dinanzi al Tribunale di Roma si concludeva con sentenza non appellata e passata in giudicato, con la quale, in accoglimento delle domande attoree, il corrispettivo spettante all'attore veniva ritenuto in £ 224.720.000, cosicché la M s.p.a. veniva condannata al pagamento alla Ditta A della somma residua di £ 134.723.000 (decurtato l'importo già ricevuto dallo stesso attore) oltre interessi legali dalla domanda, nonché al risarcimento del danno ex art. 1224 c.c. liquidato in via equitativa nella misura della differenza tra il saggio legale e il prime rate ABI.

4.4. Tanto premesso, con riferimento al caso che occupa, le risultanze istruttorie suesposte hanno dimostrato la condotta posta in essere dalla M s.p.a. tesa a cessare quei rapporti commerciali con la Ditta A che, di fatto, nel corso degli anni precedenti avevano visto quest'ultima come sua usuale subfornitrice nel settore della progettazione e costruzione di antenne idonee in ambito militare (v. teste L) riuscendo, a partire dal 1999 ad operare anche un controllo su altre ditte fornitrici reperite in sostituzione dell'A - quali la T e la T A - affinché esse non utilizzassero manodopera della Ditta attrice.

Le deposizioni rese in tal senso dai testi H e L sono altresì confortate dalla lettera del 16.5.2005 da quest'ultimo sottoscritta e spedita in risposta alla A, nella quale si delinea il quadro rias-

suntivo delle antenne paraboliche in Banda IV dalla stessa T fornite alla M s.p.a. dal 1999 al 2003.

Da tale documento prodotto in atti (sub doc. 9 attore) emerge che la T s.r.l. dal 1999 al 2003 ha fornito alla M s.p.a. un totale di 498 antenne per un prezzo di riferimento nell'ultimo periodo di euro 1.678,48 per antenna - e che ha subito nel tempo delle variazioni. Né d'altro canto appaiono credibili le affermazioni, rimaste del tutto isolate, del teste G ex dipendente della M s.p.a., il quale ha riferito che la Ditta A non sarebbe stata più contattata dalla M s.p.a. per le usuali forniture, poiché ritenuta non più adeguata quanto alla tempistica di consegna.

Tali dichiarazioni appaiono estremamente generiche circa la natura e l'entità degli eventuali ritardi nella consegna della merce da parte della A.

Ritardi di cui non vi è traccia alcuna nella documentazione della convenuta appellata.

Le dichiarazioni del teste G risultano dunque prive di riscontro, del tutto isolate e quindi inidonee a definire il quadro probatorio. Tanto premesso, attesa la dimostrata condotta posta in essere dalla M dal 1999 al 2003 - non risultando la continuazione della stessa oltre tale ultimo anno (2003) - occorre valutare la disciplina applicabile al caso di specie.

Si osserva che la Ditta A ha allegato nell'atto introduttivo del primo grado di giudizio l'esistenza di una posizione di predominanza nel mercato della società convenuta, da questa non contestata nella comparsa di risposta (come anche rilevato dal Tribunale).

In particolare, la A ha affermato che "la M, ora S s.p.a. agli inizi degli anni 90', grazie ad una politica di acquisizioni, diventava praticamente il soggetto monopolista del settore ed unico cliente per le ditte altamente specializzate, quali quella dell'attore" (v. pag. 3 lett. d atto di citazione in primo grado).

5. Pur alla luce di tale dato deve, tuttavia, escludersi ad avviso di questo Collegio che l'ipotesi in esame integri l'abuso di posizione dominante prevista dall'art. 82 del Trattato CE (già art. 86 del Trattato) - ora art. 102 del TFUE - secondo cui: "1. È incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo. Tali pratiche abusive consistono in particolare:

- a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque;
- b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;
- c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;
- d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi".

La legislazione nazionale prevede l'ipotesi di analoga condotta anticoncorrenziale (abuso di posizione dominante) all'art. 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

L'art. 1 di tale legge prevede: "1. Le disposizioni della presente legge in attuazione dell'articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica, si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese che non ricadono nell'ambito di applicazione degli articoli 65 e/o 66 del Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, degli articoli 85 e/o 86 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (CEE), dei regolamenti della CEE o di atti comunitari con efficacia normativa equiparata".

6. Secondo autorevole dottrina perché sia integrata la fattispecie dell'abuso di posizione dominante è necessario che "i vincoli derivanti dall'esistenza di concorrenti, attuali e potenziali, e dalla forza negoziale dei clienti siano insufficienti a disciplinare i comportamenti dell'impresa, in modo da escludere un significativo e durevole potere di mercato".

È inoltre indispensabile l'accertamento del mercato rilevante, cioè dell'ambito merceologico e geografico in cui le imprese sono in concorrenza tra loro, nonché della sostituibilità della domanda ed eventualmente dell'offerta. (v. nello stesso senso Cass., n. 11564/2015).

Ciò detto, si osserva che nel caso di specie la Ditta A ha rivestito la qualità di subfornitore della M s.p.a. e non invece quella di consumatore (v. lett. b art. 82 del Trattato CE - ora art. 102 del TFUE - e lett. b art. 3 L. 1990 n. 287) né quella di impresa concorrente nella vendita con la predetta appellata.

Alla stregua delle suseposte osservazioni non sussistono le condizioni per l'applicazione al caso in esame della normativa comunitaria citata né di quella nazionale (art. 3 della legge 10 ottobre 1990 n. 287).

Si evidenzia altresì che l'appellante, pur dolendosi nel primo grado del giudizio della violazione della normativa sulla concorrenza (v. pag. 15 atto di citaz. 1° gr.), non ha specificamente riproposto la medesima questione in grado d'appello riferendosi piuttosto alla disposizione dell'art. 9 della Legge 18 giugno 1998, n. 192 (Disciplina della subfornitura nelle attività produttive). (V. pag. 10 e segg. atto d'appello).

7. Tanto premesso, ad avviso di questo Collegio occorre ora valutare se la descritta condotta della M s.p.a. sia sussumibile nell'ipotesi normativa prevista dall'art. 9 della Legge 1998/ 192 citata.

Tale disposizione (nella versione in vigore all'epoca dei fatti di causa) prevede che:

"1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.

2. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.

3. Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo".

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale tale disciplina è stata limitata ai casi di subfornitura produttiva (v. Trib. Roma 5/5/2009, 24/9/2009, 19/2/2010, 17/3/2010).

Peraltro, un più recente orientamento afferma l'operatività della fattispecie in un ambito più generale e, in particolare, in tutti quei casi contraddistinti da rapporti contrattuali tra imprese aventi natura commerciale, avuto riguardo al dato letterale della norma, che fa riferimento ad imprese clienti o fornitrici, con uso del termine "cliente" non presente altrove nel testo della legge n. 192 del 1998. Pertanto, l'ipotesi normativa prescinde dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura (v. Trib. Bari, 22/10/2004, Trib. Parma 15/10/2008, Trib. Roma 30/11/2009 nonché Cass., sez. un., ord. 25/11/2011 n. 24906 e Cass., n. 16787/2014).

Come evincibile dal dettato normativo la fattispecie in esame è caratterizzata da due distinte fasi entrambe necessarie: la dipendenza economica ed il suo abuso.

La prima (dipendenza economica) è la conseguenza giuridica di una situazione economica in cui un'impresa approfittando di in una posizione di forza nei riguardi di un'altra impresa con minor potere contrattuale, determini un eccessivo squilibrio nei rapporti commerciali con quest'ultima. La dipendenza economica deve essere verificata in relazione alla reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. La seconda è costituita dall'abuso, quale conseguenza ulteriore di detta situazione, e che ben può consistere anche nel rifiuto di vendere o nella imposizione di condizioni ingiustificatamente discriminatorie o gravose o nell'arbitraria interruzione delle relazioni commerciali già in atto (v. sul punto Trib. Catania, sez. IV, 5/1/2004).

L'indicazione delle suestiposte ipotesi di abuso non è tassativa, avuto riguardo all'utilizzo della congiunzione "anche" (in tale senso anche autorevole dottrina).

Con riferimento alla natura della responsabilità inerente ad un abuso di dipendenza economica la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha affermato che "l'art. 9 della L. n. 192/1998 configura una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura, la quale presuppone, in primo luogo, la situazione di dipendenza economica di un'impresa cliente nei confronti di una sua fornitrice, in secondo luogo, l'abuso che di tale situazione venga fatto, determinandosi un significativo squilibrio di diritti e di obblighi, considerato anzitutto il dato letterale della norma, ove si parla di imprese clienti o fornitrici, con uso del termine cliente che non è presente altrove nel testo della L. n. 192 del 1998. Poiché l'abuso in questione si concretizza nell'eccessivo squilibrio di diritti e obblighi tra le parti nell'ambito di "rapporti commerciali", esso presuppone che tali rapporti siano regolati da un contratto, tant'è che il comma terzo dell'art. 9 cit. statuisce la nullità del "patto che realizza l'abuso di dipendenza economica" (cfr. Cass., sez. un., ord. n. 24906/2011, punto 3.4 in motivazione).

Tuttavia, in questa stessa pronuncia il Supremo Collegio ha precisato che "rientrano nelle controversie di natura contrattuale non solo quelle riguardanti il mancato adempimento di un obbligo di prestazione di fonte negoziale (controversie pacificamente contrattuali), ma in genere le controversie in cui l'attore, allegando l'esistenza di una regola di condotta legata ad una relazione liberamente assunta tra lui e l'altra parte ne lamenta la violazione da parte di quest'ultima. In altri termini va qualificata come controversia in materia contrattuale quella tra due soggetti, che non si pongono l'un l'altro come due consociati non relazionati reciprocamente, ma come soggetti che hanno già instaurato un rapporto di natura commerciale, dal quale ognuno attende che l'altro non ne abusi ma tenga un comportamento determinato" (cfr. Cass., sez. un., ord. n. 24906/2011, punto 4.3 in motivazione).

Nel caso di specie dalle deposizioni dei testi escussi e della mancata risposta all'interrogatorio formale da parte del Legale rappresentante della M s.p.a., è emerso che quest'ultima ha posto in essere una condotta tesa a cessare arbitrariamente quei rapporti commerciali con la Ditta A che, di fatto, nel corso degli anni precedenti l'avevano vista come sua abituale subfornitrice nel settore della progettazione e costruzione di antenne in ambito militare. In particolare, come rilevato, il teste L ha riferito che la società appellata a partire dagli anni 1998-99 invece che rivolgersi alla A, sua usuale subfornitrice di antenne paraboliche, si era rivolta alla T s.r.l., benché la stessa non fosse specialista nel settore ed anzi avesse necessità di far riferimento all'opera della Antonello per gli aspetti elettronici della strumentazione.

Il teste H ha confermato circostanze analoghe a quella appena riferita, così come il teste C.

E' dunque risultata provata l'esistenza di regolari rapporti di na-

tura commerciale tra le parti, sostanzialmente in esclusiva, essendo l'A (fino al 1999) il referente privilegiato della M s.p.a. ed al contempo, la M l'unico acquirente per l'A, nel settore delle commesse militari.

Tali rapporti, che possono essere inquadrati nell'ambito di un contratto di fatto di subfornitura a tempo indeterminato, erano operanti quantomeno dal 1994, epoca in cui l'appellata aveva concluso il suindicato contratto d'appalto con il Ministero della Difesa e si era rivolta alla Ditta A per le subforniture inerenti al medesimo contratto (oggetto della vertenza definita dal Trib. Roma). Rapporti commerciali poi proseguiti, secondo le deposizioni acquisite, fino al 1999 - pertanto nella vigenza della L. 1998/192 - e dai quali ognuna delle imprese attendeva che l'altra non ne abusasse ma tenesse un comportamento determinato, in linea col principio di buona fede e rispettoso dell'aspettativa legittima, per la A, di continuare nei rapporti di subfornitura per quelle specifiche commesse in ambito militare che vedevano la M all'epoca, in posizione predominante nel mercato ed unico cliente della stessa A. Circostanza questa allegata (in atto di citazione in primo grado) e non contestata dalla convenuta.

Come evincibile dal dettato di cui all'art. 9 della L. 1998/92, la dipendenza economica è la conseguenza giuridica di una situazione economica in cui un'impresa si trova a dover contrattare con un'altra che, nei suoi confronti, si presenta con una forza notevolmente preponderante nel mercato e che si concreta, pertanto, in un minor potere contrattuale per il soggetto più debole. Occorre rilevare che "l'eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi" previsto dall'art. 9 L. 1998/192 cit. si riferisce esclusivamente al criterio sulla base del quale è possibile individuare la posizione di dipendenza economica della impresa più fragile e non già per individuare l'abuso.

Si tratta come rilevato di due fasi distinte.

Con riguardo al caso di specie la posizione di dipendenza economica è chiaramente dimostrata dall'esito della vertenza contrattuale oggetto della sentenza n. 26178/2004 del Tribunale di Roma (sub doc. 6 attoreo), in cui la ditta A fu costretta ad accettare una commessa dalla M s.p.a. ad un prezzo eccessivamente inferiore - £ 90.000.000 - rispetto a quello risultato in seguito dovuto di £ 224.720.000.

Inoltre, con riferimento agli anni immediatamente successivi a tale vicenda, la posizione di dipendenza economica della Antonello è confermata dal fatto che la M s.p.a. era all'epoca una società predominante nel mercato e come detto unico cliente della A, nonché dalla chiusura della Ditta A in seguito ai fatti di abuso su riferiti.

Inoltre, i testi - amministratori delle Ditte fornitrici scelte dai vertici della M s.p.a. in sostituzione della Ditta A - hanno concordemente affermato che la società convenuta impediva loro di avvalersi della collaborazione della Ditta A con conseguente esclusione di quest'ultima dalle trattative commerciali, pur indirette, con la predetta M s.p.a. relative a forniture di antenne paraboliche militari.

Di talché è evidente l'abuso ingenerato dalla condotta dei Legali rappresentanti della M s.p.a. nei confronti della Ditta A, costituito nell'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto con la stessa impresa appellante, cui seguiva la compromissione delle legittime aspettative di vendita di quest'ultima della merce fino a poco tempo prima regolarmente fornita alla appellata.

Secondo autorevole dottrina, la valutazione - richiesta dall'art. 9 L. 1998/192 - delle eventuali alternative soddisfacenti rispetto al rapporto commerciale con l'impresa in posizione predominante deve essere verificata con criterio elastico, che rinvia al mercato nel quale l'impresa più debole opera ed alla situazione contingente nella quale essa viene a crearsi.

Nel caso in esame, come già anticipato, l'istruttoria svolta (testi L, H, C) e le mancate contestazioni della convenuta hanno permesso di dimostrare che la M s.p.a. ha arbitrariamente interrotto i rapporti commerciali in atto con la Ditta A sin dal 1994, epoca in cui l'appellata (operando in un raggruppamento d'impresе di cui era mandataria la società E - con cui il Ministero della Difesa aveva concluso il suindicato contratto d'appalto) si era rivolta alla Ditta A per le subforniture all'uopo necessarie ad adempiere al contratto stipulato con la P.A. Rapporti commerciali poi proseguiti, secondo le deposizioni acquisite, fino al 1998-1999.

Con riferimento alla valutazione delle alternative soddisfacenti presenti sul mercato per l'appellante - elemento richiesto dalla fattispecie normativa in esame - si osserva che risulta dimostrato, da quanto accertato nella sentenza del Tribunale di Roma, che la Ditta A aveva operato degli investimenti al fine di poter adempiere al contratto di subfornitura all'epoca concluso con la M s.p.a., onde evidentemente conservare la posizione di partner contrattuale della stessa convenuta, con conseguenti esposizioni debitorie presso Istituti di credito e l'applicazione di interessi passivi. Tanto che il giudice romano ha riconosciuto e liquidato il relativo danno alla ditta A.

A fronte di tale situazione, risulta chiaro che la M non si limitò a cessare di rifornirsi presso la A, ma operò con un'attività precisa e capillare, consistita nel controllo di altre imprese (tramite visite di propri dipendenti ai titolari delle stesse) potenzialmente partner della stessa A, così riuscendo a condizionare ulteriormente il mercato in cui quest'ultima operava precludendogli di prestare la propria opera per tali diverse ditte, in quanto intermediarie della M.

Di talché è evidente che con tale condotta la M s.p.a. ha certamente limitato le alternative soddisfacenti della Antonello di reperire altrove offerta di lavoro, giacché anche altre imprese (T s.r.l. e TA) con cui era solito avere relazioni commerciali erano state costrette a bandirlo (quantomeno nei casi in cui esse erano a loro volta fornitrici della M s.p.a.).

Si osserva, inoltre, che il dettato normativo dell'art. 9 L. 192/98 cit. non richiede che l'impresa dipendente non abbia alcuna alternativa reperibile sul mercato.

La disposizione infatti prevede che "la dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti".

Alternative, che nel caso di specie alla luce dei dati conoscitivi acquisiti risultano esser certamente ridotte e non soddisfacenti, perché è stata certamente eliminata dal 1999 al 2003 per la Ditta A quella fascia di subforniture costituita con una rete di precedenti conoscenze.

Tali evidenze sono confermate dalla chiusura dell'attività dell'appellante, avvenuta il 31.12.2001, come emerge dal certificato della Agenzia delle Entrate (doc. 13 produz. attorea).

Con riferimento alla liquidazione del danno, la prova del pregiudizio sofferto dall'appellante in conseguenza dell'abuso menzionato, si riferisce al periodo dal 1999 al 2003, come emerge dall'istruttoria orale e dalla lettera in data 16.5.2005 inviata da L, Amministratore Unico della T s.r.l., in risposta alla missiva della Ditta A (doc. sub. 9 attoreo).

In tale documento il L ha riportato tutti gli ordini ricevuti ed eseguiti dal 1999 al 2003, quanto alle forniture di antenne effettuate per la M s.p.a. per un totale di 498 pezzi ad un prezzo variabile nel tempo in piccole percentuali, fino all'ultimo importo di euro 1.678,48 per antenna.

Risulta altresì dagli atti che nel 2004 la "microsic" S.r.l. - costituita ex novo dal sig. A - riprendeva a rifornire la T s.r.l. emettendo una fattura in esecuzione di un ordine di antenne paraboliche (in numero di 35 v. doc. 10 di produzione attorea) ed effettuava analo-

ghe forniture nell'anno successivo per altra società MG s.r.l. (in numero di 55 antenne v. doc. 11 e 12 produz. attorea).

Tale circostanza è sostanzialmente affermata dalla stessa difesa della S. s.r.l. nella sua memoria ex art. 183 cpc VI, 2^a in data 9.12.2009 (pagg. 3 e 4).

Pertanto, deve ritenersi provato che in ragione dei descritti fatti di abuso di dipendenza economica posti in essere dalla M s.p.a. (ora S s.r.l.) parte appellante subì una contrazione degli utili della propria impresa con riferimento al periodo dal 1999 al 2003.

La responsabilità dell'appellata deve esser ricondotta allo specifico abuso integrato dall' "interruzione arbitraria delle relazioni commerciali già in atto "previsto dall'art. 9 della L. n. 192/1998.

8. Il danno patito dall'appellante, deve esser valutato in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c. risultando provato nell'*an*, ma non potendo esser dimostrato nel suo preciso ammontare stante il tempo trascorso e la variabile del prezzo della merce negli anni, che ne rendono difficile la sua precisa determinazione.

Ai fini della liquidazione di tale danno deve aversi riguardo alle indicazioni fornite dai testi escussi ed al documento n.9 di parte attrice relativo alle forniture operate dal 1999 al 2003 dalla T s.r.l. in favore della M s.p.a.

Si può affermare dunque che la A abbia subito un decremento dei propri utili in detto periodo, per non aver potuto operare alle condizioni preesistenti all'abuso in oggetto.

Appare equo pertanto quantificare il danno conseguente nell'importo complessivo attualizzato di 20.000,00 euro pari ad un importo medio del prezzo stimato in euro 1.000,00 per ciascuna antenna (rispetto a quello maggiore da ultimo praticato nel 2003 dalla T), considerando che - nel periodo suddetto e sulla scorta degli elementi probatori acquisiti - era altamente probabile una domanda di fornitura da parte della M s.p.a. alla A di 20 antenne paraboliche.

Su tale predetto importo sono dovuti gli interessi corrispettivi al tasso legale dalla presente decisione al saldo.

9. Non è risultato provato l'asserito danno non patrimoniale subito dal sig. A, né può liquidarsi il domandato danno morale, non costituendo la fattispecie esaminata un'ipotesi di reato, né risultando dimostrata una particolare sofferenza patita dall'A, con danno alla salute, in conseguenza dell'abuso posto in essere dall'appellata.

10. Deve esser respinto l'appello incidentale formulato dalla società appellata non sussistendo i presupposti di legge per la condanna dell'appellante al risarcimento dei danni ai sensi dell' art. 96 c.p.c.

11. Le spese di lite di entrambi i gradi del giudizio, liquidate in dispositivo (quelle del primo grado ex D.M. 8.4.2004 - v. Cass., n. 23318/2012 - e del presente grado ex D.M. 10.3.2014 n. 55) devono esser compensate nella misura dei due terzi tra le parti - attesa da un lato la soccombenza dell'appellata e dall'altro la soccombenza della A con riguardo alle altre domande di risarcimento dei danni che non hanno trovato accoglimento - cosicché deve esser posta a carico dell'appellata la residua parte di un terzo.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, disattesa ogni contraria istanza: - In parziale accoglimento dell'appello proposto da A, in proprio e quale ex titolare della Ditta Individuale A., avverso la sentenza n. 1366/2012 del Tribunale di Genova che per questa sola parte riforma:

- Condanna S s.p.a. (già S. Communications s.p.a. e in precedenza M s.p.a.) in persona del Presidente del Consiglio di Amministrazione pro tempore, al risarcimento del danno patito da A, in proprio e quale ex titolare della Ditta Individuale A, per le causali di cui in parte motiva, che liquida in euro 20.000,00, oltre agli interessi al tasso legale dalla presente decisione al saldo (...*Omissis*...).

Massime

Tribunale di Savona, sez. civ., 4 maggio 2015 - Giudice Unico Princiotta - S. (Avv. Nasuti) c. E. s.a.s. (Avv. Mariani).

APPALTO - difetti di costruzione dell'immobile - responsabilità dell'appaltatore - denuncia da parte del committente - decorrenza del termine - prescrizione annuale - non rilevabilità d'ufficio.

(Artt. 1669, 2053 e 2938 c.c.)

In tema d'appalto, il termine di un anno per la denuncia del pericolo di rovina o di gravi difetti nella costruzione di un immobile, stabilito dall'art. 1669, primo comma, a pena di decadenza dall'azione di responsabilità contro l'appaltatore decorre dal giorno in cui il committente venga a conoscenza della gravità dei difetti e della loro derivazione dall'imperfetta esecuzione dell'opera. Tale conoscenza deve ritenersi acquisita, in mancanza di ulteriori elementi precisi e concordanti, solo sulla base delle consulenze tecniche richieste. L'accertamento relativo, involgendo apprezzamenti di fatto, è riservato al giudice di merito ed è insindacabile in sede di legittimità, qualora sia adeguatamente motivato. Dalla denuncia decorre il termine, anch'esso annuale, ma di prescrizione, previsto dal secondo comma del citato art. 1669. La sua scadenza può essere opposta, in via d'eccezione, dall'appaltatore convenuto per il risarcimento dei danni, ma non può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

A.FONT.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 29 luglio 2015 - Giudice Unico Lucca - D. (Avv. Mortara) c. P. Cooperativa a.r.l. (Avv. Ghibellini).

APPALTO - vizi dell'opera - prescrizione annuale - assimilabilità ad assegnazione a vendita - ammissibilità.

(Art. 1669 c.c.)

In caso di vizi dell'opera l'assegnazione di un immobile da parte di una cooperativa al socio è assimilabile alla vendita, per quel che attiene alle azioni contrattuali per garanzia per vizi ed alla loro prescrizione.

Infatti, non rileva il momento della scoperta, che è il momento di decorrenza della denuncia, bensì la consegna dell'immobile alla parte assegnataria e quindi la prescrizione annuale decorre indipendentemente dal fatto che il vizio non si fosse ancora palesato.

Si tratta di orientamento interpretativo consolidato, considerato un contrappeso della severa disciplina della garanzia per vizi, che opera indipendentemente da una negligenza del venditore, ma è azionabile nei brevi limiti di legge.

EL.C.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 27 ottobre 2015 - Giudice Unico Veglia - F.G.G. S.r.l. (Avv. Marconi) c. Autorità Portuale di Genova (Avv. Busnelli).

APPALTO - sospensione lavori - iscrizione riserve - tardività.
(Art. 31 DM 19 aprile 2000, n. 145)

In materia di appalto pubblico i lavori possono essere sospesi per cause di forza maggiore quali condizioni climatiche avverse o altre circostanze che impediscano temporaneamente la prosecuzione dei lavori a regola d'arte. Ricorrendo i presupposti di legge la sospensione è legittima ed all'appaltatore non spetta alcuna indennità. Qualora la sospensione sia stata disposta dalla Amministrazione, fuori dai casi previsti dalla legge e solo per ovviare a proprie negligenze, spetta all'appaltatore il risarcimento dei danni per l'illegittima protrazione della durata dei lavori. Il Giudice deve valutare la tempestività delle riserve svolte prima ancora di valutare la legittimità della sospensione: di conseguenza l'appaltatore che sia costretto ad interrompere i lavori per cause dovute all'appaltante deve, a pena di decadenza, presentare le proprie riserve sul primo atto dell'appalto idoneo a riceverle, successivo all'insorgenza o alla cessazione del fatto che ha determinato il pregiudizio. (Nel caso di specie, il Giudice adito accoglieva l'eccezione di decadenza proposta dalla stazione appaltante anche per tardiva iscrizione delle riserve negli atti successivi a quello di sospensione dei lavori, in quanto avrebbero dovuto essere contestate immediatamente nel verbale di sospensione o al limite in quello di ripresa dei lavori).

V.M.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 21 luglio 2015, n. 2334 - Giudice Unico A. Scarzella - F.F. (Avv. Marvulli) c. C.C. (Avv. Brambilla) e G.A. S.p.A. (Avv. ti Cuomo Ulloa).

ASSICURAZIONE (contratto di) - obbligo di mediazione - non sussiste - eccezione di inoperatività della polizza - natura - deducibilità in appello.

Avendo il tentativo di mediazione l'obiettivo di evitare che il giudizio venga ad esistenza, vanno escluse dall'ambito della mediazione obbligatoria tutte le domande diverse da quella proposta dall'attore con l'atto introduttivo del giudizio.

In tema di assicurazione della responsabilità civile, l'eccezione di inoperatività della polizza assicurativa non costituisce un'eccezione in senso proprio, ma una semplice difesa volta a contestare il fondamento della domanda, assumendo l'estraneità dell'evento ai rischi contemplati nel contratto. Essa, pertanto, è deducibile per la prima volta in appello.

(Conforme: Cass., 3 luglio 2014, n. 15228).

A.BEE.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 9 marzo 2016, n. 806 - Giudice Unico Veglia - T.M. (Avv. Trabace) c. Rsa Sun Insurance Office Ltd (Avv. Chiaranz) e c. Aig Europe Limited (Avv. Ghelardi).

ASSICURAZIONE (imprese di) - legittimazione passiva - coassicurazione.

ASSICURAZIONE (imprese di) - ingiunzione (procedimento per) - assicurazione (imprese di) - agente di assicurazione - condizione di ammissibilità.

Nell'ipotesi di riparto di una garanzia assicurativa tra più coassicuratori ciascun assicuratore è obbligato soltanto in proporzione alla rispettiva quota dell'indennità assicurata ex art. 1911 c.c. e non è, quindi, accoglibile l'eccezione di carenza di legittimazione

passiva per la parte eccedente la propria quota, ma vi è per essa inesistenza di obbligazione in capo alla coassicuratrice convenuta.

Ai fini dell'emissione a favore della compagnia assicuratrice di un decreto ingiuntivo nei confronti di un broker assicurativo per i beni da questo incassati sono documenti idonei ex artt. 633 e 634 c.p.c. gli estratti conto di tali incassi (fattispecie in cui detti documenti erano stati sottoscritti dall'agente ed inviati via telefax alla compagnia assicurativa).

F.G.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 9 marzo 2016, n. 807 - Giudice Unico Veglia - Ministero della Difesa c. Amaie S.p.A. (Avv.ti Spigno, Russo, Della Libera).

AZIONE civile in genere - procedimento civile - mancata autorizzazione alla chiamata in causa del terzo (in garanzia o in manleva).

AZIONE civile in genere - procedimento civile - interesse ad agire e legittimazione - cessazione materia del contendere.

AZIONE civile in genere - procedimento civile - responsabilità aggravata - art 96 c.p.c. - natura sanzionatoria o risarcitoria dell'istituto - lettura costituzionalmente orientata.

Il giudice può negare al convenuto lo spostamento della prima udienza per permettergli la chiamata in causa del terzo nel caso in cui giustifichi la mancata concessione per ragioni di economia processuale e/o per non rendere il processo eccessivamente lungo laddove appaia ictu oculi che l'oggetto della domanda di manleva e/o di garanzia sia diverso rispetto a quello oggetto del procedimento principale (conf. Cass. Sez. Unite. n. 4309/2010).

Pur non essendo legislativamente previsto l'istituto della cessazione della materia del contendere per la definizione del processo, può considerarsi esistente nel nostro ordinamento quale "diritto vivente". Conseguentemente nel caso in cui per un motivo sopravvenuto tale da far venir meno l'interesse delle parti alla prosecuzione del giudizio ed alla sua definizione nel merito, permanendo solo un contrasto residuale in punto spese della lite, il giudice è tenuto a risolvere a questo proposito la controversia secondo il c.d. principio della "soccumbenza virtuale"

Affinchè possa considerarsi applicabile quanto previsto all'ultimo comma dell'art. 96 c.p.c. deve individuarsi in capo al soggetto responsabile il requisito soggettivo del dolo o della colpa grave a nulla rilevando l'inciso della norma "in ogni caso". Il Giudice comunque deve utilizzare per la valutazione dell'elemento soggettivo il criterio della c.d. "prognosi postuma" valutando se, al momento in cui è stata tenuta una certa condotta, questa potesse essere considerata espressione di mala fede o colpa grave (il comma terzo, infatti, andrebbe al più interpretato nel senso che rispetto a quanto previsto per il comma primo, il Giudice può procedere alla condanna anche in assenza di una domanda di parte) (conf. Cass. n. 27534/2014; Trib. Verona 7/2/2012; Trib. Piacenza 7/12/2010).

F.G.

Tribunale di Genova, sez. II, 25 settembre 2015, n. 2676 - Giudice Unico Del Nevo - R.E.(Avv. Chiarini) c. F.C. (Avv.ti Bonacchi e Gallo).

AZIONE di arricchimento - domanda generale e residuale - prescrizione - contenuto.

(Artt.2041 e 2042 c.c. , art.2934 c.c.)

AZIONE di petizione ereditaria - presupposti - termine.

(Artt.533,2697,2935 c.c.)

L'azione generale residuale di arricchimento così come prevista dall'art.2041 c.c. Si prescrive, a sensi dell'art.2935 c.c.nel termine di dieci anni, qualsiasi atto o scritto interruttivo deve contenere, a pena di invalidità, la formale diffida restitutoria nei confronti del destinatario.

(In senso conforme Cass. n.10954/2013)

L'azione di petizione ereditaria consiste nella facoltà che la legge riconosce all'erede di far valere la propria qualità nei confronti di chiunque possieda in tutto o in parte dei beni ereditari allo scopo di ottenerne la restituzione. Essa richiede la prova esplicita della qualità di erede che non può essere semplicemente supposta, l'azione in questi termini è imprescrittibile.

(In senso conforme Cass.n.13738/2005)

CL.RM.

Tribunale di Genova, Sez. III civ., 23 settembre 2014, n. 3024 - Giudice Unico La Mantia - E. (Avv. Fiamigi) c. Condominio P. A. (Avv.ti Papone e Morello).

COMUNIONE e condominio - pari uso cosa comune - uso identico e contemporaneo - necessità - non sussiste.

COMUNIONE e condominio - pari uso cosa comune - facoltà di trarre dalla cosa comune la più intensa utilizzazione - compatibilità con i diritti degli altri condomini - necessità.

COMUNIONE e condominio - installazione tubazione lungo prospetto condominio - equiparazione pluviale - sussiste.

COMUNIONE e condominio - installazione tubazione lungo prospetto condominio - innovazione - non sussiste.

(Art. 1102 c.c.)

La struttura, equiparabile a un pluviale, installata da un condomino lungo il prospetto del condominio che, alla luce delle dimensioni e delle funzioni, non altera la destinazione della facciata e non impedisce l'uso agli altri condomini non deve essere rimossa.

La nozione di pari uso della cosa comune non va intesa nel senso di uso identico e contemporaneo, dovendo ritenersi conferita dalla legge a ciascun partecipante alla comunione la facoltà di trarre dalla cosa comune la più intensa utilizzazione, a condizione che questa sia compatibile con i diritti degli altri, essendo i rapporti condominiali informati al principio di solidarietà.

J.V.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 13 aprile 2015 - Giudice Unico La Mantia - F. (Avv. Benini) c. Condominio V. (Avv. Amicabile).

COMUNIONE e condominio - tabelle millesimali - riscaldamento - invalidità delibera modificativa delle tabelle - annullamento.

(Artt. 1137 c.c. e 69 disp. att. c.c.)

A seguito dell'installazione delle valvole termostatiche, in tema di modifica delle tabelle millesimali allegate ad un regolamento condominiale avente natura contrattuale, è nulla la delibera assembleare che ripartisce le spese di riscaldamento in maniera difforme rispetto alle tabelle millesimali allegate al regolamento

stesso, ossia in parte sulla base delle stesse ma in parte sulla base dei consumi rilevati, non potendo l'installazione di dette apparecchiature - in assenza di una specifica decisione dell'assemblea - comportare automaticamente una deroga ai criteri di ripartizione stabiliti nel regolamento ai fini della predisposizione e dell'approvazione dei bilanci.

EL.C.

Tribunale di Savona, sez. civ., 15 aprile 2015 (ord.), Giudice Unico Princiotta - D.F. (Avv.ti Mandrone, Gandolfo) c. Condominio Avana (Avv. Giannotta).

COMUNIONE e condominio - impugnazione di delibera assembleare - si richiede l'atto di citazione e non il ricorso - termine da osservare.

(Artt. 1137 c.c.; 163 c.p.c.)

L'art. 1137 c.c. non disciplina la forma delle impugnazioni delle delibere condominiali, che vanno pertanto proposte con atto di citazione entro il termine di trenta giorni, in applicazione della regola dettata dall'art. 163 c.p.c. e, qualora venga impropriamente utilizzato il mezzo del ricorso, il suddetto termine va osservato con riferimento alla data di deposito del ricorso stesso in cancelleria.

A.FONT.

Tribunale di Savona, sez. civ., 12 maggio 2015 - Giudice Unico Princiotta - Condominio "La pineta" (Avv. Parodi) c. G.V (Avv. Ballabio).

COMUNIONE e condominio - amministratore - obbligazioni - diligenza nell'adempimento - applicabilità delle norme sul mandato - sussiste.

(Artt. 1129, 1710 c.c.)

L'art. 1129 del Codice civile, nel testo novellato dall'art. 9 della legge 11 dicembre 2012 n. 220, lasciato inalterato dalla legge 21 febbraio 2014 n. 9, facendo propria la tesi già sostenuta in passato da dottrina e giurisprudenza, ha ribadito, in forma esplicita, che il rapporto intercorrente fra il condominio e l'amministratore va ricondotto allo schema del mandato con rappresentanza, facendo testuale riferimento, nel quindicesimo comma, alla disciplina di quest'ultimo, per quanto non previsto. Perciò anche l'amministratore di condominio deve adempiere le obbligazioni cui è tenuto con la diligenza del buon padre di famiglia, cioè dell'uomo medio, così come dispone per il mandatario l'art. 1710. (Nella specie è stato ritenuto che di tale diligenza l'amministratore abbia sempre dato prova, perciò il Giudice ha respinto la domanda di risarcimento dei danni proposta contro di lui dal condominio).

A.FONT.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 16 luglio 2015 - Giudice onorario Bellingeri - T. e R. (Avv. Pluviano) c. Condominio Via S. Martino 2 e 2A (Avv.ti Campagna e Lamberti).

COMUNIONE e condominio - costituzione dell'assemblea dei condomini e validità delle deliberazioni - stesura del verbale - allegati - requisiti di forma.

(Artt. 1117 e 1136 c.c.; Art. 14 l. 11 dicembre 2012 n. 220)

E' valida la deliberazione di un'assemblea condominiale anche se il risultato della relativa operazione di voto sia stato riportato su di un foglio separato, allegato al verbale, poiché il detto allegato fa

parte integrante del verbale stesso. Dev'essere valutato nel medesimo modo il cosiddetto "foglio di presenza", che contiene l'elenco nominativo dei partecipanti intervenuti di persona o per delega. I due allegati devono però rivestire tutti i requisiti formali del verbale e, quindi, forma scritta e sottoscrizione

A.FONT.

Tribunale di Genova, 18 marzo 2016, n. 1025 - Giudice Unico Vaglio Bernè - G. (Avv. Sivori) c. C. (Avv. Boero).

COMUNIONE e condominio - convocazione assemblea condominiale - irregolarità del procedimento di convocazione - non sussiste.

COMUNIONE e condominio - convocazione assemblea condominiale - delibera condominiale relativa ad argomenti ricompresi nella voce "varie ed eventuali" dell'ordine del giorno - invalidità - sussiste.

L'invio via pec dell'avviso di convocazione, giunto al destinatario nel termine previsto dall'art. 66 disp att. cod. civ., risulta idoneo allo scopo della conoscenza dell'atto da parte dell'attore, il quale non ha dedotto e provato di essere stato impossibilitato a causa di un evento estraneo alla sua volontà, ad acquisire la conoscenza dello stesso (1).

La voce varie ed eventuali, che figura come indicazione di stile negli avvisi di convocazione delle assemblee, si può riferire solo a comunicazioni che l'amministratore o il condomino intende fare a scopo di informazione, ma non può, certamente, precludere ad alcuna delibera in senso proprio.

(Conf. Cass. Civ., 8449/2008; Cass. 875/99)

J.MLN.

Tribunale di Genova, 25 marzo 2016, n. 1127 - Giudice Unico Fioravanti - F. (Avv. Greco) c. C. (Avv. Cimaschi).

COMUNIONE e condominio - convocazione assemblea condominiale - avviso al solo comproprietario - validità del procedimento di convocazione - sussiste.

COMUNIONE e condominio - impugnazione delibera condominiale - sostituzione con delibera adottata in conformità di legge - cessazione materia del contendere.

COMUNIONE e condominio - delibera - requisiti ex art. 1136 c.c. - correzione del verbale dopo la conclusione dell'assemblea - validità delibera - sussiste.

La validità della convocazione per la riunione (estensibile per identità di ratio anche nel caso di invio del verbale) dell'assemblea condominiale di uno dei comproprietari "pro indiviso" di piano o di porzioni di piano di un condominio può evincersi anche dall'avviso dato all'altro comproprietario, qualora ricorrano circostanze presuntive tali da far ritenere che il secondo comproprietario abbia reso edotto il primo della convocazione stessa (nella specie, trattasi di coniugi comproprietari di un appartamento, conviventi in pieno accordo e senza contrasto di interessi tra loro, è stato ritenuto presumibile che l'invito notificato ad uno di essi per l'assemblea condominiale fosse stato portato a conoscenza anche dell'altro). (1)

In tema di impugnazione delle delibere condominiali, ai sensi dell'art. 2377 c.c. - dettato in tema di società di capitali ma, per identità di "ratio", applicabile anche in materia di condominio - la sostituzione della delibera impugnata con altra adottata dal-

l'assemblea in conformità della legge, facendo venir meno la specifica situazione di contrasto fra le parti, determina la cessazione della materia del contendere. (2)

Il verbale dell'assemblea di condominio, ai fini della verifica dei "quorum" prescritti dall'art. 1136 cod. civ., deve contenere l'elenco dei condomini intervenuti di persona o per delega, indicando i nomi di quelli assenzienti o dissenzienti, con i rispettivi valori millesimali, rimanendo comunque valido ove, pur riportando l'indicazione nominativa dei soli partecipanti astenuti o che abbiano votato contro, consenta di stabilire per differenza coloro che hanno votato a favore, e senza che neppure infici l'adottata delibera la correzione del verbale, effettuata dopo la conclusione dell'assemblea, allo scopo di eliminare gli errori relativi al computo dei millesimi ed ai condomini effettivamente presenti all'adunanza. (3)

(1) Conf. Cass. Civ., 1206/1996.

(2) Conf. Cass. Civ. 11961/2004.

(3) Conf. Cass. Civ. 6552/2015; Cass Civ. 24182/2009)

J.MLN.

Tribunale di Genova, sez. IV civ., 19 dicembre 2014, Giudice Unico Casanova - S. S.r.l. (Avv. Calandra) c. Genova Parcheggi S.p.a. (Avv. Galli).

CONTRATTO in genere - clausola compromissoria - effetti.

(Artt. 37 e ss. c.p.c. e artt. 806 e ss. c.p.c.)

PROCEDIMENTO CIVILE - morte del legale rappresentante di persona giuridica - conseguenze.

(Artt. 299 e ss c.p.c.)

Qualora le parti abbiano previsto nel contratto una clausola compromissoria, il Collegio arbitrale, al quale siano state deferite le eventuali controversie, è competente a decidere su tutte le controversie relative a pretese aventi origine dal contratto stesso. (Nel caso di specie, il Giudice adito in sede di opposizione a decreto ingiuntivo, dichiarandosi incompetente per la presenza nel contratto di clausola compromissoria che deferiva la questione a collegio arbitrale, revocava il decreto ingiuntivo stesso, in quanto emesso in difetto di giurisdizione).

(Conforme: Cass. Civ., 20 giugno 2011, n. 13531)

La morte del legale rappresentante di persona giuridica non è causa di interruzione del processo in quanto ciò si verifica solo nel caso in cui il soggetto stia in giudizio in luogo di un incapace e non qualora svolga la funzione di organo di un ente dotato di propria soggettività.

V.M.

Tribunale di Savona, 9 maggio 2015 - Giudice Unico Princiotta.

CONTRATTO in genere - fornitura di utenze telefoniche - inadempimento - risarcimento dei danni patrimoniali e di quelli conseguenti alla lesione dell'immagine professionale dell'azienda - criterio di liquidazione del danno all'immagine.

Il tribunale aderisce all'orientamento della Suprema Corte che considera disapplicato, per contrasto con gli artt. 1325 e 1326 c.c., l'art. 3 del d.m. 8 settembre 1988 n. 484, secondo il quale il contratto di attivazione della linea telefonica si perfeziona "con la sottoscrizione della polizza ovvero a seguito dell'attivazione dell'impianto", in quanto, costituendo una norma di rango inferiore alla disciplina generale dettata dal codice civile in materia di contratti, non può ap-

portare deroghe alla stessa. Il contratto si perfeziona nel momento in cui il proponente ha conoscenza dell'accettazione del destinatario e, a decorrere da tale momento, nascono le reciproche obbligazioni tra le parti, il cui inadempimento comporta l'insorgenza della correlata responsabilità contrattuale.

Risultando provato l'inadempimento, vanno risarciti i danni patrimoniali e quelli conseguenti alla lesione dell'immagine professionale dell'azienda che per un lasso temporale non è stata raggiungibile telefonicamente, dando un'immagine di scarsa efficienza ed essendo impossibilitata a svolgere compiutamente l'attività.

Qualora la diminuzione dei ricavi si ritenga imputabile solo in parte al disservizio, l'importo equivalente a titolo di danno d'immagine si deve liquidare applicando una diminuzione del 50 % sui ricavi medi.

E.B.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 1° luglio 2015, n. 2102 - Giudice Unico Dragotto - A. (Avv. Mamone) c. C. ed altri (Avv.ti Massa).

CONTRATTO in genere - mediazione - vendita - conclusione dell'affare - nesso causale diretto e/o esclusivo - esclusione - collegamento - necessità e sussistenza - diritto del mediatore e obbligo delle parti alla corresponsione della provvigione.

(artt. 1754 e segg. c.c.)

Il diritto del mediatore alla (e il corrispondente obbligo delle parti alla corresponsione della) provvigione matura allorché la conclusione dell'affare sia collegabile all'opera del mediatore (reperimento e indicazione dell'altro contraente o segnalazione dell'affare) senza la necessità di un nesso eziologico diretto e neppure esclusivo (cd. efficienza causale concorrente).

(In senso conforme, Cass., 9 aprile 2009 n. 8676, 20 ottobre 2004 n. 20549, 17 maggio 2002 n. 7253)

C.F.

Tribunale di Genova, sez. I, 13 luglio 2015, n. 2263 - Giudice Unico Calcagno - Imm. L. S.r.l. (Avv. Tirelli) c. P.G. S.r.l. (Avv.ti Genovesi e Guida).

CONTRATTO in genere - contratto preliminare - termine essenziale - insufficienza della formula di stile "entro e non oltre" - necessità di ulteriori elementi probatori.

CONTRATTO in genere - contratto preliminare - certificato di agibilità - mancanza - grave e rilevante inadempimento - sussistenza - recesso dal contratto - legittimità.

La formula di stile "entro e non oltre" inserita nel contratto preliminare non è sufficiente a costituire la natura essenziale del termine di stipula del contratto definitivo, rendendosi invece necessari, a tal fine, ulteriori elementi (nel caso di specie il contratto precisava che il termine era pattuito come perentorio e fissato nell'interesse della promissaria acquirente; inoltre, con prova testimoniale si è chiarito come l'importanza del termine fosse stata rappresentata in sede di preliminare e meglio circostanziata, rilevando la necessità di procedere alla successiva vendita del bene oggetto del contratto nel successivo mese di gennaio).

E' legittimo il recesso esercitato in caso di mancanza del certificato di agibilità al momento della stipula del contratto definitivo, costituendo la stessa un grave e rilevante inadempimento del venditore; e non rileva, in senso contrario, la presenza nel bene delle caratteristiche idonee all'ottenimento del documento, anche ove, in

ipotesi, rilasciato successivamente. L'interesse dell'acquirente è, infatti, quello di ottenere la proprietà di un immobile idoneo ad assolvere una determinata funzione economico-sociale e quindi a soddisfare i concreti bisogni che inducono il compratore all'acquisto, sì che il requisito del certificato di agibilità è essenziale ai fini del legittimo godimento e della commerciabilità del bene (così Cass. Civ., Sez. II, 27.11.2009, n. 25040).

F.P.

Tribunale di Genova, 24 marzo 2016, n. 1100 - Giudice Unico Veglia - E. (Avv.ti Sicchitiello e Colombo) c. P. (Avv. Angelicchio).

CONTRATTO in genere - contratto di fornitura - qualifica di esercente - fornitore di energia elettrica - sussiste.

Anche il fornitore di energia elettrica riveste la qualifica di "esercente", ex art. 1, lett. K) della Delibera dell'Autorità Garante per l'Energia Elettrica e il gas n. 200/99 del 28/12/99 e s.m., peraltro conseguente al fatto che il contratto in discussione intercorre appunto tra il fornitore ed il cliente, mentre il rapporto di rilevazione dei consumi intercorre tra il fornitore ed il distributore.

J.MLN.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 22 dicembre 2014, Giudice Unico D'Arrigo - G.G. (Avv. Vitale) c. Comune di Genova (Avv.ti Parodi e Carassale) e c. Mediterranea delle Acque S.p.a. (Avv. Pennisi).

DANNI in materia civile - nesso di causalità - caso fortuito - incidenza.

(Artt. 2043 ss c.c.)

Il diritto al risarcimento del danno non è escluso dal caso fortuito quando questo ha avuto una incidenza minima nella causazione dell'evento: il giudicante in tale caso dovrà tenere conto dell'incidenza del caso fortuito solo in sede liquidazione del danno. L'eccezionalità dell'evento causativo del danno non esclude quindi il nesso causale quando il caso fortuito abbia solo accelerato il verificarsi del danno cagionato da pregresse azioni rispetto alle quali l'evento eccezionale si pone quale concausa dalla minima efficacia causale rispetto ad altre.

V.M.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 18 marzo 2016, n. 1024 - Giudice Unico Bozzo Costa - Z.M.A. (Abg. Gras e Avv. Russo) c. MIUR (Avvocatura Distrettuale dello Stato) e c. AIG E.L. (Avv. Gagliardi).

DANNI in materia civile - culpa in vigilando - imprevedibilità del fatto - risarcimento del danno patrimoniale - non sussiste.

(Art. 2048 c.c.)

In tema di risarcimento extracontrattuale, il carattere non assoluto, bensì relativo, del dovere di vigilanza imposto ai docenti ex art. 2048 c.c., comporta la correlazione del suo contenuto e del suo esercizio in modo inversamente proporzionale all'età ed al normale grado di maturazione degli alunni, nonché al contesto, sì da escludere l'addebito di culpa in vigilando qualora il fatto pregiudizievole avvenga in modo non prevedibile né prevenibile per la sua natura improvvisa ed inusuale, oltreché in relazione al contesto di riferimento (nella specie, il Giudice ha ritenuto che i danni riportati ad uno strumento musicale, in visione alla classe,

non fossero imputabili a carenze organizzative di vigilanza degli altri insegnanti, stante la natura improvvisa del fatto e la condotta dei minori solitamente rispettosa dei docenti e delle regole sociali).

(Conforme Cass. n. 24456/2005; 11453/2003)

A.O.

Tribunale di Savona, 4 febbraio 2015 - Giudice Unico Princiotta.

DIRITTO agrario - affitto del fondo - azione di condanna al rilascio del fondo per scadenza del contratto - novazione oggettiva - requisiti - esclusione.

Non risultando in modo non equivoco la volontà di estinguere la precedente obbligazione sostituendola con una nuova non può ritenersi intervenuta una novazione oggettiva del contratto rapporto di affittanza agraria oggetto di causa.

Il tribunale si è uniformato all'orientamento della Suprema Corte secondo il quale l'atto con cui le parti convengono la modificazione quantitativa di una precedente obbligazione ed il differimento della scadenza per il suo adempimento non costituisce una novazione e non comporta l'estinzione dell'obbligazione originaria, restando assoggettato, per la sua natura contrattuale, alle ordinarie regole sulla validità. La novazione oggettiva esige l'"animus novandi", cioè l'inequivoca, comune, intenzione di entrambe le parti di estinguere l'originaria obbligazione, sostituendola con una nuova, e l'"aliquid novi", inteso come mutamento sostanziale dell'oggetto della prestazione o del titolo del rapporto.

E.B.

Tribunale di Savona, 2 maggio 2015 - Giudice Unico Princiotta - A. (Avv. Biamonti) c. I. (Avv. Vincenzi).

DISTANZE legali - modifica dell'altezza e della volumetria dell'edificio - esclusione.

DISTANZE legali - sopraelevazione - requisiti - esclusione nel caso di specie.

In difetto di incremento di volumetria e di modifica dell'altezza complessiva dell'edificio, non si concretizza un aumento di volumetria utile ai fini della configurazione dell'istituto della sopraelevazione e, pertanto, l'intervento così realizzato risulta ininfluenza nell'economia della valutazione del rispetto delle distanze legali tra edifici (conforme Cass. Civ., sez. II, sent. n. 74 del 03/01/2011). (Nel caso di specie la sopraelevazione del tetto è stata esclusa dal momento che l'intervento effettuato risulta non avere apportato incremento di volumetria alcuno, limitandosi alla demolizione e ricostruzione, ad una quota più bassa, della soletta di calpestio dell'ultimo piano, permanendo, la copertura dell'edificio, nella stessa posizione originaria).

V.V.

Tribunale di Genova, sez. esecuzioni civili, ord. 22 giugno 2016, Giudice Unico Gastaldo - G. S.r.l. (Avv.ti Uva e Domini) c. S. S.r.l. (Avv.ti Cigolini e Pugliaro).

ESECUZIONE forzata in genere - mutamento del titolo esecutivo nel corso della procedura - ammissibilità - effetto interruttivo sulla procedura - insussistenza.

ESECUZIONE forzata in genere - conservazione degli atti esecutivi - ratio applicativa della norma.

(Art. 653 c.p.c.)

ESECUZIONE forzata in genere - eccezione di improcedibilità e/o estinzione sopravvenuta della procedura per carenza di titolo esecutivo - deposito del nuovo titolo esecutivo successivamente all'eccezione sollevata del debitore - ammissibilità.

(Artt. 630 e 653 c.p.c.)

La conservazione degli atti esecutivi consente di affermare che la regola per cui il titolo esecutivo deve esistere durante tutto il corso e sino al termine del processo esecutivo, non impone che l'esecuzione, iniziata sulla base di un determinato titolo, debba anche proseguire e concludersi in forza di esso. L'esecuzione forzata deve sempre essere sorretta da un titolo esecutivo ma questo, oggettivamente, può cambiare senza perciò determinare interruzioni nell'esercizio dell'azione esecutiva.

La ratio dell'art. 653 c.p.c. (norma speciale) ispirata al principio di conservazione degli atti, deve essere intesa nel senso che, anche in caso di caducazione ex tunc del decreto ingiuntivo dichiarato nullo o revocato in parte, gli atti di esecuzione compiuti restano validi, purché giustificati a ritroso dalla sentenza che, accertando l'esistenza di un credito, sia pure di importo minore rispetto al quantum della pronuncia monitoria, giustifica la permanenza in vita del titolo esecutivo.

L'art. 653 c.p.c. non pone alcun onere o termine alle parti del procedimento esecutivo per il deposito della sentenza che accoglie o rigetta l'opposizione al decreto ingiuntivo; il deposito nella procedura esecutiva della sentenza che tiene luogo del decreto ingiuntivo revocato può quindi avvenire anche successivamente alla proposizione dell'istanza di improcedibilità e/o estinzione sopravvenuta della procedura avanzata dal debitore esecutato.

A.B.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 14 marzo 2016, n. 10021 - Giudice Unico Spera - P.L. spa (Avv.ti A. Bongiorno Gallegra e Greco) c. Comune di Lavagna (Avv. Ghibellini).

GIURISDIZIONE civile - protocollo di intesa - natura contrattuale - configurabilità - sussiste.

(Art. 11 L.241/1990)

In tema di contratti ed obbligazioni, la definizione che le parti danno al loro accordo non ne muta la reale natura contrattuale, in particolare quando si accerti che esso includa veri e propri obblighi sinallagmatici, con esclusione di qualsiasi discrezionalità. Nei Protocolli di Intesa, invece, gli impegni assunti dalle parti sono formulati in termini generici e vaghi, e possono essere ricondotti agli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento devoluti alla giurisdizione del giudice amministrativo - solo quando sia prevista una qualche discrezionalità: in difetto, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario.

(Conforme Cass. n. 16094/2009)

A.O.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 4 luglio 2014, n. 2430 - Giudice Unico Del Nevo - A.B. (Avv. Manno) c. C.P. (Avv.ti Cuneo e Foppiano).

LOCAZIONE - miglioramenti apportati alla cosa locata - diritto del conduttore alla corresponsione di un'indennità - riconsegna della cosa da parte del locatario - presupposto per una pronuncia nel merito - sussiste.

(Artt. 1590 e 1592 c.c.)

L'azione del conduttore volta ad ottenere, ai sensi dell'art. 1592 c.c., l'indennità per i miglioramenti apportati alla cosa locata, non può essere proposta prima dell'avvenuta riconsegna del bene locato.

J.V.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 22 settembre 2014, n. 3016 - Giudice Unico Del Nevo - A.S.D.V. (Avv. Muso) c. D.O. (Avv. Pastorino).

LOCAZIONE - sottoscrizione scrittura privata per il pagamento dei canoni del precedente conduttore - validità - sussiste.

Deve essere respinta l'opposizione a decreto ingiuntivo proposto dal soggetto subentrante nel contratto di locazione laddove lo stesso, mediante scrittura privata, si è riconosciuto debitore dei canoni del precedente conduttore (nella specie, l'opponente aveva sottoscritto una scrittura privata ove si obbligava a pagare i canoni del precedente conduttore; inoltre, aveva eccepito la mancata registrazione del contratto che invece era stata regolarmente effettuata).

J.V.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 9 aprile 2015, n. 1146 - Giudice Unico Ferrari - S. ed altri (Avv. Picardo) c. S. (Avv.ti Guadagna e Buratti).

LOCAZIONE - morte del locatore - modificazione soggettiva del rapporto - subentro degli eredi in solido, in proporzione alle rispettive quote - vocazione in giudizio di un solo erede, in proprio e non in tale qualità - eccezione di inammissibilità e/o improcedibilità della domanda - infondatezza.

(art. 1295 c.c.)

LOCAZIONE - domanda di ripetizione di somme a titolo di equo canone ai sensi della l. n. 392/1978 - termine decadenziale di sei mesi ex art. 79, comma 2, l. n. 392/1978 - decorrenza - riconsegna dell'immobile nella effettiva disponibilità del locatore - irrilevanza della stipula medio tempore di nuovo contratto ai sensi della l. n. 431/1998.

(art. 1339 c.c.; artt. 12 e segg. e 79 l. 27 luglio 1978 n. 392; artt. 2 e 14 l. 9 dicembre 1998, n. 431)

LOCAZIONE - domanda di ripetizione di somme a titolo di equo canone ai sensi della l. n. 392/1978 - termine decadenziale di sei mesi ex art. 79, comma 2, l. n. 392/1978 - sospensione feriale ex art. 1 l. n. 742/1969 - applicazione.

(art. 24 Cost.; art. 79 l. 27 luglio 1978 n. 392; art. 1 L. 7 ottobre 1969, n. 742)

LOCAZIONE - domanda di ripetizione di somme a titolo di equo canone ai sensi della l. n. 392/1978 - termine decadenziale di sei mesi ex art. 79, comma 2, l. n. 392/1978 - deposito del ricorso entro il termine - prescrizione del credito - inopponibilità.

(art. 79 l. 27 luglio 1978 n. 392)

LOCAZIONE - applicabilità della l. n. 392/1978 - entrata in vigore della l. n. 431/1998 in pendenza di con-

tratto - irrilevanza - inapplicabilità del nuovo regime.

(art. 1339 c.c.; artt. 12 e segg. e 79 l. 27 luglio 1978 n. 392; artt. 2 e 14 l. 9 dicembre 1998, n. 431)

Atteso che la morte del locatore comporta solo una modificazione soggettiva del rapporto di locazione, con il subentro degli eredi nella posizione locatore e nei suoi obblighi, con divisione dell'obbligazione, salvo patto contrario ex art. 1295 c.c., fra gli eredi di uno dei condebitori o di uno dei creditori, in solido in proporzione alle rispettive quote, sono infondate le eccezioni di inammissibilità e/o improcedibilità della domanda per la vocazione in giudizio di un solo erede, in proprio e non in tale qualità.

(In senso conforme, Cass. sez. III 15 aprile 1989 n. 1811)

Il termine decadenziale di sei mesi ex art. 79, comma 2, della L. n. 392/1978, entro il quale il conduttore ha l'onere di domandare la restituzione delle somme pagate in eccedenza rispetto al canone previsto da detta legge, decorre dalla riconsegna dell'immobile oggetto del contratto, ossia dalla data in cui il bene viene posto nella effettiva disponibilità del locatore, con conseguente irrilevanza, quando non vi sia stata soluzione di continuità nel godimento dell'immobile da parte del conduttore, della circostanza che, alla scadenza o nella vigenza del contratto soggetto a regime vincolistico, le parti ne abbiano stipulato uno nuovo, sottratto a detto regime.

(In senso conforme, Cass. sez. III 03 aprile 2009 n. 8143)

In considerazione della brevità della durata del termine ex art. 79, comma 2, della L. n. 392/1978 e del rilievo che la possibilità di agire in giudizio costituisce l'unico rimedio per far valere il diritto, si applica allo stesso la sospensione feriale di cui all'art. 1 della L. n. 742/1969, per la necessaria tutela del diritto di azione ex art. 24 Cost.

(In senso conforme, Cass. sez. III 29 agosto 2013 n. 19881 e sez. III 07 maggio 1996 n. 4236)

Se l'azione ex art. 79, comma 2, della L. n. 392/1978 viene esperita con il deposito del ricorso entro il termine semestrale di decadenza, il conduttore può recuperare tutto quanto indebitamente corrisposto, fino al momento del rilascio dell'immobile locato, con conseguente inopponibilità della eccezione di prescrizione.

(In senso conforme, Cass. sez. III 07 luglio 2010 n. 16009)

Nel caso di pendenza, alla data di entrata in vigore della l. n. 431/1988, di un contratto di locazione ad uso abitativo con canone convenzionale ultralegale rispetto a quello c.d. equo da determinarsi ai sensi degli art. 12 ss. della l. n. 392/1978, qualora sia intervenuta la sua rinnovazione tacita ai sensi dell'art. 2, comma 6, della l. n. 431/1998, il conduttore - in difetto di una norma che disponga l'abrogazione dell'art. 79 della menzionata l. n. 392/1978 in via retroattiva o precluda l'esercizio delle azioni dirette a rivendicare la nullità di pattuizioni relative ai contratti in corso alla suddetta data - è da considerarsi legittimato, in relazione al disposto del comma 5 dell'art. 14 della medesima l. n. 431/1998, ad esercitare l'azione prevista dall'indicato art. 79 diretta a rivendicare l'applicazione, a decorrere dall'origine del contratto e fino alla sua naturale scadenza venutasi a verificare successivamente alla stessa data in difetto di idonea disdetta, del canone legale con la sua sostituzione imperativa, ai sensi dell'art. 1339 c.c., al pregresso canone convenzionale illegittimamente pattuito. Tale sostituzione, in ipotesi di accoglimento dell'azione, dispiega i suoi effetti anche con riferimento al periodo successivo alla rinnovazione tacita avvenuta nella vigenza della legge n. 431 del 1998.

(In senso conforme, Cass., sez. III 05 giugno 2009, n. 12996)

C.F.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 3 luglio 2015, n. 2131 - Giudice Unico Ferrari - P.A. (Avv. Spallarossa) c. S.O. (Avv. Ginnante).

LOCAZIONE - registrazione del contratto - condizione di efficacia.**LOCAZIONE - registrazione tardiva - contratto di locazione - efficacia ex tunc.****LOCAZIONE - D. Lgs. 23/2011 art. 3 - applicazione - esclusione.****LOCAZIONE - D. Lgs. 23/2011 art. 3 - interpretazione - art. 6 Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.**

La registrazione del contratto di locazione deve essere considerata una semplice condizione di efficacia del contratto e non un requisito per la sua validità.

E' ammessa la registrazione tardiva, la quale, in linea con la previsione dell'art. 1360 c.c. rende il contratto efficace ex tunc.

La disciplina contenuta nell'art. 3 del D. Lgs. 23/2011 non si applica ai contratti di locazione, come quello in questione, conclusi anteriormente alla sua entrata in vigore.

Se, in linea di principio, in materia civile non è vietato al potere legislativo disciplinare, con nuove disposizioni, di natura retroattiva, i diritti che derivano dalle leggi vigenti, il principio della preminenza del diritto e la nozione di processo equo, sanciti dall'art. 6 CEDU, si oppongono, fatte salve prevalenti necessità di interesse generale, all'ingerenza del potere legislativo sull'amministrazione della giustizia con lo scopo di influire sull'esito giudiziario di una controversia.

Non ravvisandosi con riferimento alla normativa in questione, "ragioni imperative di interesse generale" che possano eccezionalmente autorizzare, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, un intervento del legislatore volto ad incidere sui processi in corso (non integrano tali impellenti ragioni di interesse generale esigenze di carattere meramente finanziario), si esclude, in conformità all'interpretazione dell'art. 6 CEDU, la portata retroattiva del D. Lgs. 23/2011.

P.MO.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 9 luglio 2015, n. 2234 - Giudice Unico Del Nevo - A. (Avv. Vassallo) c. L. (Avv. Frumento).

LOCAZIONE - locazione non abitativa - morosità - sanatoria ex art. 55 l. n. 392/1978 - pagamento successivamente all'inizio del procedimento di convalida di sfratto - inapplicabilità.

(Art. 55 l. 27 luglio 1978 n. 392)

PROCEDIMENTO civile - rito locatizio - prove - produzione di documenti dopo la memoria integrativa - documenti di data anteriore all'inizio della causa - inammissibilità.

(Art. 447 bis c.p.c., art. 2697 c.c.)

La sanatoria della morosità del conduttore, prevista dall'art. 55 della l. n. 392/1978, non è applicabile ai contratti di locazione non abitativa dopo l'inizio del procedimento di convalida.

(In senso conforme, Cass., sez. III 31 maggio 2010 n. 13248)

Il rito locatizio non consente un'offerta di prove successiva alla memoria integrativa, in particolare se relativa a documenti in data anteriore all'inizio della causa.

C.F.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 24 settembre 2015, n. 2661 - Giudice Unico Ferrari - A.R.G. (Avv. Michele Ispodamia) c. A.P. (Avv. Fabio Bajetto).

LOCAZIONE - contratto registrato ai sensi del D.Lgs. n. 23/2011 - risoluzione del contratto per grave inadempimento del locatore - mancato pagamento dei canoni di locazione nell'ammontare pattuito contrattualmente - omesso versamento delle spese di amministrazione - inapplicabilità dell'art. 5, comma 1-ter D.L. 28 marzo 2014, n. 47 in quanto incostituzionale - intimazione al rilascio dell'immobile - fondatezza.

La prova dell'omesso versamento del canone pattuito nel contratto, nonché degli oneri accessori derivanti dai bilanci condominiali, a fronte dell'omessa prova, da parte del convenuto, dei supposti pagamenti "in nero" posti a compensazione, comporta la risoluzione del contratto di locazione per grave inadempimento del conduttore e, per l'effetto, la condanna di quest'ultimo al rilascio dell'immobile locato, oltre al pagamento degli importi posti a fondamento dell'atto di intimazione, maggiorati degli interessi al tasso legale dalle singole scadenze al saldo effettivo. Né può applicarsi l'art. 5, comma 1-ter D.L. 28 marzo 2014, n. 47, in quanto dichiarato incostituzionale con la sentenza n. 169/2015 della Corte costituzionale. Anche per i contratti registrati ai sensi dell'art. 3 del D.Lgs. n. 23/2011, non può dirsi pertanto liberato il conduttore convenuto che eccipisca di aver pagato un canone pari al triplo della rendita catastale (cfr. art. 3, comma 8 del D.Lgs. n. 23/2011), ove il valore così determinato sia inferiore a quello previsto dal contratto.

F.P.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 25 marzo 2016, n. 1130 - Giudice Unico Ferrari - T. (Avv. ti Repetto e Cimino) c. T. (Avv. Maltagliati).

LOCAZIONE - domanda di ripetizione dell'indebito oggettivo - avvenuto pagamento e mancanza di una causa che lo giustifichi o il suo venire meno - onere della prova a carico del creditoreistante - dimostrazione dell'esistenza del fatto negativo contrario o mediante presunzioni, anche per testimoni - mancanza della prova - rigetto della domanda.

(Artt. 2033 e 2697 c.c.)

Secondo un principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità, nella domanda di ripetizione dell'indebito oggettivo l'onere della prova grava sul creditoreistante, il quale è tenuto a provare (dimostrando l'esistenza di un fatto negativo contrario o mediante presunzioni, anche per testi) i fatti costitutivi della sua pretesa, quali l'avvenuto pagamento e la mancanza di una causa che lo giustifichi ovvero il venir meno di questa.

Pertanto, in difetto dell'adempimento da parte del creditoreistante del predetto onere probatorio (né provando né offrendo di provare la mancanza di una causa giustificativa dei pagamenti effettuati), la domanda deve essere rigettata (nel caso di specie, il Giudice ha peraltro rinvenuto la causa giustificativa nello stesso contratto di locazione).

(In senso conforme, Cass., 13 novembre 2003 n. 17146, 10 novembre 2010 n. 22872, 9 agosto 2010 n. 18483)

C.F.

Tribunale di Genova, sez. IV civ., 5 marzo 2016, n. 805 - Pres. Mazza Galanti - Rel. Di Lazzaro - M. P. (Avv. Sarceletti) c. O.A. (Avv. Pinori).

MINORE, infanzia e maternità - divorzio - audizione di minore - regime di affidamento - mantenimento.

Non deve essere disposto l'ascolto del minore quando gli interessi delle parti siano limitati a rivendicazioni economiche che nulla hanno a che fare con la sua volontà di frequentare i genitori: diversamente il minore potrebbe venire utilizzato come strumento per far valere questioni economiche e si verificherebbe così un effetto contrario e controproducente.

F.G.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 7 luglio 2014, n. 2459 - Giudice Unico Bonino - P.R. (Avv. Gianello) c. A.D. (Avv. Canepa).

OBBLIGAZIONI - obbligazioni solidali - ripetizione somme - azione di regresso tra condebitori - ammissibilità.

(Art. 1299 c.c.)

OBBLIGAZIONI - obbligazioni solidali - ripetizione somme - arricchimento senza causa - rimedio sussidiario - improponibilità.

(Artt. 1299, 2041, 2042 c.c.)

Il debitore in solido, che ha pagato la quota di pertinenza di altro coobbligato, ha a sua disposizione per farsi indennizzare quanto versato l'azione di regresso ex art. 1299, comma 1, c.c.

L'attore, che ha a sua disposizione l'azione di regresso ex art. 1299, comma 1, c.c., non può azionare il rimedio residuale e sussidiario dell'azione di arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c.

P.MO.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 4 luglio 2014, n. 2418 - Giudice Unico Cozzani - A.B. (Avv. Nadalini) c. Capitaneria di Porto.

PESCA - pesca marittima - detenzione di attrezzi da pesca - normativa vigente - interpretazione.

(Artt. 15 c.1 lett. b) L. 963/65 e 140 D.P.R. 1639/68, L. 101/08)

PESCA - pesca marittima - detenzione di attrezzi da pesca non consentiti - sanzioni - sanzione amministrativa pecuniaria e confisca.

(Artt. 15 c.1 lett. b) L. 963/65 e 140 D.P.R. 1639/68)

Alla luce della modifica intervenuta con la L. 101/08, l'art. 15 c. 1, lett. b) L. 963/65 vieta anche la mera detenzione di attrezzi da pesca non consentiti, non autorizzati o non conformi alla normativa vigente.

Il palangaro detenuto con un numero di ami bagnati superiore a 200 costituisce attrezzo non consentito e non conforme alla normativa vigente e la sua detenzione è soggetta all'applicazione di sanzione amministrativa pecuniaria e alla misura della confisca.

P.MO.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 9 aprile 2015, n. 1132 - Giudice Unico Scarzella - Cond. V. (Avv. Grosso) c. Cond. V. (Avv. Olcese).

PRESCRIZIONE e decadenza - estinzione del processo - effetti.

(Art. 2945 c.c.)

L'estinzione del processo (sia o meno dichiarata dal giudice) elimina l'effetto permanente dell'interruzione della prescrizione prodotto dalla domanda giudiziale ai sensi dell'art. 2945, comma 2, c.c., ma non incide sull'effetto interruttivo istantaneo della medesima, con la conseguenza che la prescrizione ricomincia a decorrere dalla data di detta domanda. (Conforme: Cass. Sez. III, 13 aprile 2010 n. 8720).

M.BAG.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 23 settembre 2015 n. 2654 - Giudice Unico Silvestri - E.L.C. (Avv. Bertone) c. V.P. Contumace.

PROVA civile in genere - adempimento del contratto con prestazioni corrispettive - contratto di appalto - onere dell'appaltante.

(Art. 1655 e segg. c.c., art. 2967 c.c.)

In tema di prova dell'adempimento del contratto con prestazioni corrispettive quale il contratto di appalto, si applica il principio secondo il quale l'appaltante, allorché agisca in giudizio per l'adempimento, ha l'onere di provare di aver esattamente adempiuto alla propria obbligazione e quindi di aver eseguito l'opera conformemente al contratto e a regola d'arte. (In senso conforme Cass. n. 936/2010).

CL.RM.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 16 dicembre 2014, n. 4121 - Giudice Unico Bozzo Costa - P.R.G. e P.E. (Avv. ti Repetto e De Bianchi) c. Assicurazioni e R. I. S.r.l. (Avv. ti Brancati, Martini e Rodolfi) e c. D.M.

RESPONSABILITÀ civile - risarcimento del danno cd. "parentale" - concetto e configurazione.

(Art. 2059 c.c.)

Il danno non patrimoniale patito dai prossimi congiunti della vittima di lesioni personali, va liquidato tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto, valutando la reale situazione e relazione affettiva del prossimo congiunto con la vittima. Il danno non patrimoniale cd. "parentale" si riferisce in modo inequivocabile al diritto di vedere risarcito il danno conseguito allo sconvolgimento delle abitudini di vita tipiche di un precedente regime di vita familiare. Il diritto al risarcimento del danno a favore della vittima indiretta trova fondamento negli artt. 2, 29 e 30 della Costituzione. Alla luce di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. la tutela risarcitoria di tale danno è data, oltre che nei casi determinati dalla legge, nel solo caso di lesione di specifici diritti inviolabili della persona la cui compressione determina una ingiustizia costituzionalmente qualificata, quale è quella relativa ai diritti della famiglia. Il danno cd. "parentale", in quanto danno morale da patema d'animo, sofferenza interna al singolo soggetto, non accertabile con metodi scientifici, può essere provato in modo diretto solo quando assuma connotazioni eclatanti, restando il più delle volte accertabile in base a indizi e presunzioni, che anche da soli possono essere decisivi ai fini della sua configurabilità.

V.M.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 8 aprile 2015, n. 1123 - Giudice Unico Basoli - C.T. (Avv. Simeone) c. Condominio Via XY (Avv. Fossa).

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità per cose in custodia - beni demaniali - responsabilità dell'ente proprietario - presunzione - sussiste.

(Art. 2051 c.c.)

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità per cose in custodia - prova liberatoria - caso fortuito - interruzione del nesso eziologico tra la cosa in custodia e l'evento dannoso.

(Art. 2051 c.c.)

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità per cose in custodia - responsabilità oggettiva - interruzione del nesso eziologico tra la cosa in custodia e l'evento dannoso - concorso del danneggiato.

(Art. 2051 c.c.)

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità per cose in custodia - concorso di colpa del danneggiato - incidenza sul piano causale.

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità per cose in custodia - sinistro stradale - perdita di acqua proveniente da tubatura condominiale sulla sede stradale - responsabilità del condominio - concorso di colpa del danneggiato - criteri di valutazione - fattispecie.

(Artt. 2051, 1227, primo comma, c.c.)

DANNI in materia civile - liquidazione - parametri di riferimento.

DANNI in materia civile - danno morale - sussistenza - presunzione.

DANNI in materia civile - danno non patrimoniale - configurabilità.

L'ente proprietario di una strada aperta al pubblico transito si presume responsabile, ai sensi dell'art. 2051 c.c., dei sinistri causati dalla particolare conformazione della strada o delle sue pertinenze.

Tale responsabilità è esclusa solo dal caso fortuito, che può consistere sia in una alterazione dello stato dei luoghi imprevedibile e non tempestivamente eliminabile o segnalabile ai conducenti nemmeno con l'uso dell'ordinaria diligenza, sia nella condotta della stessa vittima, consistita nell'omissione delle normali cautele esigibili in condizioni analoghe e che, attraverso l'impropria utilizzazione del bene pubblico, abbia determinato l'interruzione del nesso eziologico tra lo stesso bene in custodia ed il danno.

(Conf.: Cass., III, 19/11/2009 n. 24419)

La responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia prevista dall'art. 2051 c.c. prescinde dall'accertamento del carattere colposo dell'attività o del comportamento del custode e ha natura oggettiva, necessitando, per la sua configurabilità, del mero rapporto eziologico tra cosa ed evento; tale responsabilità prescinde, altresì, dall'accertamento della pericolosità della cosa stessa e sussiste in relazione a tutti i danni da essa cagionati, essendo esclusa solo dal caso fortuito, che può essere rappresentato - con effetto liberatorio totale o parziale - anche dal fatto del danneggiato, avente un'efficacia causale tale da interrompere del tutto il nesso eziologico tra la cosa e l'evento dannoso o da affiancarsi come ulteriore contributo utile nella produzione del danno.

(Conf.: Cass., III, 7/4/2010, n. 8229)

Quanto più la situazione di pericolo era prevedibile e superabile con le normali cautele da parte del danneggiato, tanto più incidente deve considerarsi sul piano causale il comportamento di quest'ultimo.

(Conf.: Cass., III, 13/7/2011, n. 15375)

Nella fattispecie, il comportamento di guida del danneggiato non è stato ritenuto improntato alla normale cautela che deve essere richiesta in relazione allo specifico mezzo guidato e alle condizioni della strada; mancata scelta di percorso alternativo e mancato adeguamento della velocità costituiscono comportamenti di guida conseguenti a carenze di attenzione e di prudenza.

La liquidazione del danno va effettuata applicando i parametri di cui alle tabelle del Tribunale di Milano, che risultano essere quelle statisticamente maggiormente testate e che vanno considerate come le più idonee ad essere assunte quale criterio generale di valutazione che, con l'apporto dei necessari ed opportuni correttivi ai fini della cd. personalizzazione del ristoro, consenta di stabilire la misura del risarcimento in termini maggiormente congrui, sia sul piano dell'effettività del ristoro del pregiudizio che di quello della relativa perequazione, nel rispetto delle diversità proprie dei singoli casi concreti, sul territorio nazionale.

Il danno morale è presuntivamente sussistente ed implicitamente liquidato nel punto unico di invalidità e può essere aumentato o diminuito in relazione alla prova - ricavabile anche in via presuntiva - di una sua maggiore o minore consistenza in relazione a circostanze specifiche del caso concreto.

La cd. personalizzazione del danno non patrimoniale prevista nelle tabelle del Tribunale di Milano ha luogo nei casi di particolare incidenza dell'invalidità permanente sulla vita di relazione e sulle varie attività areddituali del soggetto.

P.MO.

Tribunale di Savona, 16 aprile 2015 - Giudice Unico Princiotta - F. (Avv. Ruffino) c. C. (Avv. Aglietto), U. S.p.a., C.R.I. (Avv. Cerulli), G.S.p.a. (Avv. Cerulli).

RESPONSABILITÀ civile - circolazione di veicoli - danno cagionato a terzi - concorso di colpa presunta e accertata dei conducenti - sussiste - conducente di veicolo in servizio di emergenza - obbligo di osservare la generale prudenza - sussiste - valutazione dell'apporto causale in misura non paritetica - sussiste.

(Art. 2054, comma 2, c.c.)

In tema di circolazione stradale, la regola posta dall'art. 2054, comma 2, cc., non impone di considerare uguale l'apporto causale colposo di ciascuno dei conducenti dei mezzi coinvolti in uno scontro soltanto perché non sia stato provato che uno dei due abbia fatto tutto il possibile per evitare il sinistro, ma consente, invece, che la colpa presunta di uno dei due possa concorrere con quella dell'altro, anche con apporto percentuale diverso da quello paritetico.

I conducenti di veicoli in servizio di emergenza (polizia, ambulanza, vigili del fuoco), anche quando procedono previa attivazione del dispositivo acustico di allarme (c.d. sirena), non sono comunque esonerati dal dovere di osservare la generale prudenza nell'approssimarsi ai crocevia: tuttavia, la violazione di tale generale obbligo di prudenza non esonera gli altri conducenti dall'obbligo di arrestare immediatamente la marcia, non appena siano in grado di percepire la predetta segnalazione di emergenza.

(Nel caso di specie, l'auto condotta dal convenuto, dopo aver impegnato il crocevia, entrava in collisione con un'ambulanza che sopraggiungeva a sirene spiegate: a seguito dell'impatto l'auto privata veniva scaraventata sulle strisce pedonali che l'attrice stava terminando di percorrere, provocandone l'investimento. Il Giudice di prime cure, ricostruita la dinamica del sinistro, accertava

la colpa del conducente del veicolo privato, nella misura del 75%, per non aver tempestivamente arrestato la propria marcia una volta udito il segnale di emergenza proveniente dall'ambulanza, ravvisando, altresì, una concorrente colpa, nella misura del 25%, a carico del conducente di quest'ultimo veicolo, per aver imprudentemente viaggiato ad una velocità eccessiva in prossimità del crocevia).

SO.C.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 14 luglio 2015, n. 2286 - Giudice Unico Bozzo Costa - A.C. (Avv. E. Canepa) c. R.C. (contumace).

RESPONSABILITÀ civile - danno alla salute - danno non patrimoniale - considerazione unitaria - funzione della distinzione fra componenti di pregiudizio - descrittiva e di controllo motivazionale - parametri di liquidazione - tabelle del Tribunale di Milano.

(Art. 2059 c.c.)

RESPONSABILITÀ civile - danno non patrimoniale - componente del danno biologico - parametri di liquidazione - tabelle del Tribunale di Milano.

(Art. 2059 c.c.)

RESPONSABILITÀ civile - danno non patrimoniale - componente del danno morale - liquidazione secondo allegazioni e prove - in assenza - tabelle del Tribunale di Milano.

(Artt. 2059 c.c. e 185 c.p.)

RESPONSABILITÀ civile - danno non patrimoniale - componente del danno esistenziale o biologico "personalizzato" - liquidazione secondo allegazioni e prove - in assenza - tabelle del Tribunale di Milano.

(Art. 2059 c.c. - artt. 138 e 139 Codice delle Assicurazioni)

Un fatto che viola il diritto costituzionale alla salute, ai fini risarcitori, comporta il ristoro del danno non patrimoniale unitariamente considerato, secondo la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. datane ormai costantemente dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione.

La misura del risarcimento che spetta per il danno non patrimoniale subito, determinato sempre e comunque anche in via equitativa ex art. 2056 c.c. - nelle sue componenti di pregiudizio che appare opportuno tenere distinte con valenza meramente descrittiva, al fine di giustificare dal punto di vista motivazionale e rendere così controllabile il quantum riconosciuto - si determina - trattandosi di lesione con IP superiore al 9% facendo riferimento alle tabelle del Tribunale di Milano aggiornate al 1°.01.13 ed esaminabili secondo le indicazioni della Suprema Corte dell'ultimo periodo, in relazione all'invalidità permanente ed alle indicazioni sempre nella medesima tabella per ogni giorno di invalidità temporanea totale/assoluta.

(Conformi: Cass. S.U., 11 novembre 2008, n. 26972; Cass., 27 luglio 2006, n. 17144; Cass., 21 giugno 2006, n. 14302; Cass., 20 ottobre 2005, n. 20323; Cass., 7 giugno 2011, n. 12408)

Per la liquidazione del danno biologico, il Tribunale ha abbandonato il metodo di calcolo legato al triplo della pensione sociale, adottando piuttosto il sistema del "punto tabellare" da ultimo perfezionato dal Tribunale di Milano.

(Conformi: Trib. Genova, 28 settembre 1998 n. 2270; Cass., 7

giugno 2011, n. 12408; Cass., 30 giugno 2011, n. 14402; Cass., 12 settembre 2011, n. 18641)

Il danno morale, come tradizionalmente inteso quale sofferenza transitoria, in assenza di ulteriori allegazioni e prove spetta nella misura indicata in tabella, presumendosi, in base ad una evidente massima d'esperienza, che la vittima di un illecito o della lesione del diritto alla salute patisca sempre, quanto meno, una sofferenza dell'animo di durata pari a quella dell'invalidità temporanea in ragione delle sofferenze, dell'ansia sulla guarigione e sugli esiti, liquidabile in forma maggiorata quando risulta aggravata dall'aver comportato lunghi periodi di ricovero, interventi chirurgici, immobilizzazioni, ecc..

La nuova voce danno biologico "personalizzato" (che nella giurisprudenza dell'ufficio era in precedenza denominata danno esistenziale e calcolata, quando ritenuta sussistente, in una percentuale dell'IP accertata in sede medico-legale, III colonna tabella Milano 2011), fa riferimento agli aspetti dinamico relazionali specifici ed ulteriori conseguenti alla compromissione della salute della singola vittima, e dunque variabili concretamente da caso a caso (e richiedenti apposite allegazioni e prove), quale insieme di conseguenze negative ulteriori prodotte dalla lesione su aspetti pregnanti e significativi della vita quotidiana e sulle varie attività a-reddituali del soggetto, calcolato in termini percentuali rispetto alla somma riconosciuta come IP secondo le indicazioni fornite dagli artt. 138 e 139 codice delle assicurazioni del 2005 di cui le pronunce della Cassazione a sezioni unite hanno evidenziato la portata generale.

A.BEE.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 7 marzo 2016, n. 822 - Giudice Unico Fabris - T.R. (Avv. Magnani) c. G.I. Ass. spa e B.M. (Avv. Procacci).

RESPONSABILITÀ civile - sinistro stradale - danno alle cose - investimento di cane con pedigree - danno all'allevamento per diminuita capacità del cane a partecipare a future gare espositive - risarcibilità - quantum - valutazione equitativa.

(Artt. 1226 e 2054 c.c.)

Rientra nella comune esperienza il fatto che un cane pluripremiato a diverse competizioni, nelle quali ha ottenuto il massimo dei voti (come risulta dagli atti di causa), perda parte del proprio valore espositivo in conseguenza di un incidente che pregiudica la sua capacità di deambulare (nel caso di specie la GTU aveva concluso che la zampa interessata dal sinistro presenterà permanentemente una diminuzione della mobilità rispetto all'altra quantificabile nell'ordine del 15%).

Il danno all'allevamento al quale il cane appartiene ed al quale lo stesso viene associato nelle mostre canine prescinde dal fatto che l'animale ben possa essere utilizzato per la monta e trattandosi di un pregiudizio patrimoniale per lo più futuro e di difficile se non impossibile quantificazione, è risarcibile in via equitativa.

GV.D.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 29 marzo 2016, n. 1138, Giudice Unico Bozzo Costa - B. (Avv. Batini) c. Comune di Busalla (Avv. Rigamonti).

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità da cose in custodia - presupposti.

(Artt. 2043, 2051 c.c.)

DANNI in materia civile e penale - liquidazione e valutazione equitativa - criteri.

(Art. 1226 c.c.)

SPESE giudiziali civili - determinazione dell'importo delle spese - criteri normativi e poteri discrezionali del giudice - regolamento delle spese - fattispecie.

(Art. 91 c.p.c.)

L'Ente titolare degli oneri di manutenzione di un marciapiede aperto al pubblico transito si presume responsabile, ai sensi dell'art. 2051, dei sinistri causati dalla particolare conformazione della strada o delle sue pertinenze, salvo il caso fortuito, che può consistere sia in una alterazione dello stato dei luoghi impreveduta, imprevedibile e non tempestivamente eliminabile o segnalabile ai pedoni nemmeno con l'uso dell'ordinaria diligenza, sia nella condotta della stessa vittima, consistente nell'omissione delle normali cautele esigibili in situazioni analoghe, tale da determinare l'interruzione del nesso eziologico tra il bene in custodia e il danno.

(In senso conforme: Cass. n. 6306/2013, n. 2660/2013, n. 2108/2011, n. 12695/2010, n. 24529/2009, n. 24419/2009, n. 20247/2008).

La mancata previsione normativa di criteri da adottare per la liquidazione del danno in settori diversi dalla circolazione stradale e dalla responsabilità medica non preclude la possibilità per il giudice di adottare quale parametro di riferimento per la liquidazione equitativa del danno l'art. 139 D.lgs. 209/2005 unitamente alle tabelle elaborate dal Tribunale di Milano.

(Nel caso di specie il Giudice ha ritenuto opportuno prendere quale parametro di riferimento per la liquidazione equitativa del danno all'integrità psico-fisica le tabelle normative previste per i danni derivanti da circolazione stradale e da responsabilità in ambito sanitario pur in presenza di fattispecie afferente ad altro settore della responsabilità civile).

In caso di accoglimento solo parziale della domanda attorea, la mancata accettazione da parte dell'attore della proposta conciliativa formulata dal convenuto nel corso del giudizio, risultata di molto superiore a quella riconosciuta in sentenza, determina la soccombenza dell'attore in relazione alla fase decisionale della causa, resasi necessaria a seguito del rifiuto della proposta conciliativa.

(Nella caso di specie il Giudice ha posto a carico dell'attore parzialmente vittorioso le spese di giudizio della fase decisionale in quanto la somma offerta dal convenuto nel corso del giudizio è risultata di molto superiore a quella liquidata in sentenza in favore dell'attore).

M.BAG.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 23 febbraio 2015, n. 650 - Giudice Unico Basoli - E.C. (Avv. Pincione) c. M.P. (Avv. Raggi).

SPESE legali - onorari liquidati dal giudice della procedura esecutiva - diritti e onorari ulteriori - inammissibilità.

Nella liquidazione fatta dal giudice che si riferisca alle spese della procedura (esecutiva) sono comprese sia i diritti sia gli onorari. Non è, pertanto, possibile richiedere, salvo esplicita giustificazione, somme ulteriori a titolo di diritti.

Il D.M. 140/2012 deve essere applicato laddove l'attività professionale si sia conclusa successivamente al 20/8/2012, data di entrata in vigore del D.M. stesso.

J.V.

Tribunale di Savona, 24 aprile 2015, Giudice Unico Princiotta.

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità medica - risarcimento del danno patrimoniale, del danno non patrimoniale e del danno esistenziale - onere della prova - nesso causale - esclusione - consulenza tecnica d'ufficio - rigetto.

Nel giudizio di risarcimento del danno conseguente all'attività medico chirurgica, all'attore danneggiato spetta sia l'onere di provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza (o l'aggravamento) della patologia, sia di allegare l'inadempimento qualificato del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, restando, invece, a carico del medico e/o della struttura sanitaria la dimostrazione che tale inadempimento non si sia verificato, ovvero che esso non sia stato causa del danno.

Qualora si constati che l'evento dannoso si sarebbe verificato nei medesimi termini, risulta provata la mancanza di nesso causale tra la condotta asseritamente dannosa ed il danno stesso.

Il Tribunale ritiene di dover aderire all'orientamento secondo il quale si afferma che il mezzo istruttorio della consulenza tecnica d'ufficio non può essere utilizzato per compiere indagini esplorative dirette all'accertamento di circostanze di fatto, la cui dimostrazione rientri, invece, nell'onere probatorio delle parti.

E.B.

Tribunale di Genova, Sez. I, 6 luglio 2015, n. 2143 - Dott. Lorenza Calcagno - G. S.r.l. (Avv. Fabrizio Giusti) c. B.V., A.V. e F. De P. (Avv. Teo Tirelli).

REVOCATORIA (azione) - funzione - ricostituire il patrimonio del debitore ed assicurare maggiore fruttuosità e speditezza dell'azione esecutiva - requisiti - esistenza del credito - effettività del danno - consapevole diminuzione delle garanzie del creditore (scientia damni e consilium fraudis).

FIDEIUSSIONE - garanzia personale - decadenza - sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale - debito ripartito in scadenze - natura delle rate come debito autonomo - decorrenza del termine di decadenza - ciascuna rata - natura delle rate come mera modalità di corresponsione - decorrenza del termine di decadenza - ultima rata.

REVOCATORIA (azione) - danno - incremento dell'incertezza o difficoltà di soddisfazione del credito - insussistenza del rischio - onere della prova - convenuto (cfr. C.Cass., Sez. II, 3 febbraio 2015, n. 1902).

La funzione dell'“actio pauliana” non è soltanto quella di ricostituire la garanzia generica assicurata al creditore dal patrimonio del suo debitore ma anche quella di assicurare uno stato di maggiore fruttuosità e speditezza dell'azione esecutiva, le cui condizioni consistono “nell'esistenza di un valido rapporto di credito tra il cliente che agisce in revocatoria e il debitore disponente”; nell'effettività del danno, inteso come lesione della garanzia patrimoniale a seguito del compimento da parte del debitore dell'atto traslativo; nella ricorrenza, in capo al debitore, ed eventualmente in capo al terzo, della consapevolezza che, con l'atto di disposizione, venga a diminuire la consistenza delle garanzie spettanti ai creditori” (conforme sul punto a Cass. n. 966/2007).

In tema di decadenza del creditore dall'obbligazione fideiussoria per effetto della mancata tempestiva proposizione delle azioni contro il debitore principale, qualora il debito sia ripartito in scadenze periodiche, ciascuna delle quali dotata di un grado di autonomia

tale da potersi considerare esigibile anche prima ed indipendentemente dalla prestazione complessiva, il “dies a quo”, agli effetti dell'art. 1957 cod. civ., va individuato in quello di scadenza delle singole prestazioni e non già dell'intero rapporto, in quanto scopo del termine di decadenza è quello di evitare che il fideiussore si trovi esposto all'aumento indiscriminato degli oneri inerenti alla sua garanzia, per non essersi il creditore tempestivamente attivato al primo manifestarsi dell'inadempimento, magari proprio contando sulla responsabilità solidale del fideiussore” (conforme a Cass. Civ., Sez. III, 11 luglio 2014, n. 15902).

Ove invece l'obbligazione sia da considerarsi unica per definizione (es mutuo) o per le caratteristiche contrattualmente attribuite all'obbligazione dalle parti (come nel caso di specie) e la divisione in rate sia solo una modalità per agevolare una delle parti, senza conseguire l'effetto di frazionamento del debito in una serie di autonome obbligazioni, il debito non può considerarsi scaduto prima della scadenza dell'ultima rata, con la conseguenza che il termine di cui al citato art. 1957 cod. civ. decorre solo da quel momento (conforme a Cass. Civ., Sez. III, 6 febbraio 2004, n. 2301).

In tema di revocatoria ordinaria, non essendo richiesta, a fondamento dell'azione, la totale compromissione della consistenza del patrimonio del debitore, ma soltanto il compimento di un atto che renda più incerta o difficile la soddisfazione del credito, l'onere di provare l'insussistenza di tale rischio, in ragione di ampie residualità patrimoniali, incombe sul convenuto che eccipisca, per questo motivo, la mancanza dell'“eventus damni”.

F.P.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 25 marzo 2016, n. 1124 - Giudice Unico Calcagno - B.P.S.C. (Avv. Torchio) c. E.M. e G.S. (Avv. Martino).

REVOCATORIA (azione) - requisiti - pericolo di danno - costituzione di fondo patrimoniale - presunzione di pregiudizio alle ragioni del creditore - onere probatorio.

(Artt. 2901 e 167 c.c.)

È idonea a pregiudicare le ragioni del creditore anche una variazione semplicemente qualitativa del patrimonio del debitore, che può realizzarsi con la sostituzione di un bene con altro più difficilmente aggredibile in sede esecutiva. Da un punto di vista probatorio spetta al convenuto in revocatoria eccipire l'insussistenza di tale rischio.

(Conforme: Cass., 17 gennaio 2007, n. 966)

A.BEE.

Tribunale di Genova, sez. VII civ., 29 marzo 2016, n. 1150 - Giudice Unico Delucchi - T. (Avv. Cossu) c. Equitalia Nord S.p.a.

RISCOSSIONE delle imposte - riscossione delle imposte sui redditi - modalità di riscossione - riscossione coattiva - espropriazione forzata - espropriazione mobiliare - vizi di notificazione della cartella di pagamento o dell'intimazione ad adempiere - invalidità derivata del pignoramento - condizioni.

(Art. 50, D.P.R. 602/1973)

L'omessa notificazione da parte dell'Ente della riscossione dell'avviso previsto dall'art. 50 del DPR 602/1973 prima di procedere al pignoramento determina la nullità di tutti gli atti di esecuzione posti in essere da detto Ente.

M.BAG.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 18 luglio 2015, n. 2311, Giudice Unico Giordano - Cond. S. (Avv. Zuffada) c. A.

CONTRATTO in genere - risoluzione del contratto per inadempimento - diffida ad adempiere - assegnazione del termine per adempiere - necessità.

(Art. 1454 c.c.)

Per potersi dichiarare la risoluzione di diritto del contratto ai sensi dell'art. 1454 c.c. la diffida ad adempiere deve contenere l'assegnazione di un termine per adempiere e la dichiarazione che, nel caso di mancato compimento della prestazione entro il citato termine, il contratto deve intendersi risolto di diritto.

M.BAG.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 18 marzo 2016, n. 1023 - Giudice Unico Fabris - Fall.S. (Avv. Pennisi) c. C.M. (Avv. Orgera).

SEQUESTRO conservativo - convalida - giudizio di merito - configurabilità - non sussiste

(Art. 2096 c.c.; Artt. 156, 686, 669 octies c.p.c.)

Nessuna convalida del sequestro conservativo può essere disposta nel giudizio di merito, atteso che, a seguito della condanna esecutiva, il Legislatore ha previsto l'automatica conversione del sequestro in pignoramento, così iniziando l'esecuzione; ciò è confermato anche dagli adempimenti cui il creditore è tenuto, a pena di inefficacia del provvedimento conservativo, ai sensi dell'art. 156 c.p.c..

A.O.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 1 ottobre 2015, n. 2723 - Giudice Unico Cannata - C.G. (Avv. Montanari) c. Agenzia del Demanio e Ministero Economia e Finanze.

SUCCESSIONE ereditaria - rappresentazione - apertura della successione - discendente nato o concepito - necessità.

SUCCESSIONE ereditaria - successione dello Stato - acquisto di beni immobili da parte dello Stato - usucapione del terzo - decorrenza del termine - possesso clandestino - esclusione.

(Art. 586 c.c.)

USUCAPIONE - attività proprie del proprietario - possesso - sussistenza.

USUCAPIONE - animus possidendi - presunzioni.

Poiché il diritto a succedere secondo l'istituto della rappresentazione ha carattere originario e deriva direttamente dalla legge, deve escludersi che chi non è ancora concepito al momento dell'apertura della successione, il quale quindi è privo della capacità di rendersi potenziale destinatario della successione ex lege del de cuius, possa succedere per rappresentazione, essendo necessario, affinché operi la vocazione indiretta, che il discendente, in quel momento, sia già nato o almeno concepito.

(Conf. Cass., II, 22 marzo 2012, n. 4621)

Nel caso di beni immobili acquistati dallo Stato, ex art. 586 cod.

civ., a titolo di eredità, la mancata conoscenza da parte dell'Amministrazione dell'intervenuto acquisto non impedisce, ai sensi dell'art. 1163 cod. civ., nel testo (applicabile razione temporis) anteriore alla modifica di cui all'art. 1, comma 260, della Legge n. 296/2006, il decorso del termine utile per l'usucapione del diritto da parte del terzo, dovendosi escludere in tal caso la natura clandestina del possesso continuato per venti anni ed esercitato pubblicamente e pacificamente.

(Conf.: Cass. II, 26 gennaio 2010, n. 1549 e Cass., II, 11 giugno 2013, n. 14655)

L'utilizzo dell'immobile mediante attività proprie del proprietario, comprendenti il pagamento di oneri condominiali e di imposte nonché l'esercizio di lavori di straordinaria manutenzione, sono espressione di un potere di fatto sulla cosa corrispondente ad un diritto reale.

L'animus possidendi può essere desunto in via presuntiva dallo svolgimento di attività corrispondenti all'esercizio del diritto di proprietà.

(Conf.: Cass. 6 agosto 2004, n. 15145)

P.MO.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 7 luglio 2014, n. 2461 - Giudice Unico Braccialini - G.P. e P.D. (Avv. Bennati) c. S. S.r.l. (Avv. Ghisiglieri).

VENDITA - compravendita immobiliare - consegna aliud pro alio - azione ex art. 1495 c.c. - prescrizione decennale - esclusione.

(Art. 1495 c.c.)

VENDITA - compravendita immobiliare - obblighi del venditore - consegna di titoli e documenti relativi alla proprietà e all'uso della cosa venduta.

(Art. 1477, comma 3, c.c.)

VENDITA - compravendita immobiliare - ritardo nella messa in regola dell'immobile e nella consegna dei documenti - riduzione del prezzo - esclusione.

(Art. 1477, comma 3, c.c.)

VENDITA - compravendita immobiliare - risarcimento del danno - prova del danno - liquidazione in via equitativa.

La prospettazione della consegna di un bene radicalmente diverso da quello promesso impedisce l'applicazione dei termini di cui all'art. 1495 c.c.

E' inadempiente il venditore che non ottempera all'obbligo di procurare all'acquirente, a sue totali cura e spese e nel più breve tempo possibile, il certificato di agibilità dell'immobile alienato.

Nella fattispecie, il ritardo nella messa in regola dell'immobile alienato e nella consegna della documentazione relativa all'uso della cosa venduta non ha determinato un minor valore del bene per effetto di tale carenza "qualità giuridica" tale da poter rilevare come ragione di riduzione del prezzo.

Incombe sull'acquirente danneggiato l'onere di provare il danno risarcibile, onere che ammette una liquidazione equitativa purché ne siano dimostrati i presupposti.

(Conf.: Cass., III, 30 gennaio 2014, n. 2075).

P.MO.

Documenti

Giove e la certezza del diritto. La fortuna e l'incertezza del destino. Un saggio di antropologia giuridica

Marcello Castiglione

Magistrato, Corte d'Appello di Genova

Sommario: 1.- *I giochi e le scommesse degli uomini.* 2.- *Giove e la certezza del diritto.* 3.- *“Vacanze romane”.* 4.- *Una partita ai dadi e il destino di Roma.* 5.- *L'Impero senza fine.*

I dadi li occupano seriamente nei momenti in cui non banchettano e li giocano con un così cieco accanimento nel vincere e nel perdere che, quando tutto è venuto a mancare, in un ultimo colpo gettano come posta nel gioco fin la loro libertà personale.

Tacito. La Germania.

Il terzo modo è quello di interpretare la sorte in base al risultato dei dadi tratti ...

L'arte magica di Artepheus.

Più d'una macchina si è veduta che giocava agli scacchi per se medesima. Ora la vita umana è un giuoco, ed alcuni affermano che ella è cosa ancora più lieve, e che tra le altre, la forma del giuoco degli scacchi è più secondo ragione, e i casi più prudentemente ordinati che non sono quelli di essa vita.

Giacomo Leopardi. Operette morali.

Tutto deve avere un'utilità? No, e sarebbe pazzesco rispondere affermativamente a questa domanda là dove ha inizio il gioco.

Friedrich Georg Junger. Saggio sul gioco.

V'è tuttavia un settore in cui si realizza la sintesi quasi perfetta degli istinti erotici e guerrieri e della regola cortese ideale: è il terreno nettamente circoscritto della lizza in cui si svolgono i tornei.

Denis de Rougemont. L'Amore e l'Occidente.

1. I giochi e le scommesse degli uomini. (1)

Nel nostro ordinamento giuridico “non compete azione per il pagamento di un debito di giuoco o di una scommessa” (art. 1933 c.c.). (2) Il debito di gioco non è munito di sanzione giuridica, ma costituisce una “obbligazione naturale” (3) in ordine alla quale la legge ammette il solo effetto della “soluti retentio”. Per gioco si intende un'attività improduttiva, essenzialmente libera e volontaria, svolta soltanto per svago e divertimento, per evadere dalla realtà. (4) Come afferma Roger Caillois, “il gioco è essenzialmente un'occupazione separata, scrupolosamente isolata dal resto dell'esistenza, e svolta in generale entro precisi limiti di tempo e di luogo”. (Roger Caillois, *I giochi e gli uomini*) (5). L'evasione appartiene alla dimensione del gioco. E' una dimensione diversa da quella della realtà: infatti il gioco ha uno spazio ed un tempo che gli appartengono e lo pongono al di fuori del mondo reale. Lo stadio, la pista, il recinto, il ring, il palcoscenico definiscono lo spa-

zio del gioco. (6) Uscire da quello spazio è proibito e se ciò avviene per caso, per necessità, per errore il fatto può comportare la squalifica del giocatore od il pagamento di una penalità. Lo stesso vale per il tempo. La partita inizia e si conclude al segnale convenuto. Abbandonarla od interromperla prima del tempo può comportare - anche in questo caso - la squalifica del giocatore od il pagamento di una penalità. Lo spazio ed il tempo del gioco rappresentano - per l'appunto - “un universo precostituito, chiuso, protetto: uno spazio puro” in un certo senso uno spazio sacro, separato dalla realtà (Roger Caillois, op. cit.). Ha regole proprie - il gioco - che trovano in se stesse la loro ragione di essere, non rispondendo ad altre finalità che non siano quelle stesse del gioco. Dal punto di vista della realtà il gioco rappresenta il non essere, un'attività fittizia, illusoria (illusione da in-lusio: entrata nel gioco), il contrario della realtà e la sospensione della vita normale. Invero, durante lo svolgimento del gioco, i giocatori e gli spettatori sono sospesi in una dimensione diversa da quella reale. Il suo esito è sempre incerto, sia nei giochi di abilità sia nei giochi di mero azzardo. Per questo esso “tiene in sospenso”. Quando in una partita l'esito non è più dubbio, il gioco è finito. Per questo, esso è sempre aleatorio. In tal senso - come afferma Caillois - il principio stesso del gioco è “corrotto”. V'è nel gioco uno smarrimento dei sensi, una contaminazione della realtà, “un andare alla deriva di una delle quattro pulsioni primarie che presiedono ai giochi”, che sono la pulsione agonistica (agon), la ricerca della fortuna (alea), lo spirito imitativo (mimesis), (7) la ricerca della vertigine (ilinx), che porta alla perdita temporanea della coscienza. Per queste ragioni il gioco, di per se stesso, non interessa il diritto. Esso acquista rilevanza giuridica solo in presenza di una scommessa. Per tale si intende la “promessa” di pagare una somma di denaro o di effettuare un'altra prestazione avente contenuto patrimoniale secondo l'esito di un giuoco. Essa ha sempre un contenuto economico ed un esito incerto, come quello del gioco dal quale dipende. E' essenzialmente aleatoria, essendo fondata su di una causa di lucro improduttiva e non meritevole di tutela giuridica, siccome lo scommettitore fa affidamento per conseguire un lucro non nel risultato di un lavoro utile, ma nel caso, nell'errore o nella sfortuna altrui. Per questo la legge non attribuisce nemmeno alla scommessa una piena efficacia giuridica obbligatoria, in considerazione della “causa” non produttiva, che è propria dei rapporti giuridici che da essa derivano. L'unico effetto che ne deriva è quello di non poter ripetere quanto sia stato spontaneamente pagato in adempimento di un debito di gioco (art. 1933 c.c.). Lo sfavore della legge per la scommessa, cui si attribuisce un disvalore sociale e morale, è ben radicato nella nostra coscienza e nella nostra tradizione giuridica, risalente al diritto romano.

Quando, ad esempio, Lorenzo Valla discute del libero arbitrio, egli simboleggia la prescienza divina con Apollo e l'onnipotenza con Giove.

Jean Seznec

2. Giove e la certezza del diritto.

Nel mondo romano, nel quale il diritto aveva conservato tanti punti di contatto con la religione, il sistema religioso politeistico era stato adattato a sostenere la *res publica* ed a pensare in termini sistematici all'organizzazione dello stato. Giove, (8) il sovrano degli dei, (9) fondamento e rappresentante di ogni

ordine, naturale e civile, reggeva e stabilizzava il mondo e governava l'ordine naturale delle cose, (10) così come il diritto governa la società degli uomini, la civitas, che per i Romani coincideva con il mondo. (11) Nel cosmo romano, ovvero nel mondo ordinato da Giove, non v'era posto per la fortuna e per il caso, che era respinto come un elemento eticamente nocivo. Invero i Romani avevano una concezione attiva della vita e della loro partecipazione al governo della città. La condizione del civis si caratterizzava per il fatto di essere consapevole dei suoi diritti e delle sue azioni e padrone di sé (compos sui): la padronanza di sé indicava essenzialmente la condizione del libero cittadino che come soggetto attivo orientava la sua azione in maniera razionale secondo la "ratio" ed il "consilium", ovvero secondo le regole del diritto che governavano la civitas e garantivano la libertà dei cittadini. Giove come supremo reggitore dello stato garantiva la certezza del diritto - per usare una formula moderna - ed il libero esercizio della volontà da parte dei cittadini, che rappresentava un polo altamente positivo nel sistema di valori romano rivolto - per l'appunto - all'esercizio dell'azione. Ciononostante, anche la dea Fortuna trovava posto nel sistema politeistico romano. (12) In quel sistema positivo di valori, orientato verso il rispetto di regole certe e l'esercizio consapevole della volontà, un sistema nel quale il cittadino non poteva mai perdere la coscienza di sé e del suo ruolo, Fortuna era la dea del gratuito o del fortuito in contrapposizione al cosmo ordinato dalla mente di Giove secondo principi certi ed immutabili. Era - Fortuna - la dea delle donne, dei servi, dei derelitti, di tutti coloro che vivevano ai margini della società. Mentre le donne potevano richiedere l'aiuto della Fortuna per trovare un marito e fare un buon matrimonio od avere dei figli, un uomo che avesse venerato la Fortuna si sarebbe automaticamente squalificato, avrebbe rinunciato sostanzialmente all'esercizio dei diritti politici ed alla propria virilità, secondo una concezione politica che dava un contenuto etico e culturale alla virilità, facendola coincidere sostanzialmente con la qualità di cittadino. Questa si acquisiva a sedici anni con la vestizione della toga virile, che segnava il passaggio dei maschi all'età adulta. Il gioco d'azzardo è sempre stato vietato ai cittadini da leggi speciali, sia ai tempi della repubblica, sia durante l'impero. Esso era considerato disdicevole per il cittadino, soprattutto ai tempi della repubblica, non tanto perché poneva in pericolo il suo patrimonio, quanto piuttosto perché attentava alla "fides", la fede pubblica sulla quale si reggeva lo Stato.

La via degli dei verso gli uomini è un riportare al giusto ciò che è folle e far diventare folle ciò che è giusto.

Friedrich Georg Junger

3. "Vacanze romane". (13)

V'erano dei periodi di vacanza - ovvero di vuoto - nel corso dell'anno durante i quali i diritti erano sospesi: queste fasi coincidevano con i giorni di festa (dies feriati), nei quali i tribunali erano chiusi e non era possibile amministrare la giustizia (vacanza da *vacuus*: vuoto). Generalmente queste feste rappresentavano momenti di passaggio tra diversi cicli stagionali od agricoli, caricati - ovviamente - di significato religioso. (14) Intanto, il calendario romano distingueva i giorni dell'anno in base alla loro qualità: fasti erano i giorni in cui l'attività pubblica era "permessa" (fas), funzionavano i tribunali ed il pretore "diceva il diritto"; nefasti (ne fas) erano i giorni riservati alla religione, in cui ogni altra attività era proibita. La sacralità di questi giorni, dedicati alle divinità, rappresentava una sorta di tabù: l'ambivalenza del sacro ed il timore legati

alla sua presenza si riflettono nel significato negativo che ha assunto nella lingua moderna il termine "nefasto". Il periodo più lungo di sospensione dell'ordine e della legge coincideva con i Saturnali, (15) che, cadendo nel solstizio invernale, erano una festa di fine anno. (16) In epoca classica la festa si prolungava per sette giorni, durante i quali la chiusura dei tribunali faceva cessare l'applicazione della legge: subentrava un clima di trasgressione nel quale alla libertà civica, il cui esercizio era regolato dalla legge, subentrava la libertà assoluta, ovvero teoricamente la libertà di fare tutto quello che si voleva. (17) Era - questa - la libertà primordiale del regno aureo di Saturno, anteriore alla fondazione della comunità civile, quando non esisteva ancora la società civile e non esistevano ancora le distinzioni tra schiavi e padroni e tra classi sociali. Il Sabbatucci interpreta e classifica l'intera festa dei Saturnali come "un grosso rito di trasgressione": il senso rituale di questa vacanza è la rottura dell'ordine costituito, inteso - per l'appunto - come l'ordine di Giove (Dario Sabbatucci, *La religione di Roma antica*) (18). Basta pensare che nei Saturnali era permesso ai cittadini il gioco d'azzardo, che - come s'è detto - normalmente era vietato dalla legge. "Agli schiavi era permessa ogni licenza" (Macrobio, *Saturnalia*). (19) Secondo lo schema classificatorio proposto dal Caillois l'intera festa dei Saturnali può anche essere vista ed interpretata come un gioco ritualizzato, nel quale i partecipanti alla festa attraverso un rituale rievocativo giocavano sostanzialmente ad imitare il regno di Saturno, (20) dandosi temporaneamente un'identità ed un ruolo diversi da quelli che avevano nella vita normale. I cittadini dismettevano la toga virile e si travestivano da schiavi. Questi sedevano a banchetto coi padroni, avevano la precedenza su di essi o addirittura erano loro ad essere serviti dai padroni. Trattavasi - sostanzialmente - di un gioco imitativo o di ruolo nel quale i giocatori rievocavano col loro comportamento un tempo immaginario ed un regno favoloso - quello di Saturno - creando un contesto fittizio nel quale le regole della festa sostituivano la legge e consentivano loro di attribuirsi una personalità ed un ruolo diversi da quelli reali. Il gioco, sia nella forma del gioco d'azzardo, sia nella forma del gioco imitativo o di ruolo, riempiva il vuoto d'azione dovuto alla sospensione della vita civile; rappresentava - il gioco stesso - una forma di trasgressione che dava senso e significato alla festa. Ma proprio perché il gioco era ritualizzato i giocatori non dovevano perdere o dimenticare la loro vera identità: la consapevolezza del gioco ed il rispetto del rito dovevano preservarli dal pericolo dell'alienazione. Essi dovevano essere consapevoli del fatto che il gioco era apparenza ed illusione, in particolare doveva servire - il gioco - allo scopo del rito: onde finita la festa ritornava l'ordine e ciascuno doveva riprendere la sua identità e riassumere il suo ruolo. Intanto, l'evasione temporanea nel clima libertario della festa preludeva alla restaurazione dell'ordine e doveva servire ai cittadini a rinforzare (o a rafforzare) il loro senso di appartenenza alla civitas ed a riappropriarsi con maggiore consapevolezza ed in maniera più salda dei valori morali e sociali che contraddistinguevano la vita civile.

Per quanto s'è detto, periodicamente la dea Fortuna faceva irruzione nel mondo della civitas ordinato dal diritto e dal rispetto delle regole. (21) Come ha osservato acutamente Angelo Brelich in un suo celebre saggio su un'antica polemica religiosa tra Roma e Preneste, il mondo di Fortuna ed il mondo di Giove si contrappongono in senso puramente dialettico, "in quanto essi non soltanto possono coesistere in seno alla medesima concezione religiosa, ma anzi si implicano e si presuppongono a vicenda: la realtà precosmica dominata

da Fortuna attinge, infatti, il proprio valore sacrale dal fatto che è fonte ed origine del cosmo di Giove, il quale, a sua volta, non sarebbe sufficientemente 'garantito', se non si fondasse su quello che è origine in senso assoluto, 'primigenio' (Angelo Brelich, *Tre variazioni romane sul tema delle origini*). (22)

Il gioco è un corpo a corpo con il destino.

Anatole France

4. Una partita ai dadi e il destino di Roma.

La stessa potenza di Roma, ovvero la ricchezza originaria su cui l'Urbe ha costruito la sua potenza, non derivava da un gesto eroico e da una vittoria bellica, ma da una partita ai dadi, che aveva avuto come posta una prostituta. (23) La leggenda narra che sotto il regno di Anco Marzio il guardiano del tempio di Ercole in una sera di noia - descritta dalle fonti come un momento di vacanza o vuoto d'azione - non sapendo come passare il tempo sfidò ai dadi il dio, ponendo come posta una ricca cena ed una bella donna. Vinse il dio ed il guardiano gli portò una cena ed una bellissima prostituta, di nome Acca Larentia. (24) Ercole passò la notte con la donna (25) ed il mattino seguente la congedò promettendole come ricompensa un buon matrimonio. Infatti la donna sposò un ricco agricoltore di nome Taruzio che alla sua morte le lasciò in eredità tutti i suoi beni terrieri. Acca Larentia a sua volta li lasciò in eredità al popolo romano. Questo lascito avrebbe segnato il passaggio di Roma dalla cultura pastorale alla civiltà agricola, avrebbe quindi posto le basi e le premesse di tutto il successivo sviluppo della civiltà romana. I cives onorarono Acca Larentia dopo la sua morte come parens del popolo romano. La festa di Acca Larentia cadeva il 23 dicembre, (26) quindi veniva subito dopo i Saturnali, che iniziando il 17 dicembre si prolungavano fino al giorno 23. Invero le due figure - Saturno ed Acca Larentia - stanno dalla stessa parte nella contrapposizione dialettica di valori che caratterizza il sistema culturale e religioso romano. Entrambi - l'uno come modello mitico di un re che ha regnato sul Lazio in un tempo originario e fortunato anteriore alla fondazione della città ed alla creazione del diritto, l'altra come figura leggendaria di madre adottiva dei Romani - rappresentano la Fortuna che nel bene e nel male (come bona o mala fortuna) ha continuato sempre a comparire e ad apparire nel ciclo calendariale festivo come nella storia stessa di Roma. Un re importante come Servio Tullio, (27) grande figura di riformatore tramandataci dalla tradizione leggendaria della Città, considerato come il rifondatore di Roma, rappresentava il prototipo dell'uomo baciato dalla fortuna. (28) Nato schiavo era diventato re. Sotto il suo regno Roma conobbe un periodo di pace, stabilità e concordia, che rievocava, sostanzialmente, il regno aureo di Saturno. Morì tragicamente ucciso dalla figlia Tullia. (29)

Invece di indagare sul perché l'Impero Romano venne distrutto, dovremmo piuttosto essere sorpresi perché ha resistito così a lungo.

Edward Gibbon

5. L'impero senza fine.

La dea Fortuna, così ambivalente e strettamente legata alla storia di Roma, non è mai stata dimenticata del tutto, ma è rimasta sempre viva nella coscienza culturale dei Romani come archetipo primordiale legato alle origini stesse della città, che ha continuato a venerarla come dea minore conservando nel suo calendario festivo diverse feste dedicate al suo culto. La volontà e la parola di Giove - il fatum, che aveva la forza e l'i-

neluttabilità del destino - conteneva la promessa di un futuro di potenza (Romanum imperium, quo neque ab exordio ullum fere minus neque incrementis toto orbe amplius humana potest memoria recordari.....). (30) Eppure la coscienza romana si interrogava spesso sulla legittimità e sulla durata del dominio di Roma (31) e si chiedeva se la grandezza della Città era dovuta alla virtus dei cittadini, (32) alla volontà di Giove od alla fortuna, essendo sempre presente nella coscienza dei Romani la sensazione inquietante che tale grandezza fosse precaria, pericolante, soggetta alla sorte (Lidia Storoni Mazzolani, *L'impero senza fine*) (33). La certezza del diritto non garantiva la certezza del futuro e della grandezza di Roma. (34)

Note:

(1) L'odierno saggio è un lavoro del Dott. M. Castiglione, che (pro)segue idealmente altri scritti di antropologia giuridica dello stesso autore, già apparsi su questa Rivista. Roberto Negro ne ha curato l'editing ed ha predisposto l'apparato delle note.

(2) Art. 1933. Mancanza di azione. - Non compete azione per il pagamento di un debito di giuoco o di scommessa, anche se si tratta di giuoco o di scommessa non proibiti. Il perdente tuttavia non può ripetere quanto abbia spontaneamente pagato dopo l'esito di un giuoco o di una scommessa in cui non vi sia stata alcuna frode. La ripetizione è ammessa in ogni caso se il perdente è un incapace. Art. 1934. Competizioni sportive. - Sono eccettuati dalla norma del primo comma dell'articolo precedente, anche rispetto alle persone che non vi prendono parte, i giuochi che addestrano al maneggio delle armi, le corse di ogni specie e ogni altra competizione sportiva. Tuttavia il giudice può rigettare o ridurre la domanda, qualora ritenga la posta eccessiva. Art. 1935. Lotterie autorizzate. - Le lotterie danno luogo ad azione in giudizio, qualora siano state legalmente autorizzate. In dottrina: E. Moscati, *Il giuoco e la scommessa*, in *Trattato di diritto privato* (a cura di P. Rescigno), vol. 13, tomo V, Utet, Torino, 1985; Id., voce *Giuoco e scommessa*, in *Digesto quarta edizione, Digesto delle discipline privatistiche, Sez. civ.*, vol. IX, Utet, Torino, 1993; C. A. Funaioli, voce *Giuoco e scommessa*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VII, Utet, Torino, 1961; M. Paradiso, *I contratti di gioco e scommessa*, Giuffrè, Milano, 2003; C. Benelli e E. Vedova, *Giuoco e scommessa tra diritto comunitario e diritto amministrativo nazionale*, Giuffrè, Milano, 2008; A. M. Manno, *Giochi, scommesse e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2008; A. Cappuccio, "Rien de mauvais". *I contratti di gioco e scommessa nell'età dei codici*, Giappichelli, Torino, 2011; G. Di Giandomenico e D. Riccio, *I contratti aleatori*, in *Trattato di diritto privato* (diretto da Bessone), Giappichelli, Torino, 2005. In giurisprudenza, si veda (ex pluribus): Cass. n. 17689/04. "La mera presenza di un intento speculativo o di un certo grado di alea in un'operazione contrattuale, non vale a rendere quest'ultima assimilabile ad un gioco o ad una scommessa; né quindi a rendere applicabile il regime giuridico dettato dall'art. 1933 c. c., secondo cui non è data la possibilità di agire per il pagamento di debiti derivanti da un gioco o da una scommessa". Cass. n. 12752/99. "Il mutuo successivo allo svolgimento del gioco, concesso dal terzo estraneo al giocatore perdente affinché questi adempia il proprio debito nei confronti del vincitore, non è funzionalmente collegato al gioco, sicché il mutuante può ripetere la somma consegnata al mutuuario quand'anche fosse consapevole che la somma stessa era stata perduta nel corso di un gioco d'azzardo vietato". In diritto comparato: K. Zweigert e H. Kötz, trad. it., *Introduzione al Diritto Comparato*. II. Istituti, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 77 e ss.; ivi si ricorda il caso *March v. Pigot*, seriamente deciso da giudici inglesi ancora nel 1871, in cui si era statuito (nonostante le mutate concezioni sociali e l'evoluzione dei concetti di carattere etico e nonostante il 'Gaming

Act'), per la validità di una scommessa in base alla quale gli scommettitori si erano accordati 'to run their fathers each against the other', e pertanto con la vittoria della scommessa da parte di quello scommettitore il cui padre fosse rimasto in vita più lungamente di quello dell'altro. Ricordano gli autori come, per il mutare delle consuetudini e delle categorie etiche di carattere sociale, ma solo dopo l'emanazione del 'Gaming Act', del 1845, gli obblighi derivanti dalle scommesse furono considerati nulli.

(3) Il concetto di "obbligazione naturale" riveste notevole interesse per l'antropologia e la sociologia del diritto, proprio per lo stretto collegamento tra diritto e costumi sociali o fra norme giuridiche e consuetudini e regole sociali e di costume, appunto.

(4) A rigore (almeno per quanto riguarda la società contemporanea), si dovrebbe distinguere tra gioco e sport: quest'ultima è una categoria tipica del mondo occidentale moderno (e a maggior ragione quando si fa riferimento ai cd. sport professionistici, slegati da un "retrotterra" intessuto dal principio ludico della casualità disinteressata); un'analisi siffatta si tradurrebbe in una esegesi sul concetto di gioco, ma sotto profili filosofici nonché "sull'ontologia del gioco", e pertanto, al di fuori e al di là di un'indagine a carattere antropologico (si tratterebbe, allora, di "meta - antropologia" o di "filosofia delle forme culturali"). Comunque, chi fosse interessato a queste problematiche potrebbe, come una sorta di introduzione, esaminare le considerazioni di René Guenon sulle "forme culturali" occidentali e orientali (R. Guenon, trad. it., Oriente e Occidente, Adelphi, Milano, 2016, nonché Id., trad. it., Il Re del Mondo, Adelphi, Milano, 1977).

(5) R. Caillois, trad. it., I giochi e gli uomini, Bompiani, Milano, 2000. Adde: J. Huizinga, trad. it., Homo ludens, Einaudi, Torino, 1982; U. Eco, Sugli specchi e altri saggi. Il segno, la rappresentazione, l'illusione, l'immagine, Bompiani, Milano, 1988; N. Luhmann, trad. it., Sociologia del gioco, Mondadori, Milano, 1996; F. Cambi e G. Staccioli, Il gioco in Occidente. Storia, teorie, pratiche, Armando Editore, Roma, 2007; G. Perissinotto, Il gioco: segni e strategie, Paravia, Torino, 1997; F. G. Junger, trad. it., Saggio sul gioco. Una chiave per comprenderlo, Ideazione, Roma, 2004; P. De Sanctis Ricciardone, Antropologia e gioco, Liguori, Napoli, 1994; G. Dossena, Enciclopedia dei giochi, Utet, Torino, 1999.

(6) Il gioco ha infatti un suo proprio spazio, che possiamo definire come lo "spazio del mondo del gioco" in cui si esplica la tensione e, al termine del gioco, la catarsi (la vittoria o la sconfitta dei soggetti che prendono parte al gioco); ci è quasi impossibile tra l'altro pensare ad un "gioco senza fine", in quanto, allora, il gioco verrebbe a fondersi e a confondersi con il mito o con cosmogonie a carattere mitico - religioso. Può forse destare qualche curiosità per il lettore il fatto che le parole in lingua tedesca Raum (spazio) e Rom (Roma) abbiano la stessa originaria genesi socio - linguistica ed etimologica; anzi secondo Carl Schmitt, Raum e Rom sarebbero la stessa parola, ed addirittura, Raum (spazio) deriva da una radice etimologica che si riferisce allo spazio disboscato, reso coltivabile ed adattato ai gesti ed ai bisogni ed alle attività degli uomini, il che è anche lo spazio del gioco, appunto (C. Schmitt, trad. it., "Raum" e "Rom". Sulla fonetica della parola "Raum", in Stato, grande spazio, nomos, Adelphi, Milano, 2015, pp. 257 e ss.).

(7) Del mimetismo e della facoltà mimetica, si era occupato Walter Benjamin, rilevando come "l'ambito vitale che appariva un tempo governato dalla legge della somiglianza era quanto mai esteso: essa regnava nel microcosmo come nel macrocosmo". (W. Benjamin, trad. it., Sulla facoltà mimetica, in Angelus Novus. Saggi e frammenti, Einaudi, Torino, 2014).

(8) In Roma e sotto un profilo giuridico, l'onniscienza di Giove lo portava ad essere considerato quale custode e protettore dei giuramenti, mentre, per il primitivo, ma usando un termine moderno, "diritto internazionale", i "feciali" stringevano alleanze e dichiaravano guerra in nome, appunto, di Giove.

(9) Al dio veniva associato, quale simbolo, l'albero della quercia, come

presso i greci, a significare la suprema sovranità; la quercia simboleggiava anche la suprema autorità terrena, tanto è vero che, secondo il mito delle origini della città, i re di Roma portavano sul capo una corona a forma di foglie di quercia.

(10) "Questo superbo volle essere sperto di sua potenza contro al sommo Giove"

Dante, Inferno, c. XXXI, v. 91- 92.

Così, in qualche modo, attraverso l'ammirazione dell'età classica e la ricezione, anche in forma retorico - stilistica dei suoi stilemi mitologici, concetti della religiosità greco - romana, sopravvivono, con una sorta di ininterrotta traiettoria, attraverso tutto il medioevo.

(11) Varie norme del diritto romano arcaico sottolineano il carattere religioso e sacrale della (nella) cerchia civica, a cui erano di necessità collegati sistemi di tabù, di prescrizioni rituali e di imposizioni, destinate a custodirne la purezza ed a evitare "contaminazioni"; basti pensare ad es. alla legge delle XII tavole che prescriveva: "Hominem mortuum in urbe ne sepelito neve urito" (Lex XII tabularum. Tab. X, 1).

(12) La dea Fortuna era annoverata tra gli "dei stranieri", qualificati con il vocabolo novensides; "Fortuna è la dea del destino, del caso e della sorte. Dopo la celebrazione del matrimonio, le spose offrivano a Fortuna Virgo i loro abiti da ragazza e i gioielli, mentre a Fortuna Muliebris era consacrato un tempio cui potevano accedere solo donne sposate"; si veda: G. J. Bellinger (a cura di), trad. it., Religioni, RCS, Milano, 2006, p. 639.

(13) Il titolo del paragrafo, peraltro, non si riferisce né al film di William Wyler, né all'omonima canzone dei Matia Bazar, ma alle valenze mitico - religiose e, per un necessario collegamento a tale aspetto, anche giuridiche, del "calendario" romano.

(14) La religione romana era permeata di "carattere giuridico", in quanto il culto non era solo magia, ma era, altresì, "un atto giuridico, e il rapporto dell'uomo con gli dei si può dire che sia più che altro un atto giuridico la legge è una delle forme essenziali che danno forza alla religione, che è completamente pervasa di massime giuridiche e di azioni giuridiche". Si veda: F. Heiler (a cura di), trad. it., Storia delle Religioni, vol. 1, Sansoni, Firenze, 1962, pp. 405 - 406.

(15) R. Guenon, trad. it., Sul significato delle feste 'carnevolesche', in Simboli della Scienza sacra, Adelphi, Milano, 1984, pp. 132 e ss.

(16) L'importanza del solstizio invernale sta nel fatto che tale data coincide con la (ri) nascita del "sole vittorioso" (il dies natalis solis invicti); la religione cristiana lo celebra come ricorrenza della nascita di Gesù Cristo, mentre la cosmologia mithraica, associava al solstizio d'inverno la (ri)nascita del dio.

(17) L'esistenza di periodi di "sospensione" della legge e delle ordinarie convenzioni morali era comune a molti popoli dell'antichità e coincideva spesso con la fine dell'anno, in relazione al variare delle stagioni agricole.

(18) D. Sabbatucci, La religione di Roma antica, Seam, Roma, 1999.

(19) Ambrogio Teodosio Macrobio, I Saturnali, Utet, Torino, 1987.

(20) Saturno, come divinità solstiziale e, quindi, quale rifondatore periodico del cosmo, e pertanto considerato come il dio apportatore di doni, era anche, all'inizio di ogni nuovo anno, ritenuto il dispensatore della "buona fortuna".

(21) R. B. Onians, trad. it., La tessitura del destino, in Le origini del pensiero europeo, Adelphi, Milano, 2011, pp. 427 e ss.

(22) A. Brelich, Tre variazioni romane sul tema delle origini, Editori Riuniti, Roma, 2010. Adde: Id., Introduzione allo studio dei calendari festivi, Editori Riuniti, Roma, 2015; Id., Il politeismo, Editori Riuniti, Roma, 2015; Id., Tabù, miti e società. Economia e religione nell'analisi delle culture, Dedalo, Bari, 2007; Id., Introduzione alla storia delle religioni, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 2003.

Per le traiettorie delle mitologie e degli stilemi mitologici pagani fino al Medioevo ed al Rinascimento, si veda: Jean Seznec, trad. it., La sopravvivenza degli antichi dei. Saggio sul ruolo della tradizione mitologica nella cultura e nell'arte rinascimentali, Bollati Boringhieri, Torino, 2015.

(23) La valenza mitologico - cosmologica e il valore simbolico del

gioco dei dadi e dei giochi della scacchiera continuò ad essere un “*to-pos*” esegetico ed interpretativo dalla antichità classica (e forse dal mondo orientale) fino all’alto medio evo ed oltre: basti citare qui Isidoro di Siviglia secondo cui “... ritengono che l’esercizio di quest’arte si fondi su basi naturali e credono che esso abbia un determinato significato allegorico. Dicono, infatti, che si gioca con tre dadi a significare i tre tempi del mondo: il presente, il passato ed il futuro, che, come i dadi, non rimangono mai fermi, ma trascorrono incessantemente” (Isidoro di Siviglia, *Etimologie o Origini*, II vol., Utet, Torino, 2014, p. 535), nonché il *Ludus scacchorum*, del domenicano Fra’ Jacopo da Cessole.

(24) La figura di *Acca Larentia* e le forme cultuali che ad essa si riferiscono, fanno pensare alla persistenza di rituali o culti tributati, in periodi più arcaici, a “divinità” tellurico - ctonie, tipiche di culture matriarcali, come si può evincere dalla descrizione delle figure mitiche della Grecia arcaica, dovuta ad Esiodo e oggetto di studio da parte di Karoly Kerényi (K. Kerényi, trad. it., *Gli Dei e gli Eroi della Grecia*, vol. 1, Garzanti, Milano, 1985, pp. 21 e ss.).

(25) Nell’immaginario mitologico greco - romano, Ercole (o Eracle) assumeva, anche, le forme alternative ed ambivalenti del folle, dell’empio e del “servo delle donne”.

(26) Tale festività era celebrata sotto il nome di *Accalia* (o *Larentalia*).

(27) Per la tradizione semi - mitica delle origini, Servio Tullio verrà considerato un innovatore e riformatore dell’ordinamento costituzionale e della “struttura militare” romani.

(28) Secondo la leggenda, tutta la vita e la “carriera” di Servio Tullio (nato da una schiava), era stata accompagnata da molti e favorevoli presagi.

(29) I base al racconto di Eutropio, Servio Tullio avrebbe assoggettato i Sabini al potere romano, aggiungendo tre colli alla città e tracciando attorno alle mura fossati ed indicendo il primo censimento di tutti i cittadini, includendovi anche gli abitanti delle campagne. Sempre in base al racconto delle origini, sarebbe stato ucciso dal genero, Tarquinio il Superbo e dalla moglie di questi, figlia dello stesso Servio Tullio (Eutropio, *Storia di Roma*, Rusconi libri, Santarcangelo di Romagna, 2014, libro primo, 7. 1, 2, p. 7). Sotto alcuni aspetti Servio Tullio viene ad assumere anche caratteristiche di duplicazione mimetica (una sorta di rafforzativo mitologico?), delle imprese di Romolo, il mitico fondatore della città.

(30) Eutropio, *Storia di Roma*, op. cit., libro primo, 1. 1, p. 3.

(31) Al di là di considerazioni socio economiche, si dovrebbe dire che uno dei motivi dell’insita debolezza della struttura istituzionale di Roma derivava, paradossalmente, da un motivo di carattere geopolitico; invero, man mano che l’Impero cresceva in estensione diveniva sempre più un gigante dai piedi d’argilla, mancando una organizzazione militare in grado di difendere le frontiere imperiali per tutta la loro estensione e dovendo allora affidarsi per le difese dei confini a eserciti composti da popolazioni di origine germanica, per le quali la fedeltà alla stirpe, alla tribù, ai clan famigliari - tribali e ai capi dei vari gruppi ed etnie, era certamente più importante della fedeltà ad un diritto quale quello romano, per questi popoli estraneo ed astratto e che, pertanto, meno che mai potevano sentirsi legati alle istituzioni dell’Impero.

(32) La parola *virtus* (virtù, ma è traduzione molto approssimativa) è, in effetti, intraducibile; il vocabolo *valor* (valore) nelle corrispondenze omologhe nelle lingue neolatine, ne presenta peraltro ancora alcune affinità (cfr.: C. Schmitt, trad. it., *La tirannia dei valori*, Pellicani, Roma, s. d. pp. 27 - 31).

(33) L. Storoni Mazzolani, *L’impero senza fine*, Rizzoli, Milano, 1972.

(34) Il presente saggio rientra in quel settore dell’antropologia che suole definirsi come antropologia (o, in indagini più specifiche, etnologia o etnografia) giuridica. Per approfondimenti, si veda: M. Douglas, trad. it., *Purezza e pericolo*, Il Mulino, Bologna, 1975; V. Turner, trad. it., *La foresta dei simboli*, Morcelliana, Brescia, 1976; Id., trad. it., *Simboli e momenti della comunità*. *Saggi di antropologia culturale*, Morcelliana, Brescia, 1975; Id., trad. it., *Antropologia*

della performance, Il Mulino, Bologna, 1993; Id., trad. it., *Dal rito al teatro*, Il Mulino, Bologna, 1986; A. Van Gennep, trad. it., *I riti di passaggio*, Boringhieri, Torino, 1981; L. H. Morgan, trad. it., *La società antica*, Feltrinelli, Milano, 1970; U. Fabietti, *Antropologia culturale. L’esperienza e l’interpretazione*, Laterza, Roma - Bari, 1999; M. Griaule, trad. it., *Dio d’acqua*, Garzanti, Milano, 1972; L. Dumont, trad. it., *Homo hierarchicus*, Adelphi, Milano, 1991; C. Levi - Strauss, trad. it., *Il pensiero selvaggio*, Il Saggiatore, Milano, 1964; Id., trad. it., *Antropologia strutturale*, Il Saggiatore, Milano, 1966; R. Benedict, trad. it., *Modelli di cultura*, Feltrinelli, Milano, 1970; E. Durkheim, trad. it., *Le forme elementari della vita religiosa*, Edizioni di Comunità, Milano, 1963; G. Van der Leew, trad. it., *Fenomenologia della religione*, Boringhieri, Torino, 1960; G. Gurvitch, trad. it., *Sociologia del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1957; J. P. Vernant, trad. it., *Mito e società nell’antica Grecia*, Einaudi, Torino, 1981; F. Affergan, trad. it., *Esotismo e Alterità*. *Saggio sui fondamenti di una critica dell’antropologia*, Mursia, Milano, 1991; G. R. Cardona, *Antropologia della scrittura*, Loescher, Torino, 1981; F. Remotti, *Noi primitivi*. *Lo specchio dell’antropologia*, Bollati Boringhieri, Torino, 1990; U. Fabietti e F. Remotti (a cura di), *Dizionario di antropologia*. *Etnologia, antropologia culturale, antropologia sociale*, Zanichelli, Bologna, 1997; B. Bernardi, *Uomo, Cultura, Società*, Franco Angeli, Milano, 1974; N. Frye, trad. it., *Mito, Metafora, Simbolo*, Editori Riuniti, Roma, 1989; C. Geertz, *Interpretazione di Culture*, Il Mulino, Bologna, 1987; Id., trad. it., *Opere e vita*, Il Mulino, Bologna, 1990; R. Girard, trad. it., *Il capro espiatorio*, Adelphi, Milano, 1987; Id., trad. it., *La violenza e il sacro*, Adelphi, Milano, 1980; S. Miceli, *Orizzonti incrociati*. *Il problema epistemologico in antropologia*, Sellerio, Palermo, 1990; E. Cantarella, *Tacita Muta: la donna nella città antica*, Editori Riuniti, Roma, 1985; Id., *Secondo natura: la bisessualità nel mondo antico*, Editori Riuniti, Roma, 1988; Id., *L’ambiguo malanno: condizione e immagine della donna nell’antichità greca e romana*, Editori Riuniti, Roma, 1983; M. Bettini, *Antropologia e cultura romana*. *Parentela, tempo, immagini dell’anima*, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1986; G. Luck (a cura di), trad. it., *Arcana Mundi*. *Magia e occulto nel mondo greco e romano*, vol. I, *Magia, miracoli, demonologia*, Fondazione Lorenzo Valla - Arnoldo Mondadori Editore, Milano, 1997; C. Ginzburg, *Storia notturna*. *Una decifrazione del sabba*, Einaudi, Torino, 1989; Id., *Miti emblematici*. *Morfologia e storia*, Einaudi, Torino, 2000; J. Hall, trad. it., *Sociologia della letteratura*, Il Mulino, Bologna, 1981; G. de Santillana e H. von Dechend, trad. it., *Il mulino di Amleto*. *Saggio sul mito e sulla struttura del tempo*, Adelphi, Milano, 2003; G. Agamben, *Homo sacer*. *Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 2005; F. D’Agostino, *Per un’archeologia del diritto*. *Miti giuridici greci*, Giuffrè, Milano, 1979; M. Weber, trad. it., *Economia e società*, vol. I, *Teoria delle categorie sociologiche*, Comunità, Milano, 1974; Id., trad. it., *Sociologia della religione*, Comunità, Milano, 1982; R. Treves, *Sociologia del diritto*. *Origini, ricerche, problemi*, Einaudi, Torino, 2007; G. Berruto, *Fondamenti di sociolinguistica*, Laterza, Roma - Bari, 1995; G. Cocchiara, *Il mondo alla rovescia*, Bollati Boringhieri, Torino, 2015; Id., *Storia del folklore in Europa*, Bollati Boringhieri, Torino, 2016; A. M. Di Nola, *Antropologia religiosa*, Vallecchi, Firenze, 1971; H. Cox, trad. it., *La festa dei folli*, Bompiani, Milano, 1971; O. Niccoli, *I sacerdoti, i guerrieri, i contadini*. *Storia di un’immagine della società*, Einaudi, Torino, 1979; E. De Martino, *La fine del mondo*, Einaudi, Torino, 1977; E. R. Dodds, trad. it., *I greci e l’irrazionale*, RCS, Milano, 2015; M. Eliade, trad. it., *Da Zalmoxis a Gengis - Khan*. *Studi comparati sulle religioni e sul folklore della Dacia e dell’Europa centrale*, Astrolabio - Ubaldini, Roma, 1975; J. A. Fishman, trad. it., *La sociologia del linguaggio*, Officina Edizioni, Roma, 1975; R. Guenon, trad. it., *Il Regno della Quantità e i Segni dei Tempi*, Adelphi, Milano, 1982; H. Ch. Puech, trad. it., *Storia delle religioni*, Laterza, Roma - Bari, 7 voll., 1976 - 1978; A. Cattabiani, *Lunario*, Dodici mesi di miti, feste, leggende e tradizioni popolari d’I-

talia, Mondadori, Milano, 2015; A. Barbero, Barbari. Immigrati, profughi, deportati nell'impero romano, Laterza, Roma - Bari, 2015; U. Curi, Polemos. Filosofia come guerra, Bollati Boringhieri, Torino, 2000; K. Jaspers, trad. it., Psicologia delle visioni del mondo, Astrolabio, Roma, 1950; G. Filoramo, Figure del sacro, Morcelliana, Brescia, 1993; J. Michelet, trad. it., La strega, Einaudi, Torino, 1971; K. Marx, trad. it., Manoscritti economico - filosofici del 1844, Einaudi, Torino, 1980; F. Nietzsche, trad. it., Nascita della tragedia, Adelphi, Milano, 1979; T. Reik, trad. it., Mito e colpa. Origine e significati del senso di colpa, SugarCo, Milano, 1969; B. Turchetta (a cura di), Introduzione alla linguistica antropologica, Mursia, Milano, 1996; J. G. D. Clark, trad. it., Europa preistorica. Gli aspetti della vita materiale, Einaudi, Torino, 1969; H. Sedlmayr, trad. it., Perdita del centro, Rusconi, Milano, 1974; E. Severino, Legge e caso, Adelphi, Milano, 1979; Id., Destino della necessità, Adelphi, Milano, 1980; E. Pagels, trad. it., Adamo, Eva e il serpente, Mondadori, Milano, 1990; R. Del Ponte, Dei e miti italici. Archetipi e forme della sacralità romano - italica, E.C.I.G., Genova, 1985; E. F. Schussler, trad. it., Apocalisse. Visione di un mondo giusto, Queriniana, Brescia, 1994. Sulla/e teoria/e delle (sulle) scienze sociali in Italia: F. Barbano, La sociologia in Italia. III. L sociologia come scienza e scienza dei sociologi ('45 - '85), Giappichelli, Torino, 1987. Quasi tutti gli studiosi che si occupano o si sono occupati di Antropologia, ne sottolineano la difficoltà di una sua definizione. Solo a titolo di esempio si può citare un testo introduttivo a tale disciplina, di F. Remotti, in cui testualmente si afferma: "Nulla sembrerebbe più facile che offrire una definizione nello stesso tempo semplice e unitaria di antropologia. Che cos'è infatti l'antropologia, se non lo studio dell'uomo? Ma non appena ci si chiede che cosa sia 'studio dell'uomo', le difficoltà emergono con tutta evidenza". (Vedi: F. Remotti, Prima lezione di antropologia, Laterza, Bari - Roma, 2000, p.3). Come è facile intuire le difficoltà aumentano in progressione geometrica, quando si tratta di definire cosa sia la "Antropologia giuridica". Si osservi che la difficoltà delle ricerche antropologiche o etnografiche, ivi comprese, a maggior ragione quelle a carattere giuridico è anche dovuta alla "distanza" e alla "diversità" dell'osservatore - descrittore rispetto all'oggetto dell'indagine. Si veda quanto rileva una antropologa contemporanea: "L'indagine antropologica implica 'essere diversi'. E' evidente che l'etnografo usa un linguaggio differente rispetto a chi enuncia 'parole, storie e mitologie'. L'etnografo, di ogni ordine, vive una lontananza, che non è solo subita per necessità: si tiene sempre ad una certa distanza dal proprio oggetto, dalle proprie fonti di informazione. Le distanze hanno un carattere o prospettiva sorprendente." A. Destro, Strategie delle parole e profili di leaders. Un punto di vista antropologico sulle parole di Gesù, in M. Pesce e M. Rescio (a cura di), La trasmissione delle parole di Gesù nei primi tre secoli, Morcelliana, Brescia, 2011. Come testo di riferimento in materia di antropologia giuridica, si indica, in quanto completo ed esaustivo anche se non recentissimo, un lavoro di Norbert Rouland, apparso in traduzione italiana (N. Rouland, trad. it., Antropologia giuridica, Giuffrè, Milano, 1992). Anche chi solo si accosta a temi di antropologia giuridica, specie con riguardo ai periodi storici più arcaici, non può comunque prescindere dall'esaminare i risultati della ricerca di Johann Jakob Bachofen, in particolare, con riferimento al periodo del matriarcato e del "diritto materno" (J. J. Bachofen, trad. it., Il matriarcato. Ricerca sulla ginecrazia del mondo antico nei suoi aspetti religiosi e giuridici, 2 tomi, Einaudi, Torino, 1988, nonché l'introduzione ivi contenuta di Furio Jesi dal titolo "I recessi infiniti del 'Mutterrecht'", quasi a contrassegnare il carattere labirintico e di costruzione "stratificata" dell'opera bachofeniana). Altro testo classico in materia di antropologia e che tratta espressamente del pensiero primitivo ed arcaico a carattere magico - religioso è il volume "Il ramo d'oro" di James G. Frazer (Si veda: J. G. Frazer, trad. it., Il ramo d'oro, Bollati Boringhieri, Torino, 1991, con un'introduzione di Mary Douglas); dello stesso autore: Miti sull'origine del fuoco, trad. it., Xenia, Milano, 1993. Adde,

per gli aspetti giuridici, istituzionali, antropologici, economici e sociali, con particolare riguardo alle civiltà antiche ed arcaiche: M. Bretonne e M. Talamanca, Il diritto in Grecia e a Roma, Laterza, Roma - Bari, 1981; H. Sumner Maine, trad. it., Diritto antico, Giuffrè, Milano, 1998; F. Engels, trad. it., L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato, Rinascita, Roma, 1950; H. A. L. Fisher, trad. it., Storia d'Europa, 3 voll., Laterza, Bari, 1938; F. Jesi, Il mito, Isedi, Milano, 1973; A. Cattabiani, Calendario. Le feste, i miti, le leggende e i riti dell'anno, Rusconi, Milano, 1988.

Per una completa, aggiornata e recente sintesi dell'ambiente culturale e socio - istituzionale di Roma arcaica e dei primordi della città si veda: A. Carandini, La nascita di Roma. Dei, lari, eroi e uomini all'alba di una civiltà, Mondadori, Milano, 2010. Anche se risalente nel tempo, può essere nondimeno di un qualche interesse ancora in oggi la consultazione delle opere di Theodor Mommsen; si segnala qui una antologia mommseniana, edita dalla Utet, Torino, 1966, che contiene estratti da "Storia di Roma", "L'Impero di Roma" e "Disegno del diritto pubblico romano". Per i rapporti della civiltà etrusca con Roma e gli influssi e le dipendenze reciproche, il classico, M. Pallottino, Etruscologia, Hoepli, Milano, 1984. Adde: A. Spinosa, La grande storia di Roma, Mondadori, Milano, 2000; G. Woolf, trad. it., Roma. Storia di un impero, Einaudi, Torino, 2014; G. Giannelli, Trattato di storia romana, vol. I, Tumminelli, Roma, 1956; H. Sidebottom, trad. it., La guerra nel mondo antico, Il Mulino, Bologna, 2014; nonché il sempre interessante e di piacevole lettura: E. Gibbon, trad. it., Declino e caduta dell'impero romano, Mondadori, Milano, 1990.

I contratti di convivenza*

Andrea Fusaro

Professore nell'Università di Genova
Notaio

Sommario: 1. La nozione di «convivenza di fatto» introdotta dalla legge 76/2016. - 2. I contratti di convivenza della legge 76/2016. - 3. La forma e la pubblicità. - 4. Il contenuto. - 5. Il regime patrimoniale. - 6. Lo scioglimento. - 7. Il rilievo della registrazione della convivenza.

1. La nozione di «convivenza di fatto» introdotta dalla legge 76/2016.

L'art. 1, commi 1-65 legge 20 maggio 2016 n. 76 - nota come legge Cirinnà - ha introdotto una regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e una disciplina delle convivenze. Queste ultime vengono considerate nella dimensione affettiva, omosessuale o eterosessuale, esterna all'ambito familiare, purché accompagnata da coabitazione; si intendono «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 matrimoni o da un'unione civile (art. 1, comma 36) (1).

Delle «convivenze di fatto» è previsto l'inserimento nei registri anagrafici, su istanza degli interessati (2); identico adempimento deve essere richiesto - al Comune ove è registrata la convivenza - per il contratto.

2. I contratti di convivenza della legge 76/2016.

La conclusione di un contratto di convivenza (3) è consentita dalla legge 76/2016 soltanto a conviventi, maggiorenni e non interdetti, che non siano tra loro né parenti o affini (di qualsiasi linea e grado), né legati da vincoli di adozione, uniti da un vincolo matrimoniale, né partecipi di un'unione civile o di altri contratti di convivenza in corso di vigenza, nemmeno se uno è stato condannato per omicidio consumato o tentato sul coniuge dell'altro (articolo 1, comma 57); si tratta, ovviamente, di una facoltà, in quanto il rapporto può prescindere da alcun patto.

Tramite i contratti, ai conviventi (etero o omosessuali) registrati all'anagrafe è consentito «disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune» (articolo 1, comma 50); quindi, non possono regolamentare questioni diverse, in particolare le tematiche di natura strettamente personale, come i rapporti sessuali e l'organizzazione familiare, alla cui disciplina pattizia ostano ragioni ulteriori. Già anteriormente all'approvazione della legge in commento si escludeva la deducibilità in contratto dei doveri di fedeltà, assistenza morale, collaborazione e coabitazione, non soltanto perché privi del requisito della patrimonialità, ma anche in ragione della contrarietà con l'ordine pubblico della loro coazione (4).

Nemmeno è consentita la previsione di alcun impegno a convivere, che urterebbe contro la libertà personale, cosicché è pure negata l'ammissibilità di ogni penale collegata al venire meno della coabitazione; parimenti inefficace sarebbe la ri-

nuncia a cessare la convivenza (5). Sul punto non si rinven- gono precedenti specifici italiani, ma può farsi capo alla giurisprudenza relativa alla invalidità della condizione testamentaria che sottoponga il lascito alla prosecuzione della convivenza del beneficiario con un altro soggetto (6); questo profilo non è stato, invece, affrontato dalle sentenze che si sono occupate di contratti di vitalizio atipico che prevedevano l'assistenza diurna (7).

3. La forma e la pubblicità.

Il contratto - nonché gli accordi con i quali lo si modifichi o lo si risolva - devono essere redatti per atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da un avvocato, i quali ne devono attestare la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico (art. 1, comma 51 legge 76/2016) (8).

Il notaio o l'avvocato che hanno ricevuto o autenticato il contratto devono provvedere entro i successivi dieci giorni a trasmetterne copia al Comune di residenza dei conviventi, ai sensi del regolamento di cui al d.p.r. 223/1989, al fine della iscrizione nei registri dell'anagrafe nei quali è depositata la convivenza. La Circolare dell'Interno 1° giugno 2016, n. 7 ha dettato le istruzioni per gli uffici: il contratto dovrà essere registrato sia nella scheda di famiglia dei conviventi sia nelle loro personali anagrafiche. Anche l'eventuale successivo scioglimento dovrà essere registrato con l'indicazione della data e del luogo della risoluzione, nonché della causa e degli estremi della notifica.

4. Il contenuto.

Questi contratti si prestano ad ospitare un amplissimo spettro di clausole di contenuto patrimoniale (9), ma l'art. 458 c.c. sbarrava la strada a pattuizioni volte a regolare la successione ereditaria (10). Com'è noto, la giurisprudenza estende il divieto ai testamenti esecutivi di accordi (11), tra cui a quelli redatti in conformità a promesse di istituzioni di erede in cambio dell'impegno all'assistenza (12), oppure al disbrigo delle faccende domestiche (13). Poiché dalla norma si ricava, altresì, una preclusione nei confronti della donazione "mortis causa" e di quella "si premoriar", non rimangono che i meccanismi indiretti quali il contratto a favore di terzi in generale ed in specie l'assicurazione sulla vita, oppure la costituzione di una rendita vitalizia, o ancora l'acquisto di immobile per quote di nuda proprietà ed in usufrutto congiuntivo con patto di accrescimento in capo al superstite, eventualmente incrociando le quote di usufrutto e di nuda proprietà (14).

La legge 76/2016 non prende posizione circa l'ampliamento del contenuto del contratto, ad esempio tramite previsioni relative alla suddivisione delle spese per il ménage e il mantenimento dei figli, affidando all'interprete la loro collocazione: tra le opzioni avanzate, figura quella secondo la quale simili pattuizioni, pur legittime, rimarrebbero accordi liberamente sottoscrivibili dai conviventi, al di fuori dei contratti in esame. Sul punto sono reperibili indicazioni formulate in passato, a margine degli accordi tra conviventi (15), nel cui ambito è prevalsa l'apertura verso la prefigurazione del ménage sul piano contributivo e si era proposto di supportare le prestazioni di causa ponendole in corrispondenza tra loro, tracciando uno scambio tra le reciproche promesse di adempiere i doveri morali e materiali scaturenti dal legame, che verrebbe a integrare il motivo comune ad entrambi i contraenti (16).

Il contratto di convivenza «non può essere sottoposto a termine o condizione» (articolo 1, comma 56), quindi non tollera una scadenza, né di essere subordinato a eventi futuri; esso rimane valido, mentre condizione e termine vanno con-

*testo della relazione preparata per il convegno "La legge sulle unioni civili e la sua applicazione: osservazioni a prima lettura", tenutosi a Genova il 20 giugno 2016.

siderati come non esistenti. Merita condivisione il suggerimento di intendere restrittivamente il divieto di apporre termini e condizioni, riferendolo al contratto nel suo insieme, non alle singole clausole (17).

5. Il regime patrimoniale.

I componenti di una unione civile (necessariamente dello stesso sesso), sotto il profilo del regime patrimoniale sono equiparati ai coniugi, con la conseguenza che, in mancanza di scelta della separazione dei beni, si instaura la comunione legale.

Il contrario accade per i conviventi, anche a quelli registrati, ai quali non si applica alcun regime patrimoniale (18): l'acquisto profitta al solo soggetto che lo effettua, e per far sì che ne benefici anche l'altro occorre che si tratti di una convivenza registrata in anagrafe e sia stato stipulato un contratto di convivenza inserendovi l'opzione per l'adozione del regime di comunione.

6. Lo scioglimento.

Il contratto di convivenza si risolve per: a) accordo delle parti, nelle forme prescritte per la sua sottoscrizione; b) recesso unilaterale da esercitarsi con dichiarazione ricevuta da notaio o autenticata da notaio o avvocato, il quale è tenuto a notificarne copia all'altro contraente all'indirizzo risultante dal contratto (19). Qualora la casa familiare sia nella disponibilità esclusiva del recedente, la dichiarazione di recesso, a pena di nullità, deve contenere il termine, non inferiore a novanta giorni, concesso al convivente per lasciare l'abitazione; c) matrimonio o unione civile tra i conviventi o tra un convivente e altra persona. Il contraente che ha contratto matrimonio o unione civile deve notificare all'altro, nonché al professionista che ha ricevuto o autenticato il contratto di convivenza, l'estratto di matrimonio o di unione civile; d) morte di un contraente. Il superstite o gli eredi di quello deceduto devono notificare al professionista che ha ricevuto o autenticato il contratto di convivenza l'estratto dell'atto di morte affinché provveda ad annotare a margine del contratto l'avvenuta risoluzione e a notificarlo all'anagrafe del comune di residenza.

Laddove i conviventi avessero adottato il regime patrimoniale della comunione dei beni, la risoluzione del contratto determina lo scioglimento della comunione medesima e l'applicazione, nei limiti della compatibilità, delle previsioni dettate dal codice civile per la cessazione della comunione legale tra coniugi.

Se la convivenza registrata cessa, qualora uno versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento, il giudice stabilisce il diritto di costui di ricevere dall'altro gli alimenti, i quali devono essere assegnati per un periodo proporzionale alla durata del rapporto (articolo 1, comma 65). Alcuni negano l'ammissibilità di una disciplina pattizia tramite il contratto di convivenza, in quanto esso parrebbe deputato a regolare i rapporti patrimoniali durante la convivenza e non dopo la sua cessazione; inoltre, perché l'intervento del giudice evoca la natura pubblicistica, quindi indisponibile, della materia. Sembra, tuttavia, plausibile la previsione di una contribuzione al coniuge bisognoso in misura maggiore rispetto a quella meramente alimentare.

Nonostante la risoluzione del contratto di convivenza, eventuali pattuizioni su prestazioni (rimborsi, assegni, trasferimenti, altre provvidenze) da effettuarsi dopo la fine della vita comune sembrerebbero conservare valore, anche considerando che qui non dovrebbero valere le riserve avanzate nei confronti degli accordi prematrimoniali (20), non giocando il favor matrimonii (21).

In vista dello scioglimento - in assenza di opzione per la comunione- si è invitato a considerare la situazione dei beni mo-

bili (quali gli arredi), predisponendone un elenco, e convenendo per il resto una presunzione di comunione, riproducendo la regola dell'art. 219 c.c., oppure escludendola espressamente, purché si individui un criterio alternativo di attribuzione della titolarità. Altrettanto si è suggerito rispetto alle somme sovvenute per finanziare l'acquisto od il miglioramento- tipicamente la ristrutturazione- di beni la cui intestazione non rispecchi i versamenti rispettivi (22), in ordine alle quali potrebbe introdursi una presunzione di liberalità, o al contrario di mutuo, in quest'ultima ipotesi prevedendo i termini del rimborso (23)

Sono concepibili ulteriori accordi in contemplazione della possibile rottura, quale la promessa di determinate prestazioni a favore del coniuge più debole, peraltro evitandone l'assimilazione alle penali per l'ipotesi di rottura e atteggiandoli piuttosto quali misure di soccorso a fronte del venire meno del sostegno economico fruito durante la convivenza. Si ammette la previsione dell'an e del quantum dell'assegno da riconoscere dopo la rottura, mentre si dubita della riproducibilità negoziale delle misure sanzionatorie proprie della crisi coniugale, quale l'addebito. Sono, infine, difficilmente concepibili meccanismi atti a far venire meno attribuzioni realizzate a favore del responsabile della rottura, salvo affidarsi alla presupposizione, oppure alla revoca delle donazioni per ingratitudine.

7. Il rilievo della registrazione della convivenza.

Ai sensi dell'articolo 1, comma 37, legge 76/2016, ferma la sussistenza dei presupposti di cui al comma 36, per l'accertamento della stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all'articolo 4 e all'articolo 13, comma 1, lettera b, regolamento d. P. R. 30 maggio 1989 n. 223. Occorre individuare la nozione di "convivenza di fatto" qui impiegata. E' sorto l'interrogativo se la registrazione ("dichiarazione anagrafica", del comma 37) sia una modalità di accertamento della convivenza, o ne identifichi una specifica tipologia (24). Si sono delineati due approcci. Uno intravede nell'intervento legislativo una "ratifica" degli orientamenti giurisprudenziali stratificatisi nel tempo: la convivenza resterebbe un fenomeno "di fatto", ora riconosciuto come rilevante per l'ordinamento, ciò che giustificerebbe la previsione di un regime normativo volto a regolare gli effetti, al fine di rimuovere ogni incertezze e introdurre garanzie uniformi. Attraverso la regolazione della convivenza come fatto, la dichiarazione anagrafica rivestirebbe una mera finalità "probatoria", per l'accertamento della stabile convivenza. In questa prospettiva lo stesso "stato di famiglia" integrerebbe elemento idoneo a individuare una convivenza di fatto, non rivestendo la dichiarazione anagrafica alcun valore costitutivo; inoltre il difetto di iscrizione nel medesimo stato non osterebbe comunque ostativo alla configurabilità di una convivenza di fatto.

Altro approccio predica, invece, che la legge 76/2016 avrebbe "selezionato" tra le convivenze quelle destinatarie delle nuove previsioni legislative: solo "il convivere" costituito mediante dichiarazione anagrafica consentirebbe la qualifica come «conviventi di fatto» ai sensi della legge 76/2016. Ne deriverebbe una inedita suddivisione tra «convivenza di fatto» o «dichiarata» rilevante ai sensi della legge 76/2016 e «convivenza mera» o «non dichiarata» (non rilevante ai fini della legge 76/2016). Rimane da chiarire se per questa via si intenda negare alle convivenze non registrate i diritti ad oggi riconosciuti dalla giurisprudenza. La conclusione sembra eccessiva.

Se alle coppie non registrate è precluso l'accesso al contratto di convivenza della legge 76/2016, sembra tuttavia da confermare loro la rilevanza per l'innanzi accordata (25), nonché

l'accesso a un contratto di convivenza atipico, secondo i modelli consolidati nella prassi (26). È noto che la considerazione sociale e giuridica del lavoro domestico ha consentito di allontanare l'immagine antica secondo cui il coniuge casalingo rende essenzialmente prestazioni sessuali; la Cassazione ha avuto modo di escludere che la convivenza integri causa di illiceità di un contratto, precisandolo rispetto ad un comodato collegato alla relazione (27) e in seno alla giurisprudenza di merito da decenni ormai si trovano prese di posizione nel senso della validità degli accordi tra conviventi (28).

Note:

- (1) Nell'ambito dei primi commenti apparsi dopo l'adozione della legge 76/2016 si segnalano i seguenti: B. De Filippis, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Cedam, 2016; G. Oberto, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, in Blasi, Campione, Figone, Mecenate e Oberto, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze - Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Giappichelli, 2016; E. Calò, *Le unioni civili in Italia*, ESI, 2016; F. P. Luiso, *La convivenza di fatto dopo la L. 2016/76*, in www.judicium.it; R. Pacia, *Unioni civili e convivenze*, in www.jus.civile.it; L. Lenti, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, www.juscivile.it, 2016, 92 s.; L. Balestra, *Unioni civili e convivenze di fatto: brevi osservazioni in ordine sparso*, <http://giustiziavivile.com>, 2016, n. 4, 4; M. Rizzuti, *Prospettive di una disciplina delle convivenze: tra fatto e diritto*, <http://giustiziavivile.com>, 2016, n. 5, 9; G. Dosi, *Contratti di convivenza*, in <http://avvocatidifamiglia.com/>
- (2) L'ufficio deve darvi corso entro due giorni lavorativi (seguita dall'accertamento dei requisiti di legge, con particolare riguardo alla coabitazione).
- (3) La configurabilità del contratto di convivenza risolve in senso affermativo la questione relativa alla trasformazione dell'obbligazione naturale in civile, scavalcando lo sbarramento opposto dall'art. 2034, II c., c.c. e l'antico orientamento contrario della giurisprudenza (Cass. 29. 11. 1986, n. 7064).
- (4) A. Zoppini, *Tentativi d'inventario per il nuovo diritto di famiglia: il contratto di convivenza*, in E. Moscati ed A. Zoppini (cur.), *I contratti di convivenza*, Giappichelli, 2002; R. Senigaglia, *Convivenza more uxorio e contratto*, in *NGCC*, 2015, II, 670 ss.; G. Ferrando, *Contratto di convivenza, contribuzione, mantenimento*, in *Contratti*, 2015, 722
- (5) Considerazione quest'ultima che induce a escludere la legittimità della pattuizione di una penale per l'ipotesi di inadempimento; è controversa l'ammissibilità di clausole premiali (quale: ti darò cento se tra dieci anni saremo ancora insieme)
- (6) Cass. 21. 1. 1942, n. 197
- (7) Cass. 27. 4. 1982, n. 2629
- (8) Al fine di disciplinare il conflitto di norme applicabili ad una convivenza tra soggetti aventi nazionalità diversa, la legge 76/2016 - mediante l'inserimento di un art. 30-bis nella legge 218/1995 - prevede che in simili ipotesi si debba applicare - salve le norme nazionali, europee ed internazionali che regolano il caso di cittadinanza plurima - la legge del luogo in cui la convivenza è prevalentemente localizzata.
- (9) Ai sensi dell'art. 1, comma 53, legge 76/2016, il contratto può contenere: a) l'indicazione della residenza comune; b) le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo; c) la scelta del regime patrimoniale della comunione dei beni (che dunque qui non richiederebbe la forma dell'art. 163 c.c.).
- (10) A margine dell'art. 458 c.c. è reperibile una cospicua produzione giurisprudenziale, prevalentemente orientata verso l'applicazione larga del divieto, quale è esemplificata dalla seguente massima: "Configurano un patto successorio - per definizione non suscettibile di conversione in un testamento, ai sensi dell'art. 1424 c.c., in quanto in contrasto col principio del nostro ordinamento secondo cui il testatore è libero di disporre dei propri beni fino al momento della morte - sia le convenzioni aventi ad oggetto una vera istituzione di erede rivestita della forma contrattuale, sia quelle che abbiano ad oggetto la costituzione, trasmissione o estinzione di diritti relativi ad una successione non ancora aperta, tali da far sorgere un vincolo iuris di cui la disposizione ereditaria rappresenti l'adempimento" (Cass., sez. II, 19. 11. 2009, n. 24450, in *Dir. Fam.*, 2010, 3, 1149, *Giust. civ.* 2010, 18959. In tema segnalo il mio saggio *Quale avvenire per i patti successori in Italia dopo il Regolamento europeo delle successioni?* in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, Egea, 2014, pp. 637 ss.
- (11) Cass. 22.2. 1974, n. 527
- (12) Cass. 6. 1. 1981, n. 63
- (13) Cass. 10.4. 1964, n. 835
- (14) Tecnica diffusa in Francia attraverso le c.d. clausole tontinarie, su cui si segnalano Cour de cassation, chambre civile 1, 14 décembre 2004, N° 02-11088; Cour de cassation, chambre civile 1, 10 mai 2007, N° 05-21011
- (15) Trib. Savona, 29.6.2002: "è valido il contratto con cui i conviventi more uxorio si impegnano a partecipare alle spese della famiglia di fatto in misura uguale. In base al canone ermeneutico della buona fede, improntato ad un principio di solidarietà contrattuale, esso va tuttavia interpretato in analogia a quanto dispone nei rapporti tra i coniugi l'art. 143 c.c., cosicché l'obbligo di contribuzione va determinato in relazione alle sostanze ed alla capacità di lavoro professionale e casalingo dei conviventi. Di conseguenza la convivente che abbia contribuito in misura maggiore, a causa delle difficoltà lavorative dell'altro, non può ripetere le maggiori somme destinate alla vita comune". Rinvio al mio scritto *Contratti di convivenza e obbligazioni naturali. Appunti per una lezione*, in *Nuova Giur. ligure*, 2011, n. 1, pp. 51 ss.
- (16) G. Oberto, *Contratto e famiglia*, in *Trattato del contratto*, dir. da V. Roppo, Milano, 2006, vol. VI, *Interferenze*, 107ss.
- (17) G. Oberto, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in www.giacomooberto.com
- (18) Non la separazione dei beni, quindi, dal momento che è essa stessa regime, come sottolineato da G. Oberto, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in www.giacomooberto.com
- (19) L'art. 1, comma 59 consente in ogni tempo di modificare consensualmente o risolvere il contratto di convivenza, con il rispetto delle stesse forme e oneri pubblicitari prescritti per la sua stipula. Il comma 61 contempla la facoltà di recesso unilaterale, prescrivendo per la dichiarazione la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata e la registrazione all'anagrafe del Comune nel quale si registrò la convivenza. La dichiarazione di recesso deve contenere, a pena di nullità, il termine, non inferiore a novanta giorni, concesso al convivente cui viene notificato il recesso dell'altro contraente, entro il quale l'abitazione deve essere lasciata; essa va notificata all'altro contraente, affinché anche questi ne abbia debita conoscenza.
- (20) Ne ho dato conto nel saggio *Marital contracts, chevertraege, convenzioni e accordi prematrimoniali. Linee di una ricerca comparatistica*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2012, n. 5, pp. 475 ss.
- (21) In tema si segnala A. Figone, *Lo scioglimento delle unioni civili e la risoluzione dei contratti di convivenza*, in Blasi, Campione, Figone, Mecenate e Oberto, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze - Legge 20 maggio 2016, n. 76*, cit.
- (22) Secondo Cass., sez. III, 22. 9. 2015, n. 18632 il convivente more uxorio può chiedere la restituzione della somma pagata per l'acquisto della casa intestata all'ex partner, se l'esborso, in considerazione delle condizioni patrimoniali della coppia, risulti ingente e dunque non riconducibile nell'alveo delle obbligazioni naturali scaturenti dalla famiglia di fatto. In tema si rinvia a G. Ferrando, *Le attribuzioni patrimoniali e le liberalità tra familiari e conviventi. Regime, validità e obblighi restitutori*, in *Corr. giur.*, 2006, pp. 311 ss.
- (23) Cass. 9. 8. 1996, n. 7343: "qualora l'attore fondi la sua domanda

su un contratto di mutuo, la contestazione da parte del preteso mutuatario circa la causale del versamento non si tramuta in eccezione in senso sostanziale, si dà invertire l'onere della prova, giacché la negazione dell'esistenza del contratto si traduce nella contestazione del titolo posto a base della domanda, anche il convenuto riconosca di avere ricevuto una somma di denaro ed indichi la ragione per cui tale somma sarebbe stata versata, con la conseguenza che rimane fermo l'onere probatorio a carico dell'attore". Sulla scorta di tale premessa è stata respinta la domanda di una signora che, nel corso di una relazione sentimentale, aveva consegnato al partner alcuni assegni, a suo dire a titolo di mutuo

(24) Si è osservato che se la registrazione è quella già adottata (stato di famiglia) non cambia nulla, se invece è quella del patto di convivenza non ha molto senso parlare di famiglia solo di fatto

(25) La soglia minima di tutela è rappresentata dal ricorso all'obbligazione naturale, nella concezione contributiva che è venuta a superare quella indennitaria o retributiva nella giurisprudenza della Suprema Corte, ravvisando sulla scorta dell'art.2034 c.c. un dovere di solidarietà che impegna entrambi i partner ad una reciproca assistenza morale e materiale (L. Balestra, *Le obbligazioni naturali*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Giuffrè, 2003). Cass. 20.1. 1989, n.285 l'ha rispetto ad una semplice "relazione sentimentale", per respingere la domanda di restituzione di una somma di denaro a suo tempo consegnata. Cass. 24. 11. 1998, n. 11894 per un caso analogo riguardante gioielli ha fatto, invece, capo alle regole in tema di donazione. Cass. 13. 3. 2003, n. 3713 ha puntualizzato la necessità della proporzione all'entità del patrimonio ed alle condizioni sociali del solvens, escludendolo rispetto all'edificazione a spese dell'uno sul terreno dell'altro. Una sintesi aggiornata è offerta da G. Ferrando, *Le contribuzioni tra conviventi tra obbligazioni naturali e contratto*, *Fam. dir.*, 2003, 601

(26) G.Oberto, *I contratti di convivenza tra autonomia e privata e modelli legislativi*, in *Contr. e impr. Europa*, 2004, 17 ss.

(27) Cass. 8. 6. 1993, n. 6381, occupandosi del comodato di un alloggio concesso alla convivente in corrispettivo dei servizi ricevuti, confermò la sentenza della Corte d'Appello di Roma che ne aveva escluso la nullità, negando che la convivenza costituisca causa di illiceità di un contratto attributivo di diritti patrimoniali" in quanto tale convivenza, ancorché non disciplinata dalla legge, non è illecita, non potendo considerarsi di per sé contraria né a norme imperative...né all'ordine pubblico...né al buon costume...".

(28) Trib. Savona 7. 3. 2001, in *Fam. Dir.*, 5 / 2001, p. 529, con nota di M. Dogliotti, *Contratto tra conviventi. La forza della famiglia di fatto e la forza del contratto*: "È valido ed efficace il contratto di costituzione di usufrutto di immobile stipulato tra due conviventi more uxorio, senza corrispettivo alcuno, ove esso trovi il suo fondamento nella convivenza stessa e nell'assetto che i conviventi intendono dare ai loro rapporti. È ammissibile la risoluzione del contratto di costituzione di usufrutto di immobile per il venir meno della situazione di sussistenza o permanenza nel tempo del rapporto more uxorio". Trib. Savona, 29.6.2002: "è valido il contratto con cui i conviventi more uxorio si impegnano a partecipare alle spese della famiglia di fatto in misura uguale. In base al canone ermeneutico della buona fede, improntato ad un principio di solidarietà contrattuale, esso va tuttavia interpretato in analogia a quanto dispone nei rapporti tra i coniugi l'art. 143 c.c., cosicché l'obbligo di contribuzione va determinato in relazione alle sostanze ed alla capacità di lavoro professionale e casalingo dei conviventi. Di conseguenza la convivente che abbia contribuito in misura maggiore, a causa delle difficoltà lavorative dell'altro, non può ripetere le maggiori somme destinate alla vota comune".

Prove di dialogo tra il gioco degli scacchi e il processo civile.

In margine alla responsabilità del custode ex art. 2051 c.c.

Marco Tiby

Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. *Un caso in apertura.* - 2. *Il cliente racconta.* - 3. *L'avvocato sotto scacco.* - 4. *Fasi del gioco (apertura, medio gioco, finale), fasi del processo (atti introduttivi, trattazione, conclusioni).* - 5. *Ingiustizia equiparante.* - 6. *Piani strategici di sviluppo.* - 7. *Dinamismo intrinseco e cose inerti: l'apertura ex art. 2051 c.c.* - 8. *L'azione ex art. 2043 c.c.: una mossa debole per aggredire il custode.* - 9. *Fatti (e non parole): a qualificarli ci pensa il giudice...* - 10. *...e cambiarli in corsa non si può: la novità della domanda come stravolgimento dell'apertura.* - 11. *Meglio pattare che soccombere: il concorso di colpa del danneggiato.*

1. Un caso in apertura.

Orazio, segretario del Circolo Scacchistico Teresiano (1), trasportando due pesanti borse con dentro pezzi, scacchiere ed orologi, si sta recando nel palazzo municipale di Santarocco per un torneo di scacchi organizzato dal suo circolo; indossa un paio di scarpe da ginnastica, ed è in leggero ritardo sulla tabella di marcia, un po' preoccupato di non riuscire ad allestire per tempo tavoli e sala. Appena imboccata la passerella metallica dotata di corrimano che costeggiando il muro conduce ai fondi dell'edificio, scivola e cade all'indietro. Aiutato a rialzarsi, viene condotto all'interno del salone, dove vi sono altri soci che lo stanno aspettando. Dopo qualche mese Orazio, avendo riportato gravi lesioni alla colonna vertebrale, si rivolge al nostro studio per un parere.

2. Il cliente racconta.

Orazio si presenta puntuale all'appuntamento. Mentre è in sala d'aspetto, inganna il tempo giocando a scacchi con lo smartphone. Lo riceviamo, e scambiamo due parole per conoscerci, incuriositi della sua passione: "Oggi l'arena scacchistica è facilmente accessibile da chiunque tramite la rete e consente di giocare ad ogni ora del giorno e della notte, con avversari sparsi per tutto il globo terrestre. Grazie a internet, questo antico e bellissimo gioco sta avendo una diffusione che sino a pochi decenni fa era impensabile; si può giocare ovunque ci si trovi, si possono seguire lezioni di tattica su *youtube*, esplorare filmati sulle sfide tra i campioni del modo, avere l'analisi in tempo reale della proprie partite". Gli chiediamo se questa opportunità, visto che lui è segretario di un circolo (2), abbia messo in crisi il gioco tradizionale. "Niente affatto, anzi, sta avvenendo proprio il contrario. La diffusione del gioco a livello virtuale, attirando un maggior numero di persone, finisce per avere un effetto benefico per i circoli che vedono aumentare il numero dei loro iscritti. Giocare in rete suscita naturalmente il desiderio di creare delle... reti, delle relazioni autentiche e non solo virtuali!"

In effetti, riflettiamo noi, è un po' come il processo telematico, che non può, e forse non potrà mai, sostituire la relazione viva e vera che si crea tra i soggetti del processo: parti, difensori e giudice. Quante cose si riescono ad intuire dall'atteggiamento tenuto dal collega in udienza, dalle espressioni del giudice o dai chiarimenti che questo chiede ai noi e alle parti!

Ma intanto Orazio prosegue nel suo raccontare, mai più poteva immaginare che il suo avvocato fosse così interessato ad ascoltarlo: “Nella partita a scacchi dal vivo gioca molto l’emozione, assume particolare importanza il contegno dell’avversario e la capacità di non farsi influenzare da suoi atteggiamenti, a volte anche artatamente provocatori. In parte, tutto questo succede anche sul *web* dove si può dialogare con l’avversario tramite una *chat*: c’è, ad esempio, chi ti deride e sbeffeggia quando commetti un grave errore, ma anche chi, il primo dell’anno, ti invia gli auguri prima di iniziare... oppure chi si dichiara onorato di aver giocato con te e diventa tuo amico e se gli lanci una sfida a distanza di molto tempo ti scrive: *I’m looking forward to play with you...* e intanto sta giocando in contemporanea una dozzina di partite a tre giorni per mossa, come nel gioco per corrispondenza di una volta...”

3. L’avvocato sotto scacco.

Il racconto di Orazio ci coinvolge a tal punto che ci viene la voglia di andare subito alla ricerca, nella nostra libreria, di un volume che ci era stato regalato un Natale di molti anni fa. Ci ricordiamo del colore rosso e bianco della copertina e non facciamo fatica a rintracciarlo. Il libro s’ intitola *Lezione di scacchi*, ed è stato scritto da due maestri russi. Lo sfogliamo e rimaniamo colpiti dalle illustrazioni che raffigurano antiche stampe e incisioni precedute da citazioni letterarie che di volta in volta aprono i capitoli. Iniziamo a leggerlo, ansiosi di trovare la risposta al travolgente entusiasmo del nostro cliente per un semplice gioco da tavolo. Scorrendo le righe del capitolo introduttivo, intitolato “*Un regno antico e singolare*”, ci imbattiamo in una frase capace di rivelarci fin da subito qualcosa di veramente importante e che segnerà tutta la nostra futura ricerca: “*Gli scacchi hanno una moltitudine di amici in tutti i Paesi. Uomini diversi tra loro, indipendentemente da età, professione, lingua colore della pelle, trascorrono il loro tempo libero sulla scacchiera. E questo significa che nel nostro mondo complicato e discorde gli scacchi concorrono alla amicizia tra gli uomini*” (3). I due maestri si sono dimenticati di citare altre due differenze, ben più capaci, tra l’altro, di generare contrasti, quali sono le opinioni politiche e l’identità religiosa. Anche queste differenze, il gioco degli scacchi, potrebbe in parte contribuire a superare e, mentre fantastichiamo su di un immaginario articolo 3 di una altrettanto immaginaria carta fondamentale degli scacchisti, per la quale tutti gli uomini sono uguali davanti alle sessantaquattro caselle, in pochi minuti completiamo la registrazione, con avatar e nickname, su *Chess.com*, e iniziamo a giocare: dapprima con un pensionato finlandese, poi con uno studente universitario sudafricano e infine con un bambino indiano. Poiché l’unico nostro bagaglio teorico è costituito dalle elementari regole imparare nell’infanzia, perdiamo tutte e tre le partite un sia perché l’avversario ci ha dato matto, sia perché era finito il tempo a disposizione. Il nostro punteggio va giù per molti mesi, fino ad assestarsi, dopo un anno, sui 1000 punti (almeno per le partite blitz da 10 minuti), duecento di meno di quelli che ci erano stati assegnati quando abbiamo fatto ingresso in questo nuovo mondo. Cominciamo ad acquistare senza sosta libri nuovi e usati, a studiare e risolvere problemi. E ci viene pure voglia di andare a vedere dal vivo come sia un circolo di scacchi. Tutto avviene per caso, mentre ci troviamo in vacanza. Notiamo che, sebbene sia l’8 dicembre, il circolo che si trova al piano strada è aperto e ci sono alcune partite in corso. Proviamo ad entrare, con la scusa che anche il nostro bambino è interessato e gioca meglio di noi. Lo usiamo da scudo e da scusa per vincere l’imbarazzo, proprio come un vero pedone che difende il suo re.

“Siamo di passaggio... volevo sapere se può giocare anche lui?” Ci accoglie un signore di una certa età, mentre altri continuano a fissare delle grosse scacchiere senza essersi accorti della nostra spavalda incursione. A parte nostro figlio che gioca e vince con un tipo piuttosto particolare, registriamo le prime sconfitte ad eccezione di una patta a noi graziosamente concessa dal nostro avversario che deve rientrare a casa⁴. Notiamo una parete con le foto ritratto di tutti i campioni del mondo e alcune scacchiere murali, un armadio di metallo pieno zeppo di volumi, molti dei quali in lingue straniere. Il circolo è dedicato ad uno scacchista peruviano Esteban Canal⁵, e di meglio non poteva esservi per una città dove i canali la fanno da padrone.

4. Fasi del gioco (apertura, medio gioco, finale), fasi del processo (atti introduttivi, trattazione, conclusioni).

Nella manualistica scacchistica, si trova scritto che la partita si divide in tre fasi tra loro collegate: l’apertura, il medio gioco, ed il finale. La fase di apertura inizia con le prime due o tre mosse, attraverso le quali i giocatori mettono in azione i loro pezzi, e si conclude generalmente nelle prime dieci/dodici mosse. Esiste una teoria delle aperture, cioè uno studio di tutte le migliori combinazioni possibili. Conoscere le aperture (che per facilitare la memoria hanno dei nomi propri: es. apertura Reti, apertura Inglese, etc.) aiuta ad evitare la commissione di errori grossolani nella fase iniziale e di giungere al medio gioco. Possiamo accostare all’apertura la fase di studio della controversia e la fase introduttiva del giudizio. Studiare la questione e valutare correttamente la fattispecie è certamente importante e indispensabile per impostare la domanda e approntare un piano strategico (6). Poiché è il bianco a muovere per primo, i modi di rispondere ai suoi attacchi da parte del nero sono chiamati difese. A seconda del tipo di apertura seguono determinate difese (es. difesa Caro-Kann, difesa Francese, etc.), dando luogo ad una serie di innumerevoli varianti e sottovarianti. E’ evidente che il bianco è l’attore, il nero il convenuto. Il primo attacca, l’altro si difende. Il primo, Aulo Agerio (secondo lo schema del processo formulare romano), è colui che afferma, il secondo, Numerio Negidio, colui che nega. Non solo. Tradizionalmente, le aperture si distinguono in due categorie: quelle di gioco aperto e quelle di gioco chiuso. L’apertura e.4 (dove il pedone di Re avanza occupando una delle quattro case centrali) è di gioco aperto perché parte subito all’attacco del Re avversario con l’intento di occupare più spazio possibile. E’ l’apertura più antica e la prima ad essere stata utilizzata. L’apertura d.4, invece (dove il pedone di Donna avanza sempre di due case), è di gioco chiuso e presuppone una strategia a largo raggio e un gioco meno spettacolare (c.d. gioco posizionale). E’ un’apertura più recente, introdotta dai campioni del mondo Capablanca (7) e Alekhine (8), e per questo detta o considerata “moderna” (9).

Ecco allora che, nell’atto di citazione, possiamo individuare una modalità per introdurre una causa... aperta, dove l’attore attacca subito e direttamente l’avversario prima di rivolgersi al giudice, mentre nella proposizione del ricorso il modo di introdurre un contezioso più chiuso, se si vuole più lento, che ha bisogno della... collaborazione dell’organo giurisdizionale per giungere alla controparte. Più in generale, si dice che in questa prima fase occorre sviluppare i pezzi il più rapidamente possibile in modo che non si intralcino tra loro, occupando, o perlomeno ottenendo, il controllo del centro. Ebbene, qui emerge l’importanza di redigere gli atti introduttivi del giudizio in modo che sia ben delineato il cen-

tro della questione giuridica sottesa alla fattispecie concreta. Che siano ben definiti il *petitum* e la *causa petendi*. Che sia descritto in modo preciso e dettagliato il fatto e che, nello sviluppare le argomentazioni in diritto, non si cada in contraddizioni, ridondanze oppure in considerazioni superflue o, peggio, contraddittorie. Se c'è un obiettivo da coltivare e perseguire ad ogni costo è quello di dare al giudice tutti gli elementi di fatto perché il centro della questione gli sia chiaro e di immediata identificazione. Ricordiamo qui la massima: *Date mihi factum, tibi dabo jus*. Finita la fase di apertura, se non si incappa in errori grossolani (es. matto del barbiere, al pari di chi cita un soggetto che non c'entra nulla con la controversia oppure sbaglia la competenza) si entra nel medio gioco, dove tattica e fantasia la fanno da padrone. Non ci sono più teorie o schemi da seguire. Si è nel vivo della battaglia. Il modo di condurla può essere più o meno aggressivo a seconda dello stile e del carattere del giocatore. In questa fase si può rimediare a qualche imprecisione commessa in apertura, ma non certo agli errori gravi. Emblematico, al proposito, il capitolo n. 8 del bel libro di Kasparov, ideale per imparare a giocare, intitolato: *“Evitare disastri in apertura”* (10). Il medio gioco è la nostra fase istruttoria o di trattazione. La deduzione dei capitoli di prova e la loro articolazione deve seguire uno schema logico, consequenziale, non deve dare adito a vuoti o fori sulla scacchiera, cioè quelle case dove i pezzi dell'avversario possono comodamente collocarsi e farsi pericolosi senza che nessuno li possa scacciare. Devono valutarsi e sottoporsi a critica le prove dedotte dall'avversario, si devono trovare e rilevare gli errori in cui lo stesso è caduto nella qualificazione del fatto o anche nelle deduzioni di diritto e in quelle istruttorie. Inoltre, nel medio gioco, si pongono le basi per il finale, cercando di assicurarsi dei vantaggi (all'apparenza anche minimi, come rendere libero uno dei propri pedoni per consentirgli di andare a promozione) che potranno tornare utili in questa delicata fase del gioco dove non è detto che sempre ci si arrivi. Ma quando ci si arriva, occorre fare molta attenzione. Questa è la fase più difficile (specie nei casi in cui rimangono pezzi minori o pedoni), e forse anche la più trascurata. Molti maestri, consapevoli di ciò, iniziano i loro libri proprio partendo dall'esposizione di alcuni tipi di finale. Possiamo tranquillamente accostarla alla nostra fase decisionale. Come negli scacchi, se sbaglio la citazione o se conduco e gestisco male le prove, al finale ci posso anche arrivare, ma con le conclusionali posso rimediare a ben poco. Se invece svolgo bene le prime due fasi, la causa sarà vinta e non vi sarà neppure bisogno di fare il finale. E' uso negli scacchi che quando un giocatore si accorge che nulla può contro la superiorità (di posizione o di materiale, oppure di entrambe) raggiunta dall'avversario, abbandoni la partita. Si dice che solo i principianti e i giocatori testardi vadano avanti in questi casi. Abbandonare le cause, ritornando nel nostro ambito, evita inutili sprechi di tempo e di risorse. Allo stesso modo, quando in partita si raggiunge una posizione di parità in cui nessuno dei due contendenti può prevalere, è possibile accordarsi per una patta, una sorta di rinuncia a proseguire il gioco che, traspunta in ambito giudiziario, può essere assimilata alla conciliazione.

5. Ingiustizia equiparante.

Questo parallelismo, che sino a qui è filato piuttosto liscio, si interrompe e si infrange contro la figura del giudice imparziale che, come accade anche in altre tipologie di giochi, negli scacchi non esiste; non serve, in altre parole, la presenza di qualcuno che dia ragione all'uno o all'altro dei contendenti. Al massimo potrà es-

servi un arbitro, come nel calcio, il cui compito è solo quello di far rispettare le regole e risolvere eventuali questioni insorte tra i contendenti sulla interpretazione del regolamento. A scacchi si può perdere anche se si rispettano formalmente tutte le regole, come del resto si perde una causa quando si seguono per filo e per segno tutte le regole del processo ma nel merito la domanda non sta in piedi. Di qui una sorta di iniquità del gioco che più di recente è stata riconsiderata alla stregua di una “ingiustizia equiparante” in quanto “l'eccezione che rovina i piani a voi oggi, potrebbe rovinare quelli dell'avversario domani” (11). Un'equità al contrario, insomma, ove, in ogni caso, se perdiamo, non possiamo prendercela con nessuno, dovendo solo sportivamente riconoscere che l'altro è stato più bravo. Gli scacchi saranno crudeli quanto si vuole, ma mai ingiusti e, come diceva Tartakower, vince chi commette il penultimo errore (12).

6. Piani strategici di sviluppo.

Ci incontriamo di nuovo con Orazio, essendo giunta via raccomandata la risposta della compagnia assicuratrice del Comune di Santarocco al nostro sollecito stragiudiziale. *“Con riferimento al sinistro di cui all'oggetto, la presente per comunicarLe che, da accertamenti svolti sul luogo da parte di nostro tecnico fiduciario, il manufatto risulta a norma. Respingiamo quindi la Sua richiesta e provvediamo ad archiviare la pratica. Distinti saluti.”* Siccome nel frattempo siamo diventati soci del circolo scacchistico di cui Orazio è segretario ci riserviamo di giocare una partita blitz dopo aver discusso sul da farsi. “Ma cosa vuol dire a norma?” mi domanda lui, e, soprattutto, “di quale norma si tratta?” “Lo sai che dopo aver ricevuto la lettera di richiesta danni la passerella metallica è stata ricoperta con un tappetino di erba sintetica?” “Non ti preoccupare Orazio, quando rispondono che una cosa è a norma è perché non sanno cosa dire. Del resto, se ci fosse una norma che prevedesse come devono essere costruiti gli scivoli metallici, ma non prevedesse degli accorgimenti tecnici per evitare di scivolare in caso di pioggia, sarebbe una norma sbagliata o, perlomeno, incompleta! Spesso le norme vengono modificate con l'esperienza. Certe precauzioni si possono individuare a tavolino, altre possono sfuggire, ma è chiaro che se un manufatto è pericoloso quando piove, potrà andare bene in un locale chiuso, ma non certo all'aperto. Come vedi, la loro difesa non è né coerente e né appare in grado di disturbare il nostro armonico sviluppo. Se ti capitasse di andare, ad esempio, dall'ufficio del Giudice di Pace di Tortona, potrai verificare che il fondo dello scivolo esterno... posto per consentire l'ingresso ai disabili... A proposito, ora che mi viene in mente, conosco lì una persona che ci lavora. Già che ci sono gli chiedo la cortesia di mandarmi due foto via *whatsapp*, così le alleghiamo alla citazione. Spero che tu abbia anche le foto della passerella a norma di... scivolamento, e magari cerca di procurarti anche quelle con il tappetino verde; impostare un'azione di responsabilità che “inchiodi” (13) il Comune di Santarocco, tenuto conto che altri ti hanno aiutato ad alzarli, non dovrebbe essere molto complicato.”

7. Dinamismo intrinseco e cose inerti: l'apertura ex art. 2051 c.c.

Tanto per cominciare, come puoi vedere, Orazio caro (14), il fatto dannoso trova origine in una cosa (la passerella) che è in relazione con due soggetti diversi: una relazione di custodia con il proprietario, il Comune di Santarocco, e una relazione d'uso o di utilizzo proprio con te che ti sei infortunato. Il primo problema, riguardante il soggetto passivo, lo risolviamo agevolmente visto che nessun altro, all'infuori del Comune, ha la detenzione della sala posta nei fondi del palazzo (15). Ci troviamo poi di fronte ad una cosa inerte, inanimata,

statica, incapace, cioè, di essere “normalmente” pericolosa. Una situazione ben diversa da quella che può derivare dallo scoppio di una caldaia, dal crollo di un muro, da una scarica elettrica (16) ove, come puoi facilmente intuire, è presente quello che i giudici, con una sorta di locuzione filosofeggiante, chiamano “dinamismo intrinseco della cosa”. Ciò nonostante rispetto a tutti questi danni (sia che derivino da cose pericolose in sé, sia che derivino da cose inerti e solo potenzialmente pericolose), devi sapere che trova applicazione una regola particolare in tema di responsabilità civile. Ecco qui il testo: “Ciascuno è responsabile del danno cagionato dalle cose che ha in custodia, salvo che provi il caso fortuito”.

Orazio, che non è per nulla un dilettante, dopo averci pensato un po' su, osserva: “Immagino che nel caso di cose... come le chiamate voi... intrinsecamente pericolose non sarà necessario provare anche la loro pericolosità (17) mentre per ciò che mi riguarda occorrerà stare un po' più attenti. Se la passerella, infatti, fosse stata asciutta io non sarei scivolato!”

“E già, la tua esperienza in campo scacchistico ti ha abituato a valutare la posizione e a distinguere il valore dei pezzi a seconda di dove questi si trovano collocati sulla scacchiera... (18). Come ti dicevo, anche a questo tipo di cose inanimate e... “normalmente non pericolose” la giurisprudenza applica l'art. 2051 c.c. che hai appena letto (19), ma in questi casi richiede un sforzo maggiore, dal punto di vista della prova, volto a rendere conto della esistenza del c.d. agente dannoso proveniente dall'esterno (20).

Circostanza che, nel nostro caso, non dovrebbe presentare particolari problemi visto che i testimoni potranno riferire al giudice non solo che ti hanno aiutato a rialzarti, ma anche che lo scivolo era bagnato per la pioggia.

Comunque sia, caro amico, l'art. 2051 c.c. ci dà una grossa mano perché, oltre a questa semplice cautela, dobbiamo solo fare in modo che il giudice abbia tutti gli elementi per capire che il danno è derivato dalla cosa mentre noi ne stavamo facendo un uso normale.

8. L'azione ex art. 2043 c.c.: una mossa debole per aggredire il custode.

Per tornare agli scacchi se, in ipotesi, agissimo in giudizio e, soprattutto, argomentassimo con riferimento esclusivo all'art. 2043 c.c., e cioè la regola generale sulla responsabilità civile, incapperemmo in un errore nella fase di apertura. Certamente, anche in base a detta disposizione potresti ricevere tutela, ma ti dovresti sobbarcare l'onere di provare tutti gli elementi del fatto illecito, con particolare riguardo all'elemento soggettivo, costituito dal dolo o dalla colpa del proprietario della cosa. Il che, tra l'altro, non è semplice. Nello stesso tempo, il nostro avversario potrà limitarsi ad una difesa meramente passiva. Ma l'onere, come dice la parola, è un peso e, se possiamo ribaltarlo sulla controparte, non dobbiamo sciupare questa grossa occasione: fondando la domanda (in via principale o anche solo in via subordinata rispetto all'azione generale di danni) sull'art. 2051 c.c., che prevede una responsabilità di carattere oggettivo (21), sarà il convenuto a doversi attivare cercando di dimostrare (prova tra l'altro assai difficile) il caso fortuito (22). Una bella differenza, dunque, che potrebbe determinare l'esito della lite.”

“Quindi, se ho capito bene” riprende Orazio, “qualora in questi ricollegare l'accaduto non alla cosa, ma alla negligenza del custode per non aver segnalato, ad esempio, il pericolo di caduta in caso di pioggia, sarebbe inutile oltre che controproducente! Insomma, far emergere la colpa del custode, dal punto di vista strategico, sarebbe una mossa perlomeno dub-

bia (!) che potrebbe comportare anche la commissione di gravi errori (??) ”.

“Proprio così... una volta azionata la responsabilità ex art. 2051 c.c., ci è unicamente richiesta la prova che “l'evento si è prodotto come conseguenza normale della particolare condizione, potenzialmente lesiva, posseduta dalla cosa” (23), e non anche che esso sia l'effetto dell'assenza di presidi antinfortunistici (24). Un po' quello che avviene nel caso di buche od ostacoli di qualunque tipo posti lungo il percorso, con riferimento alla loro imprevedibilità e invisibilità (25).

9. Fatti (e non parole): a qualificarli ci pensa il giudice...

La nostra attenzione dovrà dunque concentrarsi sulla situazione obiettiva che dovrà essere tale da rendere “probabile, se non inevitabile” l'evento dannoso (26). Ciò sarà facile dimostrare, ad esempio, portando a conoscenza il giudicante che gli scivoli che permettono l'accesso ai disabili nei locali pubblici, quando sono costruiti in acciaio, hanno il piano di calpestio costituito da una struttura lamellare in contropendenza che funge da antisdrucchiolo, proprio come quelli che puoi vedere in queste foto che mi sono nel frattempo arrivate da Tortona.”

“Però”, osserva Orazio, “c'è una bella differenza, quella che ho percorso io è costituita da una sorta di grata metallica..., altro che lamelle antiscivolo!”

“Pertanto, come hai intuito, se sbagliamo apertura diamo all'avversario anche l'opportunità di assecondare il nostro errore; egli non vedrà l'ora di congelare, attraverso sue deduzioni in fatto e in diritto, il *thema deducendum e probandum* nella versione a lui molto più favorevole della responsabilità per colpa.”

“In ogni caso”, riprende Orazio, “il giudice terrà conto dei fatti, cioè di come sono andate veramente le cose o dei formali richiami a delle disposizioni di legge? E se uno si sbagliasse ad indicare l'articolo del codice che cosa potrebbe accadere?”

“Tranquillo Orazio, spetta sempre e solo al giudice la qualificazione giuridica del fatto e questa regola ha il vantaggio che se richiamo erroneamente l'art. 2043 c.c. ma poi deduco di fatto una responsabilità per fatto della cosa nessuno gli impedisce di applicare l'art. 2051 c.c., mentre, nello stesso tempo, non serve a nulla citare l'art. 2051 c.c. se poi si imposta la difesa come abbiamo detto pocanzi (27). In effetti, per quanto la differenza tra i due titoli di responsabilità sia piuttosto chiara (in un caso il danno è provocato dalla cosa, nell'altro dal custode di essa) il rischio è anche quello di non accorgersi che muovendo (o muovendo soltanto) rimproveri al custode, la cosa degradi... virtualmente a mera occasione di danno quando invece ne è stata la causa. La nostra azione verrà dunque qualificata per quello che è, cioè fondata sull'art. 2043 c.c.”

“E questo, per così dire... marchio impresso dall'alto alla nostra domanda, comporta delle ulteriori conseguenze nel prosieguo del processo?” “Caro amico, mi sa che dovrai metterti a studiare diritto, come io mi sono messo a studiare gli scacchi, vedo che la cosa ti appassiona e che ci azzecchi pure!”

10. ...e cambiarli in corsa non si può: la novità della domanda come stravolgimento dell'apertura.

“In effetti capita non di rado che il danneggiato, avendo perso in primo grado, rivaluti i fatti e proponga in appello una domanda ove l'argomentazione difensiva è questa volta mirata ad ottenere una condanna in forza dello speciale criterio di imputazione della responsabilità. La cassazione è intervenuta più volte sull'argomento, rispolverando concetti già espressi in precedenza.”

“Se vi sono sentenze della cassazione al riguardo” interrompe Orazio, “vuol dire che la tematica sfugge non solo a chi attacca, ma anche a chi si difende?”

“Esatto! Ho notato che in appello l’eccezione di novità della domanda ex art. 2051 c.c. è piuttosto frequente anche quando dall’esame degli atti, al di là dei richiami formali agli articoli di legge, si poteva capire che quello era il terreno arato fin dal primo grado dalle argomentazioni dell’attore (28); nello stesso tempo non mancano casi in cui, andando *ultra petitum*, le corti applicano l’art. 2051 c.c. (29). Con riferimento al primo aspetto ho trovato ad esempio un caso che ha visto protagonista una ragazza minorenni, scivolata in prossimità di un gradino posto tra lo spogliatoio della piscina e il vano docce. I genitori, in primo grado, avevano dedotto come il pavimento fosse sdruciolevole perché bagnato e privo di tappetini antiscivolo, denunciando altresì l’assenza di personale addetto ad asciugarlo; nei successivi gradi di giudizio, lamentarono la mancata applicazione dell’art. 2051 c.c. (30)

In un’altra vertenza, ove la danneggiata era caduta a causa di un tombino malfermo collocato in una strada talmente dissestata da obbligare i pedoni a procedere in fila indiana, la corte d’appello ha ritenuto nuova la domanda formulata ai sensi dell’art. 2051 c.c., mentre la cassazione è andata di diverso avviso perché nel ricorso non veniva specificato il tenore della domanda originaria (31). L’esatto contrario di quello che è successo con la sentenza dell’anno prima (32), ove l’attore aveva “enunciato in modo sufficientemente chiaro situazioni di fatto suscettibili di essere valutate come idonee, in quanto compiutamente precisate, ad integrare la fattispecie contemplata” dagli artt. 2050 e 2051 c.c. Qui non vi era nessuna novità nella richiesta di condanna in base a tali speciali disposizioni, trattandosi solo di qualificare la fattispecie alla luce di esse. La corte d’appello aveva quindi pronunciato la condanna del danneggiante non già in base all’art. 2043 c.c., invocato in primo grado, ma in base all’art. 2050 c.c.; la sentenza venne poi confermata dalla cassazione sulla base di un “diverso apprezzamento delle stesse circostanze (e disposizioni normative) già tutte vagliate dal giudice di primo grado” (33).

In questa sentenza viene così giustamente precisato come l’eventuale mutamento della regola di imputazione della responsabilità (2051 c.c. in luogo del 2043 c.c.) può avvenire sempre che non si fondi “sull’allegazione (o sulla considerazione) di circostanze diverse”, pena la violazione del diritto di difesa del convenuto. Insomma, vale sempre il detto *date mihi factum...* e il rispetto dell’avversario.

“Quindi, se ho capito bene” interviene nuovamente Orazio, “è più importante mettere bene in luce i fatti che fare tanti discorsi in diritto” “Esatto! Ancora una volta hai colto nel segno. In questo modo la domanda in appello non può essere considerata nuova se, valutata alla luce dell’istruttoria svolta in primo grado, non comporta la necessità di nuove indagini di fatto. Per converso, al danneggiante non gli si può muovere il rimprovero di non aver provato, ad esempio, il caso fortuito quando in primo grado, avendo agito l’attore ex art. 2043 c.c., nessuno lo avevo costretto a difendersi sul punto. Si parla al riguardo di divieto della *mutatio libelli* in appello per dire che i fatti costitutivi del diritto azionato non possono essere cambiati a piacimento; diversamente la pretesa originaria verrebbe stravolta, come avviene nei casi in cui non riusciamo a portare a termine l’apertura perché l’avversario utilizza una variante difensiva a noi sconosciuta. Il fondamento di questa regola sta nel rispetto del principio del contraddittorio e del doppio grado di giurisdizione. Inoltre, essendo questi principi di ordine pubblico, la loro violazione è rilevabile d’ufficio (34). Ma qui Orazio caro, entriamo ancora di più nel dettaglio... Dico questo perché le tue capacità scacchistiche ti portano a ragionare da fine giurista e quindi sono un po’ in

imbarazzo e non vorrei soccombere anche qui, come avviene nella maggior parte delle volte in cui ingaggiamo i nostri scontri con torri e cavalli...

Ne approfitto solo per precisarti che, sotto un altro profilo, alla questione appena accennata si collega anche la regola per cui l’applicazione, da parte del giudice di primo grado, di una delle norme invocate quale titolo di responsabilità, non comporta la formazione di un giudicato implicito, trattandosi, appunto, di mera qualificazione giuridica; ne segue che “l’attore, totalmente vittorioso in primo grado, non ha l’onere di proporre appello incidentale al fine di far ricondurre la responsabilità del danneggiante ad una diversa fonte.” (35)

11. Meglio pattare che soccombere: il concorso di colpa del danneggiato.

“Ho capito che abbiamo tutte le carte in regola per dare scacco matto al comune, ma non è che alla fine il giudice dirà che è anche colpa mia se sono caduto essendo prevedibile la circostanza che la passerella fosse scivolosa per via della pioggia caduta nella notte? Che ero già stato in quei locali e che, quindi, conoscevo o dovevo prevederne i pericoli? Che altri prima di me sono passati senza cadere e che io mi sarei dovuto appoggiare o tenere al corrimano, cosa che non potevo fare avendo le mani occupate?”

“Questo è senz’altro un problema... sicuramente controparte chiederà il rigetto della domanda, ma dovrà provare che tu sei stato talmente incauto e disattento da cadere e farti del male. La cassazione ha più volte affermato che, in questi casi, “il convenuto, per liberarsi, dovrà provare l’esistenza di un fattore, estraneo alla sua sfera soggettiva, idoneo ad interrompere il nesso causale e, cioè, un fattore esterno (che può essere anche il fatto di un terzo o dello stesso danneggiato) che presenti i caratteri del fortuito e, quindi, dell’imprevedibilità e dell’eccezionalità.” (36)

Il fatto del danneggiato è senza dubbio l’ipotesi più frequente che può dar luogo o ad un fortuito c.d. incidente, che esclude quindi la responsabilità del custode, o ad un fortuito c.d. concorrente, che diminuisce soltanto il risarcimento del danno. Questa compatibilità ontologica tra responsabilità oggettiva ex art. 2051 c.c. e concorso di colpa del danneggiato ex art. 1227 comma 1° c.c. (richiamato dall’art. 2056 c.c.), si fonda sul principio per cui non può essere considerato danno risarcibile quello che ciascuno procura a se stesso (37).

Nel tuo caso, caro Orazio, non starei più di tanto a preoccuparmi. E’ possibile, anche se non ne sono così sicuro, che il giudice individui un concorso di colpa; ma se così fosse ritengo che abbia tutti gli elementi per contenerlo in misura percentuale, dando la prevalenza al fatto della cosa. Considera ad esempio la minima inclinazione della passerella metallica e il fatto che la stessa si trovi adiacente al muro dell’edificio, elementi che non spingono certo ad adottare, da parte di chi la percorre, particolari cautele, ivi compresa quella di tenersi al corrimano; inoltre tu, a differenza degli altri, indossavi scarpe da ginnastica, cosa che aumenta le possibilità di scivolare su di una grata di ferro (38); infine non stavi correndo, ma semplicemente camminando. Hai fatto, in altre parole, un uso normale della cosa, ed era la cosa a non essere normale!

Senti, al riguardo, che cosa insegna la cassazione relativamente ad una fattispecie molto simile alla nostra (39).

Si trattava di una caduta avvenuta all’interno dei locali della Pretura di Roma il cui pavimento era divenuto scivoloso per l’acqua piovana introdotta da chi vi faceva ingresso. Il Tribunale prima, e la corte d’appello poi, avevano ritenuto provata la caduta a causa del pavimento bagnato, ma anche che l’infortunato

avrebbe dovuto accorgersi della “visibilissima” insidia (tanto più che era stata sparsa anche della segatura e altre persone, tra le quali alcuni testi, non erano cadute). La corte di cassazione ha censurato il ragionamento dei giudici del merito perché, così facendo (e cioè rimproverando l’attore di scarsa attenzione e mancanza di accortezza), hanno fondato le loro decisioni come se questi avesse agito ai sensi dell’art. 2043 c.c., omettendo quindi di valutare se il suo comportamento fosse caratterizzato dalla eccezionalità e imprevedibilità.

“In altri termini” si legge nella motivazione, la corte d’appello “non ha affatto stimato se l’infortunato stesso avesse fatto un uso anormale della cosa, così singolare da non poter essere neppure prevedibile nella ordinarietà delle cose. Né ha valutato se il comportamento colposo del danneggiato, benché inidoneo da solo ad interrompere il nesso eziologico tra la causa, costituita dalla cosa in custodia, ed il danno, potesse, tuttavia, integrare un concorso colposo ai sensi dell’art. 1227, primo comma cod. civ., con conseguente diminuzione della responsabilità del danneggiante secondo l’incidenza della colpa del danneggiato.”

Come forse ai notati, per ben due gradi di giudizio, si è andati avanti nel confondere la responsabilità per colpa, derivante dall’aver creato un’insidia per difetto di diligenza nella manutenzione o pulizia dei locali, con la responsabilità oggettiva, derivante dal fatto della cosa. La cassazione ha quindi rimproverato i giudici di merito per non aver messo la cosa, fonte di danno, in rapporto con il criterio delle normalità dell’uso, incombendo sul danneggiante la prova non della sua assenza di colpa, ma del fortuito.

“Beh, io ti dico già che se mi dessero magari il 70% o anche la metà del danno, accetterei di buon grado, anche perché andavo un po’ di fretta... e se fossi stato più guardingo...”

“Questo mi fa piacere perché dimostra che sei una persona equilibrata e l’equilibrio per noi scacchisti è molto importante. Nello stesso tempo mi sembra giusto informarti della tendenza, propria della giurisprudenza di merito, a risolvere questi problema addossando spesso e volentieri la colpa esclusiva al danneggiato, nonostante questi abbia offerto la prova della cosa come fonte di danno e di essersi procurato il danno pur facendone un uso normale. Di pari passo s’incontra, inutile che te lo neghi, non solo una certa riottosità a configurare il concorso di colpa (soluzione di compromesso che spesso è la più ragionevole da praticare in questi casi, come del resto hai intuito anche tu), ma anche una riluttanza ad ammetterlo da parte di chi il danno lo subisce, quasi che la diminuzione del risarcimento venga vissuta alla stregua di una denegata giustizia. Ti ricordo un ultimo caso e poi ci dedichiamo a cose ben più serie, altrimenti non abbiamo più tempo per giocare e tu perdi il treno. Ma sappi fin d’ora che questa volta non mi freggi più con il gambetto di donna! (40)

Ti ricordi la minore caduta nel vano docce della piscina a causa del pavimento bagnato (41)? Qui i genitori avevano agito facendo riferimento ad una condotta colposa della società sportiva, salvo poi dolersi in appello della mancata applicazione dell’art. 2051 c.c. In primo grado la convenuta è stata condannata a pagare quasi novemila euro in favore della vittima, in appello (proposto dai genitori!) il *quantum* viene diminuito a tremila-seicento e rotti euro. Ricorrono i genitori e l’infortunata stessa, ormai maggiorenne (42), lamentando -tra le altre - che la corte aveva ridotto d’ufficio la misura del danno senza che il danneggiante avesse mai formulato una specifica “eccezione”. La cassazione ha respinto il ricorso affermando che il concorso di colpa del danneggiato “non concreta un’eccezione in senso proprio, ma una semplice difesa” che “deve essere esaminata e verificata anche d’ufficio...” anche quando “il danneggiante

si limiti a contestare *in toto* la propria responsabilità”. E così la nostra infortunata è stata condannata a cinquemiladuecento euro di spese, con un saldo passivo di milleseicento euro, oltre la parcella del proprio difensore.”

“Però” chiosa puntuale il nostro cliente “come quando si lascia un pezzo in presa immaginando chissà quali fantastiche e inesistenti combinazioni!”

“Proprio così, e ora, buona partita, caro Orazio e, soprattutto, buon gioco a tutti!”

Note:

(1) Anche gli scacchisti hanno un loro patrono; si tratta di Santa Teresa d’Avila (1515 - 1582) che, nel *Cammino di perfezione*, pone una metafora scacchistica per la vita spirituale ove la corretta disposizione dei pezzi sulla scacchiera e l’uso appropriato della tattica ha lo scopo di dare scacco matto al Re, cioè a Nostro Signore, in modo che lui non ci possa più sfuggire, e ciò anche e soprattutto attraverso la Regina, ovvero l’umiltà, regina appunto di tutte le virtù. Per lungo tempo, a partire da San Pier Damiani (siamo a metà dell’XI secolo), il gioco degli scacchi non fu ben visto dalla Chiesa. Più che il gioco in sé, ciò che preoccupava maggiormente, era il fatto che si potesse creare una dipendenza tale da distogliere le persone dal compimento dei loro doveri sia civili che religiosi. Un contributo ad una rivalutazione del gioco è stata l’equilibrata posizione assunta da San Francesco di Sales che nella *Introduzione alla vita devota*, scritta ad Annecy nel 1608, nel capitolo intitolato “*Passatempi e divertimenti e anzitutto quelli leciti e lodevoli*”, scrive: “*A scacchi bisogna solo guardarsi dall’eccedere, perché se vi si impegna troppo tempo non è più sollievo, ma occupazione; non si solleva né lo spirito né il corpo, ma anzi si stancano e si svigoriscono entrambi. Uno che abbia giocato per cinque o sei ore agli scacchi nel levarsi è totalmente abbattuto e spossato di spirito*”. Proprio nel XVI secolo gli scacchi ebbero larga diffusione in Europa, specie in Italia e Spagna: tra i giocatori più famosi dell’epoca ricordiamo Leonardo da Cutro, (1552-1597), studente di legge a Roma, detto “il Puttino” e il suo rivale Paolo Boi (1528-1598), soprannominato “il Siracusano” (che giocò anche a Genova). Altri furono Giulio Cesare Polerio, detto “l’Abruzzese” autore de *L’egantia, sottilità, verità della virtuosissima professione degli scacchi* e Gioacchino Greco, detto “il Calabrese” un vero e proprio professionista che visse molto in Spagna, dove primeggiò alla corte di Re Filippo IV. Tra gli spagnoli, il più famoso (ma battuto dal Puttino nel 1575 in una sfida alla presenza di Filippo II) fu Ruy Lopez de Segura, autore dell’opera *Libro de la invención liberal y arte del juego del Axedrez, muy útil y prouehosa*, pubblicato nel 1561. Tra la letteratura italiana più antica va segnalato il trattato del domenicano (che ha vissuto per un periodo anche a Genova, nel convento di Santa Maria di Castello) Fra Jacopo da Cessole, *Ludus scachorum o Liber de moribus hominum et officiis nobilium ac popularium super ludo scachorum*, composto intorno al 1300 che può essere comodamente sfogliato su <https://archive.org/details/volgarizzamentod00jaco>. E’ invece della fine del 1400 l’unico libro dedicato agli scacchi sotto l’aspetto giuridico; si tratta del *De ludo scachorum in legali methodo tractatus*, dedicato dal giureconsulto Tommaso Azzio di Fossombrone a Francesco Maria della Rovere, duca di Urbino. Come evidenziato da Chicco-Rosino, ne *La storia degli scacchi in Italia*, Marsilio, 1990, “la lettura di un qualsiasi trattato giuridico del 1500 convince che la maggior parte delle questioni riprese dall’Azzio erano, per i giuristi medievali e quattrocenteschi, argomenti quotidianamente ricorrenti” (p. 65, e tra questi spiccano Bartolo da Sassoferrato e Cino da Pistoia). Tornando ai giorni nostri, va segnalato che nel 2010 si è svolto il primo campionato italiano di scacchi riservato a sacerdoti e religiosi, su idea di un prete genovese, Don Stefano Vassallo.

(2) A Genova ce ne sono tre: il Centurini in Via Ruspoli, il Santa Sabina in Via Donghi, il Merlino a Sestri Ponente.

(3) Averbach - Bejlin, *Lezione di scacchi*, BUR, 2006, p. 9.

(4) La patta per accordo è un modo per terminare la partita senza né vinti, né vincitori. Si può “pattare” anche per stallo (quando il re non ha più mosse legali da poter fare, ma non si trova sotto scacco) o anche per insufficienza di materiale (quando sulla scacchiera vi sono rimasti o i soli re, oppure anche degli altri pezzi attraverso l'utilizzo dei quali non è però possibile dare scacco matto: es. re e due cavalli bianchi contro re nero. A proposito di patte vi è un simpatico aneddoto: in una delle sue celebri simultanee alla cieca un avversario di Joseph Blackburne, giunto al finale, si rivolse al GM inglese dicendogli: “Sono angustiato perché si è fatto tardi e debbo ripartire con l'ultimo treno di questa notte. Perciò vi propongo la patta.” Blackburne gli rispose: “pongo subito fine alle vostre angustie, Sir! Le dò matto in quattro mosse!”

(5) Nato in Perù il 19 aprile 1896 e morto a Cocquio Trevisago il 14 febbraio 1981, naturalizzato italiano, GM Honoris Causa, è autore del libro *Strategia di Avamposti* (1948); per due volte secondo al torneo di Venezia nel 1947 e nel 1948, Canal è altresì noto per aver giocato nel 1937 a Budapest una partita poi denominata “L'immortale peruviana”.

(6) “*La strategia nel giuoco degli scacchi, così come nelle guerre e nelle battaglie autentiche, concerne la condotta generale delle operazioni, ossia il piano. Il giudizio della posizione è la parte preliminare, ma essenziale, della formazione del piano (...) chi sbaglia nella scelta del piano strategico va incontro inevitabilmente alla sconfitta (...) La tattica risolve concretamente i problemi posti dalla strategia; essa concerne cioè quel che avviene in un certo momento sulla scacchiera*” così Cillo-Luppi, *Gli scacchi per tutti*, Mursia, 1973, p.p. 54 e 59.

(7) José Raúl Capablanca nasce a L'Avana il 19 novembre 1888 e muore a New York l'8 marzo del 1942. Joselito rimane affascinato dal gioco degli scacchi fin dall'età dei quattro anni, guardando il padre ed avendo intravisto nelle strade della sua città delle partite tra il grande giocatore russo Cigorin e l'allora campione del mondo Steinitz. A tredici anni batte il campione nazionale cubano Juan Corzo. Studente alla Columbia University non conclude gli studi ingegneristici dedicandosi agli scacchi oltre che al tennis e al baseball. Nel 1909 batte il campione americano Marshall. Nel 1921 diventa campione del mondo battendo Lasker il quale abbandona il torneo organizzato a L'Avana adducendo motivi di salute. Amava un gioco semplice e lineare ed era molto prudente, evitava ogni rischio e considerava l'eccesso di audacia contrario alla natura degli scacchi. Nel 1927, a Buenos Aires, lascia il titolo ad Alekhine, Quando nel 1937 Alekhine si riprende il titolo da Euwe, Capablanca perde ogni speranza di poter disputare la rivincita. Il giorno prima di morire si trovava al circolo di Manhattan dove viene colto da un male. Sulla sua tomba, nel cimitero di L'Avana, vi è la sola scritta: “Capablanca”. I suoi libri *Il primo libro degli scacchi*, 1998, Mursia e *I fondamenti degli scacchi*, 1999, Mursia, hanno avuto una larghissima diffusione in tutto il mondo e sono consigliati per la chiarezza espositiva unita alla profondità del pensiero.

(8) Alexandre Alekhine nasce a Mosca il 31 ottobre 1892 e muore a Lisbona il 24 marzo 1946, si laurea in Giurisprudenza nel 1923 quando è già al terzo matrimonio. In un appassionato match a Buenos Aires, nel 1927, batte Capablanca e diventa campione del mondo detenendo il titolo fino al 1935 e poi dal 1937 al 1946. Ai suoi ultimi giorni di vita e, in particolare, alla sua misteriosa morte, ha dedicato un recente romanzo Paolo Maurensig, *La teoria delle ombre*, Adelphi, 2015, dove si sospetta che A. sia stato ucciso viste le accuse di collaborazionismo da parte dei francesi e di tradimento da parte dei russi... La versione ufficiale (anche se la tesi dell'omicidio appare più che credibile) è che A. sia morto perché soffocato da un pezzo di carne (che egli amava mangiare cruda). Il suo stile era l'opposto di quello del suo rivale cubano: era un giocatore d'attacco aggressivo, ingegnoso, cinico. Di grande importanza per lo scacchista sono i libri in cui commenta le sue numerose e strabilianti partite, ma anche

quello di Kotov, che unisce tratti biografici alle sue più belle partite. Era un campione di gioco alla cieca, abilità che acquisì da bambino. Ancora oggi è considerato uno dei più grandi giocatori di sempre.

(9) Per la verità, andando più nel sottile, “*Tutte le aperture del gioco degli scacchi si suddividono in tre gruppi: aperture di gioco aperto (o aperte) in cui la partita comincia con le mosse 1. e2 - e4 e7 - e5; aperture di gioco semiaperto (o semiaperte), in cui alla mossa 1. e2 - e4 il nero risponde con una mossa qualsiasi diversa da 1. ... e7 - e5; e aperture di gioco chiuso (o chiuse), in cui il bianco inizia la partita con una mossa qualsiasi diversa da 1. e2 - e4.*” (Averbach - Bejlin, *cit.*, p. 174.)

(10) Kasparov, *Kasparov insegna gli scacchi*, Mursia, 1987. Si tratta della raccolta di 24 lezioni che l'autore aveva scritto in origine per un giornale sportivo russo. Kasparov, nato a Baku il 13 aprile 1963, è stato campione del mondo dal 1985 al 1991 per l'URSS e da allora fino al 2000 per la Russia. Si è sposato tre volte, e da ciascuna moglie ha avuto un figlio. A sette anni frequenta il circolo dei Pionieri di Baku ma si convince a diventare un professionista, dedicando tutta la vita agli scacchi, dopo aver vinto, all'età di 15 anni un torneo riservato a categoria maggiori a Minsk. A 21 anni supera come punteggio Elo Anatoly Karpov e diviene così il giocatore numero uno nel mondo più giovane fino ad allora. Nel 1985 batte il rivale, famoso per il suo gioco passivo e attendista, tipico della scuola sovietica, e diventa campione del mondo, grazie ad un approccio molto aggressivo e innovativo. Nel 1985 esce dalla FIDE e fonda la PCA (Professional Chess Association). Nel 1996 e 1997 gioca contro il super computer Deep Blue, perdendo la seconda sfida con seguito di polemiche. Lascia il titolo a Vladimir Kramnik nel 2000. Nel 2004 vince per la prima volta il Campionato russo di scacchi e il 10 marzo 2005 annuncia il suo ritiro. Dal 2009 al 2010 allena quello che ora è l'attuale campione del mondo, Magnus Carlsen. Nel 2007 si impegna in politica, fondando il partito Fronte Civile Unito e contrastando il presidente Putin. Viene arrestato due volte e, a suo dire, picchiato dalla polizia all'interno del furgone. La polizia, a sua volta, l'ha accusato di aver morsicato la mano di un agente impegnato nel suo arresto.

(11) James Eade, *Scacchi for dummies*, Hoepli, 2013, p. 243.

(12) Giocatore polacco nato a Rostov sul Don il 21 febbraio 1887 e morto a Parigi il 5 febbraio 1956; insieme ad altri (Reti, Breyer e Nimzowitsch) è considerato il capostipite della teoria ipermoderna volta a controllare il centro anziché occuparlo. Vincitore di molti importanti tornei, è noto per i suoi interessanti e istruttivi aforismi, come quello citato che si richiama all'altro: “Gli errori sono tutti sulla scacchiera, pronti per essere fatti”.

(13) L'inchiodatura è quella situazione di gioco in cui un pezzo sotto minaccia, muovendosi, lascerebbe offeso il Re o un altro pezzo di maggior valore.

(14) Horatio Caro, inglese, insieme a Markus Kann, di origine viennese, furono i primi a teorizzare nel XIX secolo c.6 contro e.4; di qui il nome “difesa Caro-Kann” e del nostro immaginario cliente... ma non del suo avvocato.

(15) Sotto questo profilo merita un cenno la problematica inerente l'individuazione del responsabile allorché la cosa sia concessa in locazione o in comodato. La cassazione si è pronunciata più volte, ad esempio in tema di infiltrazioni, affermando con la sentenza 27.10.2015, n. 21788, *Tessier c. Bernardi*, Est. Pellicchia, che “*al proprietario dell'immobile locato sono riconducibili in via esclusiva i danni arrecati a terzi dalle strutture murarie e dagli impianti in esse conglobati (...) mentre grava sul solo conduttore la responsabilità per i danni provocati a terzi dagli accessori e dalle altre parti dell'immobile, che sono acquisiti alla sua disponibilità*” (infiltrazioni d'acqua a seguito della rottura di un tubo flessibile esterno all'impianto idrico, sostituibile senza necessità di interventi demolitori sui muri da parte del conduttore... che era pure avvocato!). Conformi: Cass. 09.06.2010, n. 13881, *Caprioli c. Rossi e altri*, Est. Mazzacane; Cass. 03.08.2005, n. 16231, *Quintavalle c. Cond. Viale Tirreno*, 257 Roma, Est. Vivaldi, tutte pronunce che si inseriscono nella linea tracciata dalle Sezioni Unite con la sentenza 11.11.1991, n. 12019,

Carminetti c. Comune di Caldaro, Pres. Brancaccio, Est. Giustiniani (che aveva affermato la responsabilità ex art. 2051 c.c. del conduttore per i danni provocati a terzi dalla caduta di un ramo di un albero sito nel giardino), commentata anche da Alpa, *Responsabilità per rischio da cose in custodia*, in *NGCC*, 1992, 81. Ci sono poi situazioni dove, con riferimento a determinate parti della cosa, tanto il locatore quanto il comodatario conservano ogni potere di vigilanza o controllo su di essa. Si parla in questi casi di co-custodia. In ragione di quanto appena detto vengono considerate vessatorie tutte quelle clausole contrattuali volte ad addossare al solo locatario o comodatario il rischio di eventuali danni derivati a terzi dalla cosa. Sul punto, cfr. Cass. 30.06.2015, n. 13363, *Musetti c. Europam Srl*, Est. Rossetti interessante anche per i risvolti in tema di concorso di colpa del danneggiato e nesso di causalità; infatti la pronuncia ha cassato la sentenza di appello che aveva escluso potersi ipotizzare un concorso di colpa in quanto l'avventore di una stazione di carburante, pur essendo inciampato in un gradino di una scala di legno per sua distrazione, era poi caduto nel vuoto per l'assenza di un adeguato parapetto. Infine va segnalato che, in una fattispecie di incendio di cosa locata, Cass. 27.07.2015, n. 15721, *La Nuova Valle ss c. Balestrino*, rel. Rubino, ha precisato come l'art. 2051 disciplina l'ipotesi di responsabilità per danni provocati a terzi dalla cosa in custodia e non quella per danni alla stessa cosa custodita. In tal caso, trattandosi di responsabilità contrattuale, trova applicazione il combinato disposto di cui agli artt. 1590 c.c. e 1117 c.c. circa l'obbligo del conduttore di impedire il deterioramento o la perdita della cosa locata.

(16) Casi esemplificati in Cass. 05.02.2013, n. 2660, *Pignatiello c. Comune di Napoli*, rel. Lanzillo.

(17) Cfr. Cass. 27.11.2014, n. 25214, *Pozzoni c. Iperla Spa*, Est. Carluccio: "la fattispecie di cui all'art. 2051 cod. civ. individua un'ipotesi di responsabilità oggettiva, essendo sufficiente, per la sua configurazione, la dimostrazione da parte del danneggiato del verificarsi dell'evento dannoso e del suo rapporto di causalità con il bene in custodia, senza che sia anche necessaria - allorché l'evento dannoso sia ricollegabile all'intrinseco dinamismo della cosa - la prova della pericolosità della "res", derivante dal suo cattivo funzionamento."

(18) Generalmente i pedoni valgono 1, cavalli e alfieri 3, le torri 5, la donna 9, mentre il Re ha valore infinito. Questo è il loro valore astratto, mentre sulla scacchiera, durante la partita, essi possono assumere un peso ben diverso. Si pensi ad un cavallo collocato in un pericoloso avamposto, oppure un pedone passato che potrebbe tramutarsi in Regina o in un altro pezzo nel caso giunga in ottava traversa.

(19) Cfr. Cass. 25.09.2006, n. 20825, *Véronesi c. Comune di Riva del Garda e altri*, Est. Durante.

(20) Se il documento non è stato causato dal dinamismo connaturato alla cosa, ma perché in essa è insorto un agente dannoso proveniente dall'esterno, il danneggiato dovrà provare l'esistenza di tale elemento che configura il fatto costitutivo della domanda (nel nostro caso: la passerella bagnata dalla pioggia). Sul punto cfr. Cass. 16.02.2001, n. 2331, *Falcioni c. Sas Sevenpan di B. Martini*, Est. Perconte Licatese, ove l'attore aveva affermato di essere caduto da una scala per la presenza di materiale scivoloso sui gradini. Resta poi al giudice di merito, prosegue la massima, "valutare se la cosa, nella sua globalità e non nelle singole parti specificamente pericolose, sia potenzialmente lesiva e perciò se l'evento verificatosi ne è conseguenza normale - che, in quanto tale, non può essere modificato dal danneggiato in corso del giudizio, come nel caso in cui il medesimo successivamente attribuisca invece la sua caduta all'intrinseca pericolosità dei gradini perché non adeguatamente visibili." Sulla responsabilità del titolare di un supermercato per i danni subiti da terzi a causa del pavimento del locale reso scivoloso dal versamento di liquidi dei quali non era stata disposta la rimozione cfr. Cass. 15.11.1996, n. 10015, *Martini c. CAR Supermercati S.p.A.* Est. Sabatini, secondo cui "la responsabilità per danni da cose in custodia è presumibile juris tantum in capo al custode, ai sensi dell'art. 2051 cod. civ., senza che possa distinguersi fra cose intrinsecamente pericolose e cose suscettibili da divenire tali in forza di altri fattori causali."

(21) Cfr. Cass. 27.11.2014, n. 25214, *Pozzoni c. Iperla Spa*, Est. Carluccio: "la fattispecie di cui all'art. 2051 cod. civ. individua un'ipotesi di responsabilità oggettiva, essendo sufficiente, per la sua configurazione, la dimostrazione da parte del danneggiato del verificarsi dell'evento dannoso e del suo rapporto di causalità con il bene in custodia, senza che sia anche necessaria - allorché l'evento dannoso sia ricollegabile all'intrinseco dinamismo della cosa - la prova della pericolosità della "res", derivante dal suo cattivo funzionamento."

(22) E' chiaro che, per una cautela difensiva, in situazioni ove ci sia il pericolo che la fattispecie possa non essere ricondotta al fatto della cosa, è bene dedurre entrambi i titoli di responsabilità, ancorché impostare la domanda sulla disposizione speciale non preclude di per sé la tutela in forza della regola generale di cui all'art. 2043 c.c. e ciò anche se ad essa non venga fatto espresso richiamo. Siccome nel più sta il meno, il problema si pone, come avremo modo di vedere, nel caso opposto ancorché quelli che contano non sono i richiami formali alle disposizione di legge, ma la deduzione "in giudizio di tutti i connotati, di diritto e di fatto, della fattispecie di cui il giudice dovrebbe d'ufficio individuare la disciplina" (Cosi Cass. 19.12.2014, n. 26901, *Montalbano c. US Città di Palermo*, Est. Lanzillo, ove uno spettatore era stato colpito al volto da un moschettone da trekking lanciato dagli spalti durante la partita di calcio Palermo - Catania. La corte ha escluso la responsabilità della società sia ex art. 2043 c.c. che ex art. 2051 c.c. in quanto, con riferimento a quest'ultima disposizione, il danno non può essere riconducibile "alla natura del bene custodito o all'uso che ne è stato fatto dal custode ma alla condotta illecita di un terzo, rispetto al quale lo stadio rappresenta esclusivamente il contesto nel cui ambito è accaduto l'evento"). Sulla natura oggettiva della responsabilità, a dispetto di una semplice presunzione di colpa, cfr. anche Cass. 25243 29.11.2006, n. 25243, *Zito c. Cond. Via Emery Genova*, Est. Trombetta "in quanto si fonda sul mero rapporto di custodia, cioè sulla relazione intercorrente fra la cosa dannosa e colui il quale ha l'effettivo potere su di essa (come il proprietario, il possessore o anche il detentore) e non sulla presunzione di colpa, restando estraneo alla fattispecie il comportamento tenuto dal custode; a tal fine, occorre, da un lato, che il danno sia prodotto nell'ambito del dinamismo connaturale del bene, o per l'insorgenza in esso di un processo dannoso, ancorché provocato da elementi esterni, e, dall'altro, che la cosa, pur combinandosi con l'elemento esterno (come, nella specie, la strada resa scivolosa dall'elemento esterno costituito dalla neve divenuta ghiacciata), costituisca la causa o la concausa del danno; pertanto, l'attore deve offrire la prova del nesso causale fra la cosa in custodia e l'evento lesivo nonché dell'esistenza di un rapporto di custodia relativamente alla cosa, mentre il convenuto deve dimostrare l'esistenza di un fattore estraneo che, per il carattere dell'imprevedibilità e dell'eccezionalità, sia idoneo ad interrompere il nesso di causalità, cioè il caso fortuito, in presenza del quale è esclusa la responsabilità del custode" (principio affermato in un caso in cui la caduta era avvenuta sulla rampa di accesso all'edificio condominiale resa scivolosa dalla neve). La tesi della responsabilità oggettiva, tesi avanzata da parte della dottrina secondo la quale la condotta del custode deve ritenersi estranea alla struttura normativa -tanto che si deve più correttamente parlare di "rischio da custodia" piuttosto che di "colpa nella custodia"-, è stata fatta propria dalle già citate S.U. 11.11.1991, n. 12019, *Carminetti c. Comune di Caldaro*, Est. Giustiniani, pronuncia richiamata nell'importante ed esaustivo *dictum* di cui a Cass. 20.07.2002 n. 10641, *Haas Windegger Erika c. Windegger Perstich Herta* Est. Segreto, ove l'attrice era caduta da un varco presente in una parete della casa in fase di costruzione di proprietà della cognata. Di questo precedente, che ha considerato il comportamento della vittima come concausa del danno, si parlerà più avanti con riferimento al concorso di colpa del danneggiato. Sulla responsabilità solidale dei condomini per la custodia delle cose condominiali cfr. Cass. 29.01.2015, n. 1674, *Battella c. Condominio Via Bologna, 11 Ciampino e altri*, Est. Manna ove si afferma che "la custodia, presupposta dalla struttura della responsabilità per danni prevista dall'art. 2051 cod. civ., non può essere imputata né al

condomino, quale ente di sola gestione di beni comuni, né al suo amministratore, quale mandatario dei condomini.”

(23) Cass. 17.01.2008, n. 858, *Fidenzi c. Unipol*, Est. Bisogni, dove era stata ritenuta la responsabilità ex art. 2051 c.c. dei gestori di una palestra per i danni provocati ad un associato da una cyclette difettosa. Con particolare riguardo alla applicazione di detto principio a ipotesi di caduta dalle scale, si vedano: Cass. 01.04.2010, n. 8005, *Ferro c. Celesia*, Est. Spagna Musso, che aveva invece ritenuto insussistente la responsabilità ex art. 2051 c.c. del titolare di un esercizio commerciale, per non avere gli attori provato che la morte della propria congiunta era stata conseguenza normale della particolare anzidetta condizione del locale ove era accaduto il sinistro; Cass. 05.04.2005, n. 7062, *Gentile c. Generali Ass.*, Est. Spirito, ove il danneggiato non aveva provato che le condizioni della scala esterna sulla quale era scivolato determinassero una sua intrinseca pericolosità; sempre in caso di caduta sulle scale Cfr. Cass. 13.02.2002, n. 2075, *De Antonis c. Cotral*, Est. Durante, ove si è affermato che il danneggiato deve provare che la caduta si è verificata nell'uso normale della scala per le specifiche condizioni di essa (nella specie il danneggiato non aveva provato la presenza di sostanze oleose su di una scala mobile); nello stesso senso cfr. anche Cass. 22.07.1987, n. 6407, *Valenzi c. Kustermann*, Est. Rebuffat, per cui la cosa (una scala scarsamente illuminata e con alcuni gradini dissestati) deve essere considerata nella sua globalità e non nelle singole parti specificamente pericolose con la conseguenza che non è richiesta la prova della caduta da uno dei gradini deteriorati. Questa affermazione ha importanti riflessi in tema di allegazione e prova dei fatti dedotti come precisato da Cass. 23.03.2011, n. 6677, *Mirisol c. Banco di Sicilia*, Est. Carluccio ove il giudice del merito, in un caso di caduta da una scala dovuta alla scivolosità del terreno, non aveva considerato l'assenza di strisce antiscivolo successivamente emersa in sede di deposizione testimoniale. E' stato così affermato che, per quanto l'attore non possa “*addurre dapprima l'esistenza di un elemento estrinseco e, nel corso del giudizio, quella di un elemento intrinseco (o viceversa) (Cass. 2331 del 2001)*”, qualora nel corso dell'istruttoria “*emergano altre condizioni, intrinseche o estrinseche alla cosa in custodia, che si pongano come mere specificazioni della domanda, esse potranno essere esaminate dal giudice, non integrando un fatto costitutivo nuovo*”. Sui contrasti nella giurisprudenza meno recente circa l'applicazione dello speciale criterio di imputazione di responsabilità in caso di cadute su pavimenti o scale resi scivolosi da agenti esterni (rispettivamente da foglie di verdura e da salvietta sporca di gelato) cfr. Pizetti, *Nuovi profili della responsabilità per danno da cose in custodia ex art. 2051 c.c.*, in *Giur. it.*, 1998, 1382,

(24) Cass. 21.03.2013, n. 7125, *Hauser c. Min. Interno*, Est. Barreca, che ha annullato la sentenza di merito con la quale veniva respinta la domanda risarcitoria proposta ai sensi dell'art. 2051 c.c. sul presupposto che il soggetto danneggiato - sebbene avesse fornito prova tanto dell'evento dannoso, costituito da una rovinosa caduta dallo scalone monumentale di un edificio, quanto delle peculiari condizioni della cosa che lo ha provocato, trattandosi di scala di per sé scivolosa, in ragione della sua conformazione curvilinea e dei suoi gradini in pietra lucida - avrebbe dovuto anche dimostrare che a cagionare la caduta era stata la mancanza di presidi antinfortunistici, essendo la scala non assistita da corrimano e priva di antiscivolo sulla pedana degli scalini. Sul fatto che l'evento debba essere la conseguenza normale dell'utilizzo della cosa in rapporto alla sua condizione potenzialmente lesiva, cfr. anche Cass. 11.03.2011, n. 5910, Est. Massera, *Bendinelli c. Comune di Sassari*, Est. Massera.

(25) Principio affermato da Cass. 09.11.2005, n. 21684, *Hotel Felicioni c. Di Lecce*, Est. Vivaldi, in un caso dove la cliente dell'hotel aveva unicamente dimostrato di essere caduta inciampando in una soglia posta sulla sommità di una delle scale dell'albergo, risultante lievemente rialzata rispetto al livello, di colore uniforme, della restante superficie, ricadendo sulla società alberghiera la prova del fortuito (comprensivo della condotta colposa della danneggiata). Più in generale, in materia di insidia stradale, cfr. da ultimo Cass. 22.10.2013, n. 23919, *Di Gianpaolo c. Comune di Roma*, Est. D'Amico, per cui “*l'ente proprietario d'una strada aperta al pubblico transito risponde ai sensi dell'art. 2051 cod. civ., per difetto di manutenzione,*

dei sinistri riconducibili a situazioni di pericolo connesse alla struttura o alle pertinenze della strada stessa, salvo che si accerti la concreta possibilità per l'utente danneggiato di percepire o prevedere con l'ordinaria diligenza la situazione di pericolo. Nel compiere tale ultima valutazione, si dovrà tener conto che quanto più questo è suscettibile di essere previsto e superato attraverso l'adozione di normali cautele da parte del danneggiato, tanto più il comportamento della vittima incide nel dinamismo causale del danno, sino ad interrompere il nesso eziologico tra la condotta attribuibile all'ente e l'evento dannoso (nella specie, la S.C. ha ritenuto che non operasse la presunzione di responsabilità a carico dell'ente ex art. 2051 cod. civ., in un caso di sinistro stradale causato da una buca presente sul manto stradale, atteso che il conducente danneggiato era a conoscenza dell'esistenza delle buche, per cui avrebbe dovuto tenere un comportamento idoneo ad evitarle).” Dello stesso tenore, Cass. 16.05.2013, n. 11946, *D'Aquino c. Comune di Genazzano*, Est. D'Amico, caso di un ciclista caduto in una grata ove erano mancati alcune sbarre, ove si è affermato che “*l'insidia stradale non è un concetto giuridico, ma un mero stato di fatto che, per la sua oggettiva invisibilità e per la sua conseguente imprevedibilità, integra una situazione di pericolo occulto. Tale situazione, pur assumendo grande importanza probatoria in quanto può essere considerata dal giudice idonea a integrare una presunzione di sussistenza del nesso eziologico con il sinistro e della colpa del soggetto tenuto a vigilare sulla sicurezza del luogo, non esime il giudice dall'accertare in concreto la sussistenza di tutti gli elementi previsti dall'art. 2043 c.c. Pertanto, la concreta possibilità per l'utente danneggiato di percepire o prevedere con l'ordinaria diligenza l'anomalia, vale altresì ad escludere la configurabilità dell'insidia e della conseguente responsabilità della P.A. per difetto di manutenzione della strada pubblica (Cass. 13 luglio 2011, n. 15375)*.”

(26) Cfr. Cass. 20.10.2015, n. 21212, *Bernat e altri c. Provincia di Savona*, Est. Rubino, che ha rigettato la domanda risarcitoria per danni da caduta da un motociclo; nella specie, il conducente pretendeva di porre in rapporto di causalità con l'assenza di illuminazione in un tratto della galleria percorsa, sebbene la possibilità di una temporanea avaria dell'illuminazione risultasse segnalata su apposito cartello collocato all'ingresso della galleria. Sempre in tema di insidia stradale, la giurisprudenza estende la custodia della strada anche ai suoi accessori e alle sue pertinenze, come ad esempio le barriere laterali, new jersey, etc. i quali, laddove mancanti e non idoneamente collocati i punti pericolosi dell'asse viario, possono condurre ad affermare la responsabilità ex art. 2051 c.c. escludendo che la condotta colposa dell'utente possa configurare il fortuito. In questo senso, cfr. Cass. 12.05.2015, n. 9547, *Ustundag c. Roma Capitale*, Est. Sestini per il caso di un pulmann precipitato in un burrone mentre viaggiava a 38 Km/h ma con l'impianto frenante in avaria.

(27) Cfr. Cass. 21.06.2013, n. 15666, *Gerevini c. Comune di Cremona*, Est. Massera; Cass. 20.08.2009, n. 18520, *Cimmino Cacciuni c. Valtur Resorts Spa*, Est. Talevi, ove il genitore di una minore, la quale aveva riportato danni al viso per essere scivolata durante una lezione di ginnastica a bordo piscina, aveva impugnato la sentenza di rigetto invocando oltre all'art. 2043 c.c. anche gli artt. 2050 e 2051 c.c. senza peraltro evidenziare, in modo chiaro e specifico, di aver in realtà fatto valere in primo grado pure la responsabilità per attività pericolosa e per cosa in custodia, limitandosi a lamentare che in ordine a dette *causae petendi* il Tribunale aveva omesso di pronunciarsi. Sul principio secondo il quale “*il potere-dovere del giudice può esercitarsi soltanto nell'ambito delle domande ritualmente proposte e del thema decidendum così delimitato*”, cfr. Cass. 23.05.2014, n. 11532, *Comune di Campomarino c. De Biase*, Est. Rossetti, precisazione inserita nell'ambito di una corposa motivazione che, incentrata sul problema della identificazione delle caratteristiche dei beni suscettibili di custodia, ha escluso dal novero di essi il mare territoriale nelle cui acque era morto per annegamento un bagnante, negando altresì che il lido marino (questo sì, suscettibile di essere custodito), dal quale proveniva la vittima, possa essere considerato causa dell'evento costituendo invece la mera occasione di esso. Per un caso di caduta da una scala di cemento sita sull'arenile in corrispondenza di una strada comunale cfr. Cass. 26.11.2007, n. 24617, *Buffa c. Min. Economia e Finanze*, Est. Federico, con nota di Grimaldi, *Sulla responsabilità civile della pubblica amministrazione per danni da uso del de-*

manio marittimo, in *Dir. mar.*, 2008, 973, pronuncia che ha rimandato al giudice del merito di “*valutare adeguatamente la valenza autonoma della scala come strumento indispensabile*.” Per la affermata responsabilità del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti in luogo dell’ente locale (nella specie comune di Roma) per danni cagionati (ad un avvocato che transitava a bordo del suo ciclomotore) dalla caduta di un ramo di un platano posto sull’argine del Tevere in difetto della prova dell’affidamento della manutenzione al servizio giardini comunale, cfr. Cass. 27.08.2015, n. 17204, *Ministero Infr. e Trasp. c. Tedeschi* Est. Rubino.

(28) Cfr. Cass. 14.11.2011, n. 23741, *Bellucci c. Comune di Roma*, Est. Spirito, che ha cassato la sentenza della corte d’appello, dichiarativa della inammissibilità del gravame fondato sul 2051 c.c., evidenziando come nel giudizio di primo grado le parti avessero dibattuto la questione e il comune di Roma si fosse difeso sul punto della responsabilità da cose in custodia.

(29) Cfr. Cass. 23.06.2009, n. 14622, *Comune di Aiello Calabro c. Amendola*, Est. Amatucci, auto scontra un masso posto dietro una curva caduto dal costone soprastante la strada; l’atto di citazione, la sentenza di primo grado e lo stesso atto di appello erano incentrati sulla evocazione della responsabilità per colpa della pubblica amministrazione sotto i profili della imprudenza e negligenza; in particolare l’appellante aveva censurato la sentenza di primo grado per non aver ritenuto che il pericolo fosse occulto e che la p.a. versasse in colpa per non aver eliminato l’insidia. La corte d’appello, ciononostante, ha poi affermato la responsabilità della P.A. ex art. 2051 c.c.

(30) Cass. 25.02.2014, n. 4446, *Coppola c. Olimpia Sport srl e Aurora Ass.* Est. Carleo che ha quindi affermato come “*il riferimento ad una concreta condotta colposa del danneggiante, contenuto nella domanda di risarcimento danni, esclude che la parte attrice abbia inteso richiamare la fattispecie della responsabilità da cose in custodia*” e preclude “*all’attore la possibilità di invocare, nei successivi gradi di giudizio, l’applicazione dell’art. 2051 c.c.*”

(31) Cass. 20.01.2014, n. 999, *Vanacore c. Comune di Sorrento*, Est. Cirillo, che ha ricondotto l’evento alla esclusiva responsabilità della danneggiata la quale avrebbe dovuto improntare il proprio comportamento alla massima prudenza essendo altamente prevedibile il rischio di cadere in ragione delle precarie condizioni della strada considerata nel suo complesso.

(32) Cass. 05.08.2013, n. 18609, *Enel Servizi Srl c. Grosso ed altri*, Est. Amatucci, ove un sessantatreenne, mentre si trovava a cavalcioni su di un ramo, morì folgorato a seguito del contatto accidentale del malleolo con un cavo in rame dell’elettrodotta dell’Enel posto ad otto metri dal suolo e a distanza non regolamentare dai rami dell’albero.

(33) Quali la distanza del ramo dal cavo elettrico inferiore alla misura prescritta dalla legge, il fatto che non risultava provato che la vittima avesse utilizzato un’asta di ferro ad uncino per avvicinare a sé le punte dei rami, il fatto che l’Enel aveva provveduto a tagliarli dopo l’intervenuto decesso... Principio già enunciato da Cass. 22.02.2008, n. 4591, *Squillaci c. Comune di Troina*, Est. Spirito, che ha ritenuto l’invocazione della speciale responsabilità ex art. 2051 c.c. risolversi in una richiesta di diversa qualificazione giuridica del fatto (nella specie l’attore aveva fin dall’inizio riferito il danno all’azione causale svolta direttamente da dei ponteggi che avevano consentito l’accesso dei ladri all’immobile di sua proprietà).

(34) Cfr. Cass. 20.08.2009, 18520, *Cimmino Cacciuni c. Valtur Resorts Spa*, Est. Talevi. In primo grado, nel rito applicabile davanti al Tribunale, la correzione del tiro può avvenire con le memorie ex art. 183 c.p.c. Una precisazione successiva sarebbe inammissibile, così come sarebbe inammissibile una domanda nuova dopo l’udienza ex art. 320 c.p.c. in cui le parti sono state invitate dal Giudice di Pace a “*precisare definitivamente i fatti*” (Cass. 16.05.2008, n. 12454, *Fai c. Banca Credito Popolare Leverano*, Est. De Chiara). Sempre con riferimento al divieto della *mutatio libelli* e ai rapporti tra 2043 c.c. e 2051 c.c. cfr. Cass. 06.07.2004, n. 12329, *Cond. Via Bernabei c. Buffa*, Est. Trifone, con nota di Pellicchia, *Responsabilità da custodia e mutatio libelli*, *Dir. giust.*, 2004, 34. Nella sentenza si precisa che per evitare di incorrere nel divieto in appello la domanda ex art. 2051 c.c. deve proposta in primo grado perlomeno in via subordinata rispetto all’azione generale di danni. Sul punto cfr. anche Cass. S.U. 07.08.2001, n. 10893, *Pisanu c. Concessioni e Costruzioni Autostrade Spa*, Est. Varone, con-

troversia nata a Genova per una insidia autostradale e relativa, tra le altre, alla deduzione della responsabilità ex art. 2051 c.c. addirittura in sede di legittimità; nello stesso senso Cass. 12.06.2001, n. 7938, *Di Stefano c. Comune di Modena*, Est. Segreto. Va poi considerato, vista la diversità delle *causae petendi* tra azione ex art. 2043 c.c. e 2051 c.c., l’importante principio, ancorché nato da fattispecie del tutto differente, stabilito da Cass. 18.04.2000, n. 5065, *Henkel spa c. Colucci*, Est. Mileo in forza del quale “*l’accoglimento della domanda in base ad una sola delle “causae petendi” fungibilmente poste a fondamento di essa non implica l’onere, per il vittorioso appellato, di proporre impugnazione incidentale per le “causae petendi” non esaminate ne’ di riproporre con espresse deduzioni le ragioni pretermesse, essendo sufficiente che ad esse non rinunci, esplicitamente o implicitamente, manifestando in qualsiasi modo la volontà di provocarne il riesame*”.

(35) Così Cass. 08.05.2015, n. 9294, *La Commerciale di Marco Radice snc c. Condominio Centro Michelangelo*, Est. Scarano, ove la sentenza d’appello aveva erroneamente escluso la possibilità di porre in discussione l’applicazione dell’art. 2043 cod. civ., non avendo l’appellato né formulato contestazioni sul punto, né riproposto le argomentazioni a sostegno della responsabilità ex art. 2051 cod. civ. Nello stesso senso il precedente di cui a Cass. 18.07.2011, n. 15724, *Anas c. Fagnano Benzi*, rel. Amendola ove è stata esclusa “*la violazione del principio tra il chiesto ed il pronunciato di cui all’art. 112 cod. proc. civ. da parte del giudice di appello che aveva inquadrato la fattispecie nell’ambito dell’art. 2051 cod. civ., così modificando, in assenza di specifiche censure o di appello incidentale condizionato, la qualificazione giuridica in base alla tutela offerta dall’art. 2043 cod. civ., esposta dall’attore a fondamento della sua pretesa ed accolta dal giudice di primo grado*”

(36) Cass. 8 maggio 2008, n. 11227, *Angeletti c. Comune di Roma*, Est. Spirito. Ne è passata di acqua sotto i ponti, se si pensa che un caso analogo (donna che scivolò sul pavimento della banca reso viscido dall’acqua sgocciolata dagli ombrelli dei clienti) veniva inquadrato da Cass. 24.11.1979, n. 6148, *Credito Italiano c. Bardesson*, Est. Giuliano, nell’ambito dell’art. 2043 c.c. con conseguente onere a carico della danneggiata di provare “*una condotta attiva od omissiva del personale dell’istituto di Credito che in concreto avesse reso scivoloso il pavimento*.” Considerato che il caso era nato proprio qui a Genova, vale la pena ricordare che la corte d’appello genovese (la cui sentenza, del 17 febbraio 1977, Pres. Gallerani, Est. Perrazzeli, è pubblicata su *Giur. merito*, 1978, p. 21, con nota critica di CONRADO, *Su di un caso di pretesa responsabilità per il danno cagionato da cose in custodia*) aveva invece ritenuto operante lo speciale criterio di imputazione di cui all’art. 2051 c.c. confermando la sentenza di condanna dell’istituto di credito al risarcimento del danno diminuito di un quarto per il concorrente apporto della vittima (nella pronuncia di primo grado si precisava che il pavimento di marmo era particolarmente scivoloso essendo stato incerato il giorno prima dalla donna delle pulizie). Una soluzione di buon senso e coraggiosa che, precorrendo i tempi, contemperava il principio dell’auto responsabilità con quello della responsabilità del custode e che avrebbe trovato consensi in cassazione solo trent’anni dopo! Come è stato puntualmente osservato da FRANZONI, *La responsabilità oggettiva, Il danno da cose e da animali*, Cedam, 1998, 317, proprio al termine del capitolo sulla causalità del danno da cose, occorre mettere “*in conto che l’opinione delle Corti può mutare nel tempo e che tale mutamento può essere previsto anche attraverso le decisioni dei giudici del merito in contrasto con le tendenze espresse dalla Cassazione*”.

(37) Cfr. la già citata Cass. 20.07.2002, n. 10641, *Haas Windegger Erika c. Windegger Perstich Herta* Est. Segreto che ha peraltro salvato la sentenza della corte d’appello, la quale aveva anch’essa argomentato in termini di insidia affermando un concorso di colpa della danneggiata nella misura del 70%, correggendone soltanto la motivazione in punto di diritto. Il principio per cui il concorso di colpa del danneggiato può inserirsi nel processo causale (fino ovviamente anche ad escluderlo, quando vi siano gli estremi per considerarlo fortuito) anche nell’ambito della responsabilità ex art. 2051 è stato ribadito dalla già citata Cass. 22.01.2014, n. 999, *Vanacore c. Comune di Sorrento*, Est. Cirillo, per la quale esso vale a maggior ragione ove si inquadri la fattispecie nel quadro dell’insidia stradale ex art. 2043 c.c. Cfr. anche Cass. 13.01.2015, n. 287, *Comune di Moncalzati c.*

Angiuoli, Est. Lanzillo, che invece ha rinviato ad altra sezione di corte perché, accordando integralmente la richiesta danni, nessuna valutazione era stata compiuta dai giudici del merito in ordine al concorso di colpa del danneggiato (minorenne che, trasportando illegalmente un passeggero, percorreva ad alta velocità una strada podereale in discesa ove solo ai margini era presente del ghiaietto) precisando in motivazione che “quanto più il pericolo è suscettibile di essere previsto e superato attraverso l'adozione di normali cautele da parte del danneggiato, tanto più il comportamento di lui viene ad incidere nel dinamismo causale, sino ad interrompere il nesso eziologico tra la condotta attribuibile all'ente e l'evento dannoso (cfr. fra le tante e le più recenti, Cass. civ. Sez. 3, 22 ottobre 2013 n. 23919).” Anche se qui può interessare solo indirettamente, val la pena ricordare un datato precedente delle S.U. 17.02.1964, n. 351, *Orecchia c. Geroni*, Pres. Tavolaro, Est. La Porta ove veniva risolta, in senso positivo, la questione della ammissibilità del concorso di colpa nell'ipotesi di danneggiato incapace d'intendere e di volere, per minore età o per altra causa, in forza del brocardo “*quisque sua culpa damnum sentit non intelligitur damnum sentire*”. Per una ripartizione del 40% a carico del minore danneggiato caduto da un tetto di un edificio scolastico in costruzione e privo di transenne e recinzioni perimetrali - e per ciò accessibile a chiunque - e del restante 60% a carico di un comune e dell'impresa costruttrice di una scuola cfr. Cass. 18.09.2015, n. 18317, *Comune di Camnicattì c. Facciponte*, Est. Stalla.

(38) Per un caso ove l'infortunata cadeva dopo che il tacco le si era incastrato in uno scivolo metallico che congiungeva due livelli di un esercizio commerciale, cfr. Cass. 17.10.2013, n. 23584, *Lovetti c. Factory Store Spa* Est. Amatucci, ove viene sottolineato come la valutazione del concorso di colpa del danneggiato (nella specie ritenuto assorbente) va compiuta sul piano del nesso eziologico, ma sempre bilanciando il dovere di precauzione (che incombe al custode) con quello di cautela (che incombe su chi fa uso della cosa).

(39) Si tratta della già citata Cass. 8 maggio 2008, n. 11227, *Angeletti c. Comune di Roma*, Est. Spirito

(40) Una delle aperture più antiche, costituita dalle mosse 1. d4 d5, 2. c4. Il gambetto è, in generale, “l'offerta di un pedone fatta nelle prime mosse per facilitare lo sviluppo dei pezzi” così RAMINI, *Come giocare e vincere a scacchi*, De Vecchi Editore, 1972, p. 100-101. Il gambetto di donna non è tuttavia un vero e proprio gambetto in quanto il bianco compie un sacrificio solo apparente visto che “il pedone gambettato non può essere mantenuto”.

(41) Cass. 25.02.2014, n. 4446, *Coppola c. Aurora Ass. e altri*, Est. Carleo. Per alcuni esempi di concorso incidente, vedi, tra le altre, Cass. 01.06.10995, n. 6125, *Rossi c. Zurigo*, Est. Giuliano, ove l'attore aveva riportato danni scivolando sul pavimento di un albergo, con pavimento in gomma zigrinata, riservato ai carrelli e al personale di manovra, Cass. 23.02.1983, n. 1394, *Angelici c. Comune di Terni*, Est. Giuliano, ove un minore era caduto nella tromba delle scale di un orfanotrofio dopo essersi arrampicato sulla ringhiera delle stesse sporgendosi all'esterno.

(42) Il ricorso dei genitori è stato quindi dichiarato inammissibile.

Prevenzione: un dogma abusato e dannoso

Enrico Zanelli

Professore emerito dell'Università di Genova

Sommario: 1. *Prevenzione salvis juribus e in campo medico.* - 2. *La prevenzione burocratica dell'imprevedibile.* - 3. *L'aritmetica illogica della prevenzione.* - 4. *La logica perversa degli interessi burocratici.*

1. Prevenzione salvis juribus e in campo medico.

Quello della prevenzione è un concetto generalissimo, come è logico che sia, applicabile e applicato a tutti gli atti e fatti che comportino un qualche pericolo di danno prevedibile, ma senza escludere paradossalmente l'imprevedibile. Già appare evidente da questa definizione pragmatica come si tratti di una impostazione da valutare qualitativamente e quantitativamente. Naturalmente in questa sede ci si occuperà espressamente della prevenzione in campo giuridico (nelle varie manifestazioni legislative e amministrative, con riguardo a tutti i settori dal civile al penale), in sostanza coprendo l'area vastissima del danno sia da reato che da fatto illecito doloso o colposo. Resta opportuno, tuttavia, considerare il fenomeno nella vita pratica, quale si presenta ad esempio in campo medico - in cui appare del tutto ragionevole l'applicazione del principio “Prevenire è meglio che curare” - pur se a sua volta rientrando ormai (come ogni altra possibile fonte di danno: ad es. ambientale) proprio nell'ambito di normative giuridiche sino a pochi anni or sono inesistenti. Si ha in questo senso, naturalmente una inarrestabile estensione dell'identificazione di ipotesi di responsabilità discendente da ogni tipo di attività professionale, memori ormai solo raramente della fattispecie del caso fortuito e tanto meno di quella più ispirata degli *acts of God* di diritto anglosassone. A questo sviluppo si collega, o forse ne è causa, quello della litigiosità, che peraltro non risolve (contrariamente, forse ad una semplicistica percezione) i problemi dell'avvocatura, vessata da variegata ostilità esterne, squilibri interni ed altre concause di disagio ed immiserimento.

Ma torniamo non solo e non tanto a quello che ben può definirsi il dogma della prevenzione quanto al suo corollario, presentato come scientifico dagli attivisti movimentisti ed in realtà denunciato come anti-scientifico dalla comunità internazionale dei ricercatori, ovvero il cosiddetto “principio di precauzione”, che tende a bloccare ogni avventura innovativa sempre impegnata nel più serio confronto con la valutazione di difficoltà e rischi reali e probabili. Perché se è conseguenza che la prevenzione evocata (in sé logicamente) l'identificazione ed applicazione di idonee “precauzioni”, anche qui, a ben vedere, si parte da un adagio che può definirsi popolarmente condiviso, che è forse come dire condivisibile e tuttavia contiene un eccesso o *non sequitur*: “Le precauzioni non sono mai troppe”. Ma appunto: se ne può sempre aggiungere un'altra, ed un'altra ancora o migliaia d'altre. In base a quale principio ci si potrà opporre ad una ulteriore precauzione? E chi oserà farlo, correndo un qualsiasi ipotetico rischio al riguardo? Quale medico ometterà un eccesso cautelativo in un caso specifico che non ne presenta concretamente l'esigenza imprescindibile se da chiunque ed in qualsiasi forma viene suggerito che comunque non guasta? Quale avvocato ometterà un “*salvis juribus*” o una “denegata ipotesi”, per sintetizzare qui ogni più elaborato sforzo, spesso ultroneo, con cui si moltiplicano le precauzioni defensionali anche solo rituali? E

se questo era già nelle corde di ogni pratica professionale, l'estendersi della responsabilità e della litigiosità sopra ricordate ne sta producendo un'ossessiva pervasività che si ritorce a turno contro ciascuno e contro tutti in termini di illogicità e relativi costi.

Il contesto sociale, naturalmente può produrre reazioni considerate automaticamente obbligate e così anche il sonno della ragione. Si potrà enfatizzare fin che si vuole il divario tra il coefficiente di criminalità in Germania e in Italia, ma come ridurle da noi la portata ed invertire la tendenza senza affrontare coraggiosamente anche sul piano psicologico, ad esempio, l'eliminazione in Italia dell'uso per le banche di porte blindate ad ingresso selezionato, sportelli protetti da vetri a prova di proiettile con fessura malfidente per il passaggio di carte e valori tra cliente e impiegato, laddove in Germania si accede ad una banca come ad una drogheria e l'arredamento dell'interno corrisponde a quello di un qualsiasi negozio od ufficio? Lo scandalo delle quattro banche non è certo dovuto a carenze normative quanto a precauzioni preventive ma alla superficialità o peggio della loro applicazione, come d'altronde è frequente se non normale. Quanto alla dovuta repressione sanzionatoria sul piano giudiziario il percorso potrebbe dilatarsi per anni (quindi con efficacia limitata), prescrizione permettendo.

Persino in campo medico, dove - come si è già accennato - la prevenzione piuttosto che la cura ha un suo ruolo apprezzabile e indiscutibile sotto il profilo umanitario (non senza risvolti dogmatici e sacrali ma anche contraddittori) non sarebbe peregrina una valutazione caso per caso di pratiche cautelative regolate da codici legislativi, amministrativi ed ospedalieri sicuramente discutibili. Le modalità di trattamento, ad esempio, di una patologia come la degenerazione della macula, variano da un'istituzione all'altra quanto, appunto, alle precauzioni adottate. Il trattamento consiste in iniezioni nell'occhio (sostanzialmente indolori) praticate dallo specialista oftalmologo con farmaci e tecniche recenti ma ormai diffuse. Per l'esecuzione della puntura nell'occhio in un ospedale di Roma si richiede al paziente di portare da casa pigiama e ciabatte sostituendo così vestiti e scarpe, rimuovere orologio, anelli ed altri oggetti metallici, farsi trasportare in sedia a rotelle ed in barella dalla sala d'attesa alla sala operatoria e viceversa, farsi ricoprire con una benda l'occhio interessato a puntura avvenuta, farsi introdurre un ago sul dorso della mano per eventuale iniezione d'emergenza ed infine farsi controllare più volte nei giorni successivi (chi scrive non ha conoscenza delle procedure relative ad un intervento certo più complesso quale quello destinato ad un trapianto di cuore). In un altro importante ospedale romano tali precauzioni si limitano a quelle (fra le elencate in precedenza) collegate all'accesso asettico in sala operatoria, al bendaggio ed ai successivi controlli, con assunzione di antibiotici per diversi giorni. La *ratio* delle varie precauzioni tende a scongiurare eventuali infezioni conseguenti alla puntura. In un ospedale universitario di Zurigo la puntura viene praticata dallo specialista non in sala operatoria (come prescritto in Italia) ma in un locale attiguo al suo studio, attrezzato con lettino e lampada, in cui il paziente entra direttamente con le proprie scarpe e ne esce (a puntura eseguita con disinfezione locale) pochi minuti dopo senza ulteriori controlli precedenti o successivi e limitata assunzione di antibiotici, di cui si sta considerando l'eliminazione in quanto inutili e quindi dannosi. La possibilità di infezione in questi è vista come una sopravvenienza a sé, da affrontare quando si verificasse ma non prevenibile.

Chi scrive non ha competenze mediche e può essergli sfuggita qualche marginale inesattezza od omissione; non è quindi in grado di giudicare quale delle procedure adottate sia la più

corretta, idonea e ragionevole sotto i diversi profili che certo devono essere presi in considerazione (terapeutico, statistico, economico, sociale). Sembra evidente, tuttavia, che la prevenzione (persino in questo delicatissimo settore) può collocarsi su una gamma molto vasta, di prescrizioni cautelative più o meno soppesate o arbitrarie, da cui si potrebbe derivare un diverso e rovesciato dogma (svizzero) ed il conseguente adagio "Le precauzioni non sono mai troppo poche", ossia se ne può fare a meno.

2. La prevenzione burocratica dell'imprevedibile.

Sin qui il discorso si è sviluppato colloquialmente, per così dire, intorno a quelle che sono peraltro esperienze quotidiane di tutti noi, almeno in particolari momenti ed occasioni della vita di tutti i giorni, ma percettibilmente sempre più diffuse e condizionanti. La procedura per le iniezioni intravitreali in un ospedale romano comporta per i pazienti - nell'attesa fra un passaggio precauzionale e l'altro - un impegno di quattro o cinque ore. Se si pretendesse di dare dignità alle premesse soltanto fattuali della presente argomentazione antitetica alla *communis opinio* si potrebbero caratterizzare quelle premesse come metagiuridiche. Se ne ricava forse una prima impressione se non di eccesso cautelativo quanto meno di omessa verifica di falsificabilità (secondo l'insegnamento di Popper) del principio di precauzione e dell'assioma dogmatico della prevenzione.

Questi atteggiamenti sempre più affermatosi - soprattutto in Italia - da qualche decennio sono la risultante di una mentalità che si è fatta struttura ordinamentale o viceversa? Non è questa la sede per approfondire e risolvere anche sociologicamente l'intreccio fra questi due fattori certamente presenti ed interdipendenti. (L'opinione personale di chi scrive è che l'italiano medio sia non individualista - come comunemente si pensa - ma conformista, alieno da ogni verifica empirica di idee ricevute e luoghi comuni, non educato al rigore logico ma piuttosto al compromesso non necessario e neppure utile. Ne consegue che un ordinamento prescrittivo di precauzioni trova un fertile terreno di sottomissione e persino di consenso nella mentalità della cosiddetta società civile). Il centro del discorso voleva costituirsi e, come è ormai evidente, si costituisce ora - al di là delle premesse metagiuridiche - quale ricognizione del fenomeno ed elemento patologico del nostro ordinamento rappresentato dalla ipertrofica regolamentazione burocratica. Non si tratta dunque della proposizione di una novità da introdurre nel dibattito corrente, perché da almeno un anno non si parla d'altro, anche a livello europeo, lamentando correttamente l'eccesso burocratico come una fra le principali cause dei problemi economici e sociali dell'Italia, per non dire della sua arretratezza - anche in termini di attrazione degli investimenti esteri - rispetto ai paesi più avanzati dell'Unione. Ma se una riforma delle bardature burocratiche del nostro paese è all'ordine del giorno almeno nelle enunciazioni programmatiche di governo e parlamento è opportuno, anzi necessario, individuare, comprendere e neutralizzare quel nucleo che dà origine ed è comune a tutte le cellule burocratiche, che sinora non ha fatto oggetto di analisi in quanto tale e che anzi può apparire a prima vista poco credibile quale *unico* elemento fondante della mentalità burocratica e conseguente proliferazione delle prescrizioni.

Perché *tutte* le normative burocratiche sono il riflesso e l'applicazione, si può ben dire per definizione, di un consolidato concetto di prevenzione e del correlato principio di precauzione, ovviamente quando portati al di là dei limiti estremi della ragionevolezza, come peraltro è inevitabile avvenga in quanto consustanziale ai meccanismi cautelativi con regressione lineare indipendente da una giustificazione logica. Ciò è quanto risulta

ove si muova non dalla soggezione ad un mantra ma da un'analisi non edulcorata e senza infingimenti di comodo.

Tutte le prescrizioni burocratiche sono esplicitamente o implicitamente giustificate dalla necessità di mantenere ogni atto o fatto nell'ambito della prevenzione di ogni conseguenza di danno o pericolo, quanto meno con l'esigere la tracciabilità documentale di decisioni, istanze, autorizzazioni, licenze, dinieghi affidati a moduli e formulari. È superfluo sottolineare come tutto questo risulti poi in funzione della prevenzione non tanto dei danni temuti quanto delle responsabilità che ne conseguirebbero. L'adozione e la documentazione del maggior numero possibile di precauzioni dovrebbe comportare l'affidamento degli interessati nell'esonero da responsabilità soprattutto di omissione, ma l'esperienza sta dimostrando - come era da attendersi - che la ricerca minuziosa e mirata della precauzione mancante unita - in caso di catastrofe anche per altre cause - all'intento persecutorio che deriva dalle attese dell'opinione pubblica ispirata dai mezzi di comunicazione rende sempre più aleatorio quell'affidamento, con un circolo vizioso cui spesso manca peraltro, paradossalmente, l'anello di congiunzione di una punizione che invece si perde nel trascorrere del tempo e nell'inefficienza e indifferenza dei meccanismi di giustizia e nell'ormai rassegnato scetticismo del pubblico al riguardo.

3. L'aritmetica illogica della prevenzione.

Quest'ultima considerazione ci porta ad evocare più esplicitamente l'antitesi dialettica fra la prevenzione, ovviamente *a priori*, e l'alternativa della repressione *a posteriori*. (Prevenzione e repressione non sarebbero di per sé concetti alternativi ma piuttosto cumulabili; tuttavia all'atto pratico una scelta incisiva e predominante finisce per ridurre se non eliminare l'impatto sistematico dell'altra). Valutazioni politiche, sociali e soprattutto etiche possono naturalmente essere connaturali e quindi privilegiate nei diversi contesti storici, istituzionali e civili: resta tuttavia l'esigenza di avvertire la necessità di analisi e scelte che producano un risultato logico vincente.

Una semplice proiezione numerica di palmare evidenza ci fornisce un primo elemento utile. La prevenzione opera attraverso prescrizioni cautelative rispetto a tutti gli atti compiuti da qualunque soggetto nel quadro di un traffico di mercato o comunque negoziale con innumerevoli transazioni quotidiane soggette ciascuna a formalità soprattutto cartacee e controlli ripetuti ad ogni ulteriore passaggio nello sviluppo dell'attività così condizionata e monitorata. Ove a questi filtri preventivi si sostituisse, a fronte di illeciti e danni intervenuti e accertati (in questo caso con risorse e misure adeguate) un'efficace e rigorosa repressione punitiva è agevole comprendere che i singoli casi accertati (e persino aggiungendovi quelli sfuggiti ad ogni indagine) sarebbero in numero ben più limitato, se non infinitesimale, rispetto a tutti gli innumerevoli atti leciti ed andati a buon fine anche nel più corrotto dei paesi, almeno fra quelli europei, compresa l'Italia. D'altronde l'ampiezza attuale della corruzione in Italia, pur in regime cautelativo, conferma che l'accento su di una repressione più adeguata e severa darebbe vita ad un sistema al tempo stesso più efficiente, più efficace e più giusto. Forse un orientamento in questo senso si sta profilando, non senza lacune, timidezze e contraddizioni. Peraltro è doveroso ricordare che un'isolata posizione nel senso di privilegiare il meccanismo della repressione rispetto a quello della prevenzione era stata assunta da Filippo Sartori già in uno studio del 2003 (*Il conflitto di interessi nel diritto dei contratti. Prospettive di analisi economica*, in *Rivista di diritto bancario*) in cui si enfatizzava la diseconomicità del sistema cautelativo *a priori*.

La filosofia preventiva produce dunque anzitutto una sproporzione macroscopica tra la massa delle sue procedure formalizzate e generalizzate rispetto ad un qualsiasi numero - non che probabile, anche solo concepibile - di comportamenti dolosi o colposi e di conseguenti eventi dannosi; l'evidente diseconomicità dovrebbe essere quanto meno oggetto di un'analisi o simulazione del rapporto costo/benefici. Comunque, il fatto che le attuali oppressive bardature burocratiche abbiano un complessivo effetto paralizzante sulla struttura economica e sociale del sistema Italia è non solo conclamato anche a livello internazionale ma corre il rischio di diventare un futile luogo comune proprio perché non se ne ricercano e accertano le cause nell'esasperata filosofia della prevenzione.

Ma vi è di più: si potrebbe dire ben di più. Siamo in presenza di un circolo vizioso, o meglio di un meccanismo perverso che si alimenta e cresce in funzione della propria stessa ragion d'essere. Perché se le precauzioni sono prescritte e l'omissione di una di esse è fonte di responsabilità, quanto più le precauzioni-prescrizioni sono numerose e minuziose tanto più si moltiplicano i timori di un'incombente responsabilità (come già accennato) e non solo si ha estrema cura di evitare ogni colpa di omissione ma si interpretano nel modo più causidico e prudenziale le cautele prescritte fino aggiungerne di nuove *propria sponte*. È ormai noto, ad esempio, che le recenti normative in tema di riciclaggio impongono a dirigenti e funzionari di banca di segnalare alle autorità competenti ogni caso di transazioni sospette da parte di clienti ma che il "sospetto" viene esteso a pioggia evitando ogni vaglio più ragionevole, per non sapere né leggere né scrivere (come si suol dire). Può essere ricordato qui per inciso che l'ormai asfissiante formalizzazione della *privacy*, adottata come prevenzione rispetto a possibili violazioni della riservatezza viene applicata insensatamente alle più banali ed innocue informazioni che potrebbero tranquillamente circolare senza danno per alcuno, mentre per gli uffici pubblici ed anche per le aziende private costituiscono spesso una comoda barriera rispetto a qualsiasi legittima richiesta di informazioni cui i burocrati sono usi da sempre a non dare seguito per principio, se non dopo aver sottoposto il cittadino a defatiganti verifiche e certificazioni. Recentemente l'ufficio anagrafe di un piccolo comune ligure, cui era stato domandato telefonicamente (da un residente in altra città) se un'anziana signora che non rispondeva più da un mese fosse ancora viva o fosse deceduta, ha negato "per ragioni di privacy" un'informazione risultante dai pubblici registri anagrafici e sicuramente nota ad ognuno degli abitanti di un paese in cui si conoscono tutti e si partecipa compattamente ad ogni funerale.

4. La logica perversa degli interessi burocratici.

Ma avendo rilevato questo panorama non è poi così difficile andare al fondo della questione.

Se è plausibile che il criterio della prevenzione ed anche in qualche misura l'individuazione di specifiche precauzioni rispetto a consistenti probabilità di pericolo e di danno abbiano avuto una loro genesi e fisiologico sviluppo quali componenti di un semplice processo razionale collegato all'esperienza man mano maturata nelle più diverse circostanze sia complesse che banali (anche evitando, ad esempio, di porre il piede su una buccia di banana), ben diversa e patologica è la causa della proliferazione dei vincoli cautelativi e del consolidamento di un dogma prudenziale, ben al di là del senso comune quanto all'ovvio ma misurato ricorso alla prevenzione, divenuta invece pretesto per ogni sorta di imposizioni burocratiche.

Non dovrebbe certo suonare stravagante l'affermazione che causa pressoché unica della superfetazione delle bardature bu-

rocratiche e delle loro prescrizioni si ritrova nella dissennatamente deliberata politica in questo senso degli apparati ossia delle corporazioni burocratiche, senza altre influenze degne di nota estranee ad esse. Tuttavia questa, che dovrebbe essere consapevolezza comune, è culturalmente rimossa, per così dire, dalla convinzione che la burocrazia applica e non può non applicare, la più prudente regolamentazione di prevenzione dei pericoli e dei danni ipotizzabili per qualsiasi attività. Naturalmente da qualche anno a questa parte i paralizzanti vincoli burocratici (riconosciuti ormai come generatori di arretratezza economica e crisi recessive) suscitano reazioni di insofferenza e richieste (generiche) di semplificazione e liberalizzazione con riguardo a vari comparti produttivi (mentre ancora più generiche sono le lamentele dei semplici cittadini alle prese con formulari, sportelli, ingiunzioni incomprensibili, arbitrarie e vessatorie). Ma l'elemento chiave del perverso meccanismo: il burocrate - come ogni altro lavoratore o professionista, anche il più onesto e in buona fede - si concentra sul proprio lavoro, cui sottende sempre, peraltro, il proprio primordiale interesse a mantenerlo, consolidarlo ed enfatizzarlo, rendendolo e presentandolo anche artificiosamente come imprescindibile. Di riflesso, le regole che sono "il prodotto" della catena di montaggio burocratica complicano inutilmente tutti gli altri processi produttivi, non senza moltiplicare i tempi ed il numero degli addetti alle varie produzioni ed ai vari servizi. (Si pensi ai barellieri del complesso ospedaliero romano più sopra segnalato al primo posto quanto a precauzioni non adottate da qualsiasi altra istituzione ospedaliera più "spericolata": un esempio fra infiniti altri nei campi più diversi).

I precisi interessi che si accumulano nella gestione dell'intero sistema burocratico all'insegna di una malintesa prevenzione (che naturalmente non raggiunge neppure i suoi conclamati obiettivi) culminano in casi estremi nella disonestà intellettuale ed in quella applicata, ossia nella corruzione, ma danneggiano comunque il tessuto economico e sociale del paese.

La riforma burocratica, ovvero la semplificazione dell'apparato burocratico e delle sue regolamentazioni, è ora all'ordine del giorno del governo e del parlamento. Ma non è realizzabile senza la de-

molizione della pavida cultura cautelativa ad ogni costo, che bloccherebbe ogni intervento inteso a sfolire gli organici, modernizzare i metodi, valorizzare i meriti, coinvolgere il pubblico in una nuova sfida di rischio calcolato ai fini del mantenimento di legalità e benessere sostenibili economicamente e socialmente. Vi è un altro dogma - questa volta indiscutibile in sé - che, qui sottaciuto sinora, costituisce la più seria aporia rispetto ad ogni calcolo di convenienza: quello della sacralità della vita. Tuttavia si tratta anche del valore più contraddetto nelle regolamentazioni della vita quotidiana in tutte le società del passato e del presente, lasciando campo ad ogni sorta di rischi di massa (più o meno necessari), dalla circolazione automobilistica agli sport anche estremi alla diffusione delle armi da fuoco ecc. (per non parlare di guerre e conflitti a tutti i livelli): valore dunque non assoluto ma anch'esso relativo, pur se nell'intimo ciascuno di noi resta libero di conformarsi nella propria visione etica, religiosa o laica.

Mentre vengono vergate le ultime righe di questa sommaria analisi, una involontaria e inconsapevole conferma giunge in forma di intervento (inteso in direzione opposta) da parte della Ministra della Sanità in carica, la quale allarmata da peraltro estemporanee proposte di eliminazione di alcune potenti strutture burocratiche, determinanti in taluni ministeri, ha avvertito: "Abolire la struttura prevenzione sarebbe come eliminare il Ministero della Sanità". Non esiste dunque in questo caso (ma anche nella prevalente opinione corrente) alcuna consapevolezza (mentre sono presenti consistenti contro-interessi) quanto alla possibilità e opportunità di commisurare la prevenzione a verificate esigenze concrete anziché sclerotizzarla con illimitate cautele, per definizione senza confini rispetto ad ogni ulteriore cautela aggiuntiva, illogica e diseconomica.

Peraltro va aggiunta ora un'ultima postilla. In sede di revisione della spesa è stata disposta la drastica riduzione precisamente della massa di esami precauzionali difensivi prescritti dai medici come opportuni se non necessari. È presto per verificare l'applicazione del nuovo orientamento piuttosto che la sua appartenenza al novero delle grida manzoniane.

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Documenti

L'arbitrato della Pubblica Amministrazione

Daniela Anselmi

Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. *Introduzione.* - 2. *La disciplina dell'arbitrato nel codice del processo amministrativo.* - 3. *L'arbitrato nel Codice dei contratti pubblici.* - 3.1. *Arbitrato libero e arbitrato amministrato.* - 3.2. *Gli arbitri: nomina e requisiti.* - 3.3. *La sede dell'arbitrato, il procedimento e l'istruttoria.* - 3.4. *Il lodo e la sua impugnazione.* - 3.5. *L'arbitrato amministrato (o camerale).* - 3.6. *I costi e le spese dell'arbitrato in materia di contratti pubblici.* - 3.7. *L'arbitrato oggi: applicazione dell'istituto e limiti.* - 3.8. *Il futuro dell'arbitrato nei contratti pubblici alla luce della legge delega sugli appalti.* - 3.9. *Conclusioni.*

1. Introduzione.

Per molto tempo si è ritenuto che l'arbitrato fosse istituto incompatibile e non praticabile nel diritto amministrativo. La ragione fondamentale di tale posizione si basava, da un lato sul presupposto della indisponibilità dell'interesse pubblico e, dall'altro, sulla inaccettabile conseguenza che, in caso di impugnazione del lodo, il giudice civile potesse conoscere di controversie aventi ad oggetto materie affidate alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Un passo decisivo nell'apertura all'arbitrato anche nel diritto amministrativo si è avuto con l'art. 6 della legge 21 luglio 2000 n. 205 (Disposizioni in materia di Giustizia amministrativa), in cui si affermava che (c. 2): *“le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto”*. Tale disposizione conteneva dunque due limiti invalicabili posti a confine dell'uso dell'arbitrato nel diritto amministrativo: un limite di carattere oggettivo, nella misura in cui si provvedeva a circoscrivere l'ambito di applicazione dell'arbitrato alle sole controversie concernenti diritti soggettivi; e un limite relativo alla tipologia di arbitrato, che può essere solo quello rituale e di diritto (escludendo dunque l'arbitrato irrituale e quello secondo equità).

La disposizione contenuta nella legge 205 del 2000 è stata sostanzialmente riprodotta nel Codice del processo amministrativo (d.lgs. 104/2010), all'art. 12, come modificato dall'art. 1, c. 1, lett. a) del d.lgs. 15 novembre 2011 n. 195. Rispetto al testo originariamente previsto dal Codice, il correttivo del 2011 ha inserito il rinvio agli artt. 806 ss. c.p.c., con la precisa intenzione di chiarire che la disciplina applicabile è quella processualcivile.

L'art. 12 c.p.a. (rubricato appunto “Rapporti con l'arbitrato”) dispone, infatti, che *“le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto ai sensi degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile”*.

2. La disciplina dell'arbitrato nel codice del processo amministrativo.

La disposizione contenuta nell'art. 12 c.p.a. (come, d'altro canto, quella contenuta nell'art. 6 del d.lgs. 205/2000) pone, come visto, confini chiari alla possibilità di devolvere agli arbitri controversie insorte innanzi al giudice amministrativo.

La prima osservazione da compiere è la seguente: non appare dirimente tanto l'esercizio del potere amministrativo per distin-

guere la controversia che può essere devoluta in arbitri, quanto la situazione giuridica soggettiva di cui si discute.

Inoltre, occorre poi chiarire se per “controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo”, si debba:

a) fare riferimento soltanto ai diritti soggettivi *tout court* o possano essere investiti da arbitrato, ad esempio, anche i profili relativi al risarcimento della lesione degli interessi legittimi;

b) restringere il campo alla sola giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ovvero si possano ritenere compromettibili in arbitri anche le controversie relative a diritti riconducibili alla giurisdizione generale di legittimità» (1).

Riguardo al primo punto, si possono individuare due tesi. La prima, favorevole all'estensione dell'arbitrato anche a controversie relative al risarcimento della lesione di interessi legittimi o da ritardo nell'esercizio della funzione pubblica, pone l'accento sul fatto che in tal caso non sarebbe coinvolto l'esercizio del potere pubblico ma solamente le conseguenze patrimoniali dell'esercizio illegittimo (o mancato esercizio o esercizio tardivo) del potere; la seconda, in senso contrario, secondo cui il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi costituirebbe una forma di tutela di tale particolare situazione giuridica: non si sarebbe pertanto nel campo dei diritti soggettivi ma in quello degli interessi legittimi (2). Riguardo al secondo quesito, la tesi prevalente nella vigenza dell'art. 6 della legge 205/2000 era quella della possibilità di compromettere in arbitri solo le controversie rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. D'altronde ciò era giustificato da almeno due ordini di ragioni: in primo luogo, dalla conseguenza che in caso contrario, nel caso di appello del lodo arbitrale (sul punto si veda *infra*), si sarebbe assistito ad una deroga alla giurisdizione, per effetto dell'affidamento al giudice ordinario - la Corte d'appello - di controversie spettanti al giudice amministrativo; in secondo luogo, per la evidenza che l'art. 6, c. 2 si inseriva in un corpo di norme teso a disciplinare specificamente i poteri del giudice in seno alla giurisdizione esclusiva.

Differentemente, con riferimento all'art. 12 c.p.a., si può osservare che tale articolo si pone all'interno del Codice in un contesto differente (Libro I, Titolo I, Capo III), tale da attribuire alla disposizione in questione una portata più generale, estesa non solo alla giurisdizione esclusiva, ma a tutta la giurisdizione amministrativa. Pertanto, si potrebbe concludere che, poiché l'art. 12 c.p.a. fa riferimento alle controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione amministrativa, dovrebbero potersi ammettere tra tali controversie anche quelle relative ai c.d. diritti patrimoniali consequenziali che rientrano nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo (3).

L'art. 12 c.p.a. ha risolto, inoltre, anche la questione relativa alla impugnazione del lodo. Infatti, l'espresso riferimento agli articoli 806 c.p.c. e seguenti determina l'applicabilità anche degli artt. 827-830 c.p.c. relativi all'impugnazione davanti alla Corte d'appello (4).

Il codice del processo amministrativo contiene poi un ulteriore riferimento all'arbitrato. Si tratta della disposizione riguardante l'esperibilità del giudizio di ottemperanza nei confronti del lodo arbitrale reso esecutivo. La possibilità in tal senso è oggi - a differenza del passato - prevista espressamente dall'art. 112, c. 2, lett. e) c.p.a., norma che ha codificato un indirizzo giurisprudenziale piuttosto consolidato nel periodo antecedente alla approvazione del codice

del processo amministrativo (5). Conseguentemente, ai sensi dell'art. 113, c. 2 c.p.a., il ricorso per l'azione di ottemperanza deve essere proposto al tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha emesso la sentenza di cui si chiede l'ottemperanza (e, dunque, nella cui circoscrizione aveva sede il collegio arbitrale) (6).

3. L'arbitrato nel Codice dei contratti pubblici.

Una volta esaminata la normativa generale sull'arbitrato contenuta nel codice del processo amministrativo, occorre analizzare la normativa speciale contenuta nel Codice dei contratti (d.lgs. 163/2006) relativa all'istituto dell'arbitrato nei contratti pubblici di cui all'art. 241 ss. del decreto legislativo citato.

Una osservazione preliminare è d'obbligo. È stata appena approvata al Senato in via definitiva la legge delega (legge 28 gennaio 2016, n. 11) per l'attuazione delle nuove direttive in materia di appalti e concessioni approvate dal Consiglio e dal Parlamento europeo nel 2014 (7) e per il cui recepimento è stato previsto il termine del 18 aprile 2016. Sarà dunque predisposta entro (si spera) pochi mesi una nuova disciplina dei contratti pubblici, che sostituirà quella vigente.

Pertanto, si procederà ora all'esame della normativa vigente, facendo cenno, in conclusione, a quelle che possono essere le prospettive nell'immediato futuro, e che già traspaiono dalla legge delega.

L'art. 241, c. 1, come sostituito dalla legge c.d. "Anti corruzione" del 2012 (l. 6 novembre 2012, n. 190, "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione"), afferma che «le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento bonario previsto dall'art. 240 possono essere deferite ad arbitri previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione. L'inclusione della clausola compromissoria, senza preventiva autorizzazione, nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, o il ricorso all'arbitrato, senza preventiva autorizzazione, sono nulli». Dalla lettura di questo primo c. emerge, in primo luogo, la limitazione oggettiva posta all'istituto arbitrale, a cui si può ricorrere solo nel caso di controversie su diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici. In secondo luogo, è evidente la natura facoltativa del ricorso allo strumento arbitrale, posta la presenza dell'espressione "possono essere deferite".

La legge 190/2012 ha previsto altresì (cfr. art. 1, c. 20) l'estensione dell'esperibilità dell'arbitrato anche alle controversie relative a concessioni e appalti pubblici di opere, servizi e forniture in cui sia parte una società a partecipazione pubblica ovvero una società controllata o collegata a una società a partecipazione pubblica (ai sensi dell'art. 2359 del codice civile) o che abbia comunque ad oggetto opere e forniture finanziate con risorse a carico dei bilanci pubblici. Tale disposizione è ripresa e inserita all'art. 23 del nuovo Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, ossia uno dei decreti legislativi emanati a seguito delle deleghe contenute nella legge 124/2015 (c.d. "legge Madia").

Va poi notato l'atteggiamento di cautela da parte del legislatore che circonda e fa precedere il ricorso all'arbitrato da alcuni presupposti formali.

Vengono individuati infatti tre passaggi preventivi al ricorso all'arbitrato ed un eventuale rimedio successivo. È necessaria, innanzitutto, la previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione: pertanto la clausola compromissoria inserita nel bando o nell'avviso (o nell'invito, per le gare senza bando) o lo stesso ricorso all'arbitrato, in mancanza di tale

autorizzazione, sono nulli. Ma ciò non è sufficiente. Il legislatore prescrive, infatti, che l'amministrazione debba indicare nel bando o nell'avviso (o nell'invito per le procedure senza bando) se il contratto conterrà, o meno, la clausola compromissoria.

In terzo luogo, si precisa che è vietato in ogni caso il compromesso, ossia è proibito ricorrere all'arbitrato una volta insorta la controversia.

Infine, un ulteriore limite consiste nella facoltà riservata all'aggiudicatario di ruscare la clausola compromissoria, che conseguentemente non viene inserita nel contratto. Tale facoltà deve essere esercitata comunicando tale intenzione entro venti giorni dalla conoscenza della aggiudicazione. Due rilievi vanno compiuti sul punto: riguardo alla modalità della comunicazione la disposizione non indica una forma particolare, dovendosi intendere, pertanto, che si possa ricorrere a qualsiasi strumento di comunicazione; riguardo al termine per la comunicazione stessa, ci si è domandati se i venti giorni decorrano dalla conoscenza della aggiudicazione definitiva o di quella provvisoria: diversi elementi fanno propendere per la tesi dell'aggiudicazione provvisoria.

Con riferimento alla autorizzazione preventiva di cui all'art. 241, c. 1, da parte dell'organo di governo dell'amministrazione, si è pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza 9 giugno 2015, n. 108, nel giudizio di legittimità costituzionale avente ad oggetto lo stesso art. 241, c. 1 del d.lgs. 2163/2006 e l'art. 1, c. 25, della legge 190/2012. Quest'ultimo prevede la non applicazione dei commi precedenti (tra cui il 19, che ha provveduto a sostituire nella dizione attuale l'art. 241, c. 1) agli arbitrati che siano già stati conferiti o autorizzati prima dell'entrata in vigore della stessa legge anticorruzione (laddove per "conferito" si intende l'arbitrato per il quale siano già stati nominati gli arbitri e per "autorizzato" l'arbitrato per il quale sia intervenuta una autorizzazione dell'organo di governo). Ora, il giudice rimettente dubitava della costituzionalità dell'art. 1, c. 25, della legge anticorruzione nella parte in cui non prevede che non si applichino i commi da 19 a 24 anche con riferimento a quegli arbitrati che siano stati conferiti dopo l'entrata in vigore della legge anticorruzione ma sulla base di clausole compromissorie pattuite in precedenza. Poiché il c. 19 prevede la nullità delle clausole compromissorie o degli arbitrati attivati senza la previa autorizzazione, ciò implicherebbe che siano salvi gli arbitrati già autorizzati o conferiti prima della legge, ma non quelli che, prima della legge, non siano stati autorizzati. La Corte sottolinea che la disposizione del c. 19 (dunque il c. 1 dell'art. 241) costituisce una nuova norma imperativa condizionante l'autonomia contrattuale delle parti. Dunque, poiché non esiste norma che faccia salva per l'avvenire la previgente normativa, la clausola compromissoria contrattualmente prevista (ma non autorizzata) soggiace alla nuova disciplina e dunque viene privata di operatività. La Corte offre una lettura costituzionalmente orientata di quanto disposto dall'art. 1, c. 19, affermando che: "Lo *ius superveniens* consistente nel divieto di deferire le controversie ad arbitri senza una preventiva e motivata autorizzazione non ha l'effetto di rendere nulle in via retroattiva le clausole compromissorie originariamente inserite nei contratti, bensì quello di sancirne l'inefficacia per il futuro, in applicazione del principio, espresso dalla costante giurisprudenza di legittimità, secondo il quale la nullità di un contratto o di una sua singola clausola, prevista da una norma limitativa dell'autonomia contrattuale che sopravvenga nel corso di esecuzione di un rapporto, incide sul rapporto medesimo, non consentendo la produzione di ulteriori effetti, sicché il contratto o la sua singola clausola si devono ritenere non più operanti. Non si pone conseguentemente alcun problema di retroattività della norma censurata o di ragionevolezza della supposta derogà all'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale".

La Corte costituzionale, nella medesima pronuncia, svolge poi ta-

lune considerazioni in merito alla natura della autorizzazione preventiva richiesta dall'art. 241, c. 1. Infatti, di fronte alla censura di incostituzionalità sollevata dal giudice rimettente, la Corte osserva che la scelta di prevedere una autorizzazione da parte dell'amministrazione si configura come un mero limite all'autonomia contrattuale, la cui garanzia costituzionale non è incompatibile con la previsione di limiti a tutela di interessi generali (tra cui esigenze di contenimento dei costi delle controversie e tutela degli interessi pubblici coinvolti). La Corte confuta anche la presunta violazione del principio di parità delle parti, ricordando che la stessa libertà contrattuale che si esprime nella autorizzazione si può riscontrare nello strumento riservato alla parte privata consistente, come si è visto, nella facoltà di recusare la clausola compromissoria.

Riguardo, infine, alla disciplina applicabile all'arbitrato previsto dall'art. 241, è necessario fare riferimento al secondo c. di tale articolo, ove si precisa che ai giudizi arbitrali in questione si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, salvo quanto disposto dal codice dei contratti. Pertanto, l'arbitrato *ex art. 241* costituisce qualcosa di diverso dall'arbitrato comune disciplinato nel codice di procedura civile. E al contempo costituisce l'unico strumento a cui le parti possono ricorrere nel caso di controversie in materia di contratti pubblici, alternativo all'arbitrato di diritto comune.

3.1. Arbitrato libero e arbitrato amministrato.

Come nel diritto comune (cfr. art. 832 c.p.c.), anche con riferimento all'arbitrato previsto dal codice degli appalti possiamo distinguere due tipologie di arbitrato: l'arbitrato *ad hoc* (o libero) e l'arbitrato amministrato. Nel primo caso le parti possono stabilire, utilizzando pienamente la libertà che viene concessa loro dall'art. 816-*bis* c.p.c., la disciplina che gli arbitri dovranno osservare nel corso del procedimento. Nel caso in cui taluni aspetti non siano stati determinati e disciplinati dalle parti, il codice di rito prevede che tali questioni siano risolte dagli stessi arbitri o dal giudice ordinario.

Nel caso di arbitrato amministrato, invece, le regole sono contenute in un regolamento esterno predisposto dall'istituzione a cui le parti si rivolgono affidando l'organizzazione dell'intero arbitrato e che, nel caso dell'arbitrato in materia di contratti pubblici, è individuata *ex lege* nella camera arbitrale (8).

Analizziamo dapprima l'arbitrato libero e quindi l'arbitrato amministrato.

3.2. Gli arbitri: nomina e requisiti.

L'art. 241 dispone al terzo c. che il collegio arbitrale è composto di tre membri. Il numero degli arbitri, pertanto, a differenza di quanto accade nella disciplina del c.p.c. - secondo cui gli arbitri possono essere uno o più purché in numero dispari - è prefissato *ex lege* (9). La nomina degli arbitri è disciplinata dal c. seguente (c. 4) ove si stabilisce che ciascuna delle parti nomina l'arbitro di propria competenza nella domanda di arbitrato o nell'atto di resistenza alla domanda. Con riguardo ai requisiti dell'arbitro, costui deve essere scelto tra soggetti di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce.

Una volta scelti gli arbitri, le parti - o, su loro mandato, gli arbitri di parte - debbono nominare il Presidente del collegio arbitrale. Anche per il Presidente, si precisa che deve essere scelto tra soggetti dotati di particolare esperienza nella materia nonché essere dotato di precisi requisiti di indipendenza e deve inoltre essere scelto tra coloro che non hanno esercitato negli ultimi tre anni le funzioni di arbitro di parte o di difensore in un giudizio arbitrale ai sensi dell'art. 241 (con la sola eccezione del caso in cui l'esercizio della difesa costituisca adempimento di dovere d'ufficio del difensore dipendente pubblico). Si aggiunge, inoltre, che la nomina

del Presidente avvenuta in contrasto con tali disposizioni determina la nullità del lodo ai sensi dell'art. 829 c.p.c.

Quanto alla possibilità di recusare gli arbitri, il sesto c. dell'art. 241 rinvia alle cause previste dalla disciplina del c.p.c. (art. 815) aggiungendo ad esse tuttavia una ipotesi specifica, ossia il divieto di nominare come arbitro - e dunque la possibilità di ricusarlo - chi abbia compilato il progetto o dato il parere su di esso ovvero abbia diretto, sorvegliato o collaudato i lavori, i servizi, le forniture a cui si riferiscono le controversie, o chi abbia in qualsiasi modo espresso un parere sulla controversia, anche ai sensi dell'art. 240 (accordo bonario). In merito alla procedura per la ricusazione degli arbitri il codice dei contratti tace sul punto, dovendo pertanto applicarsi quanto disposto dall'art. 815 c.p.c.

Sul tema della nomina degli arbitri e della composizione del collegio arbitrale è poi intervenuta in modo penetrante la legge anticorruzione del 2012 (l. 190/2012), introducendo nuovi principi in materia con la prospettiva di una maggiore sorvegliabilità degli arbitri, di contenimento dei costi e di valorizzazione della professionalità interna alla P.A.. In particolare, il c. 21 dell'art. 1 ha previsto che la nomina degli arbitri per la risoluzione delle controversie nelle quali è parte una pubblica amministrazione deve avvenire nel rispetto dei principi di pubblicità e rotazione e nelle modalità indicate dai tre commi successivi. Il c. 22 prevede, dunque, che qualora la controversia si svolga tra pubbliche amministrazioni, gli arbitri di parte devono essere individuati esclusivamente tra dirigenti pubblici. La *ratio* sottesa a tale disposizione è quella di evitare la lievitazione dei costi e la valorizzazione dei soggetti interni alla P.A. La stessa ragione deve rinvenirsi alla base di quanto disposto al c. 23 ove si prevede che qualora la controversia abbia luogo tra una P.A. e un privato, l'arbitro individuato dalla P.A. è scelto preferibilmente tra i dirigenti pubblici e che, quando ciò sia impossibile, la nomina sia disposta con provvedimento motivato, nel rispetto delle disposizioni del codice dei contratti (10). Non mancano tuttavia possibili rilievi critici a tali disposizioni. La scelta di individuare i dirigenti quali soggetti deputati ad essere nominati arbitri pone, infatti, il tema del legame stretto tra politica ed amministrazione, laddove, essendo la nomina dell'arbitro operata dal vertice (politico) dell'amministrazione nei confronti di dirigenti scelti secondo un legame fiduciario, potrebbe essere compromessa la ricerca di effettiva competenza tecnica e giuridica nella risoluzione della controversia (11). Infine, il c. 24 stabilisce che la P.A. debba fissare, al momento della nomina dell'arbitro l'importo massimo della retribuzione spettante per la sua attività arbitrale, a pena di nullità della stessa nomina.

A tutte queste disposizioni si aggiunge poi la norma di carattere generale contenuta nel c. 18 del medesimo art. 1, in cui si dispone che non possono partecipare ai collegi arbitrali (sia nel caso di arbitrato libero che in quello di arbitrato amministrato), pena la decadenza dall'incarico e la nullità degli atti compiuti, i magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, nonché gli avvocati e i procuratori dello Stato e i componenti delle commissioni tributarie. Come specificato dalla Determinazione ANAC n. 13 del 10 dicembre 2015 (che aggiorna le precedenti Determinazioni n. 6 del 18 dicembre 2013), il divieto introdotto al c. 18 non ricomprende le categorie degli avvocati dello Stato e dei magistrati a riposo, in quanto, considerata l'espressa dizione della norma, la medesima deve correttamente essere riferita solo ai magistrati, agli avvocati e procuratori dello Stato ed ai componenti delle commissioni tributarie in servizio. Tale interpretazione infatti è ritenuta coerente con la *ratio legis* dal momento che lo scopo della norma è quello di evitare situazioni di conflitto di interessi che presuppongono verosimilmente lo svolgimento attuale delle funzioni proprie dei magistrati e degli avvocati.

3.3. La sede dell'arbitrato, il procedimento e l'istruttoria.

Il codice dei contratti pubblici non prevede disposizioni *ad hoc* con riguardo alla sede dell'arbitrato. La sede ha, d'altro canto, una rilevanza non trascurabile dal momento che essa fonda la competenza del giudice dell'omologazione del lodo nonché la competenza territoriale del giudice chiamato ad intervenire nei casi di *impasse* (nomina e/o sostituzione dell'arbitro, determinazione del compenso, riacquiescenza...). In assenza dunque di una regola specifica, si deve fare riferimento a quanto disposto dal codice di procedura civile che prevede ampia libertà per le parti, le quali possono individuare la sede nel territorio della Repubblica e che, in difetto, prevede che siano gli arbitri ad individuarla in occasione della prima riunione. Se, poi, tale sede non fosse nemmeno così individuata, essa deve essere fissata nel luogo dove è stata stipulata la convenzione di arbitrato e, se questo è all'estero, la sede è a Roma (cfr. art. 816 c.p.c.).

L'art. 241, c. 8, disciplina, invece, la fase istruttoria, disponendo che sono ammissibili tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, con esclusione del giuramento in tutte le sue forme (ossia sia decisorio, sia suppletorio). La *ratio* di questa scelta va ravvisata nella volontà di mantenere il parallelismo con la giurisdizione amministrativa (cfr. art. 63 c.p.a.) (12).

3.4. Il lodo e la sua impugnazione.

Una volta conclusasi la fase istruttoria, ha luogo la fase decisoria con la pronuncia del lodo. Anche per tale fase la disciplina prevista dal codice dei contratti deve essere integrata, per ogni aspetto non direttamente regolato, da quanto disposto dal codice di procedura civile (in particolare art. 820 ss.). Ai sensi del c. 9 dell'art. 241, il lodo si intende pronunciato con l'ultima sottoscrizione e diviene efficace con il deposito presso la Camera arbitrale per i contratti pubblici. Tale deposito è effettuato a cura del collegio in tanti originali quante sono le parti oltre a uno per il fascicolo d'ufficio. In ciò si distingue dunque dalla disciplina dell'arbitrato comune che diviene efficace sin dal momento dell'ultima sottoscrizione. Pertanto, per l'arbitrato *ex art.* 241, l'efficacia è sì determinata dal deposito presso la camera arbitrale (e da tale data decorrerà anche il termine per l'impugnazione), ma ha comunque rilevo anche la data di sottoscrizione, che è valutata ai fini del rispetto del termine fissato per la decisione dell'arbitrato (che, come specificato all'art. 820 c.p.c., in assenza di una previsione delle parti, è fissato in 240 giorni dall'accettazione della nomina da parte degli arbitri).

Il deposito presso la camera arbitrale è peraltro condizione necessaria per il successivo deposito *ex art.* 825 c.p.c., finalizzato ad ottenere l'*exequatur*. A tal fine, infatti, il c. 8 dispone che, su richiesta di parte, l'originale del lodo depositato per la parte stessa presso la camera arbitrale deve essere restituito alla richiedente, con attestazione dell'avvenuto deposito, per procedere, come detto, al deposito presso il tribunale.

Va, infine, affrontato il tema dell'impugnazione del lodo. In primo luogo, va sottolineato, come accennato in precedenza, che la competenza spetta alla Corte d'appello nella cui circoscrizione si trova la sede dell'arbitrato e non dunque al Consiglio di Stato.

La disciplina originaria contenuta nell'art. 241 non prevedeva disposizioni peculiari relative alle modalità e ai tempi dell'impugnazione. La legge 53/2010 ha inserito in un secondo momento i commi 15-*bis* e 15-*ter*.

Il primo di essi dispone che il lodo è impugnabile, oltre che per motivi di nullità, anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia. In questo vi è una prima differenza con le regole dell'arbitrato comune, per il quale è prevista, *ex art.* 829, c. 3 c.p.c., l'impugnazione, di carattere eccezionale e derogatorio, per violazione delle regole di diritto relative al merito della

controversia solo a condizione che tale impugnazione sia stata prevista espressamente dalle parti o dalla legge. Dunque, l'arbitrato *ex art.* 241 costituisce uno di quei casi in cui la legge ammette l'impugnazione per motivi di diritto. Sempre nel medesimo c., viene stabilito il termine per l'impugnazione, che deve essere proposta entro 90 giorni dalla notificazione del lodo. Accanto al termine breve, è stabilito un termine lungo di 180 giorni (13) dalla data di deposito del lodo presso la Camera arbitrale.

Il secondo dei commi in questione disciplina, invece, l'eventuale sospensione dell'efficacia del lodo. La sospensione è decisa con ordinanza nel caso in cui ricorrano gravi e fondati motivi. Nel caso di sospensione dell'efficacia del lodo, viene previsto un particolare rito "abbreviato" al fine di accelerare i tempi per la pronuncia della sentenza (14).

3.5. L'arbitrato amministrato (o camerale).

Come anticipato, il codice dei contratti prevede una doppia tipologia di arbitrato. Accanto all'arbitrato *ad hoc* (o libero), che abbiamo analizzato fino a questo momento, il legislatore ha previsto l'ulteriore procedura, di cui agli artt. 242 e 243 del d.lgs. 163/2006, concernente l'arbitrato amministrato.

Quando si parla di arbitrato amministrato, si intende un procedimento condotto secondo le regole di un determinato organismo permanente a cui le parti affidano la gestione e l'organizzazione dell'intero arbitrato. Nel nostro caso, tuttavia, si è in presenza di un arbitrato amministrato che si discosta in parte da quello classico disciplinato nel codice di procedura civile, in ragione del fatto che esso può essere esperito nella sola ipotesi prevista dal c. 15 dell'art. 241, ossia quando le parti non riescono ad accordarsi per la nomina del terzo arbitro.

Si tratta pertanto di un'ipotesi di arbitrato amministrato particolarmente ristretta, rispetto alla quale, inoltre, non vi è possibilità di scelta per le parti in relazione all'istituzione a cui affidare la gestione dell'arbitrato.

Con riferimento alla procedura, dunque, la parte più diligente provvede ad inoltrare una istanza (corredata da una serie di atti, di cui si parlerà tra breve) alla Camera arbitrale (15), che provvederà alla nomina del terzo arbitro sulla base di criteri oggettivi e predeterminati, scegliendolo nell'albo predisposto dalla Camera stessa ai sensi dell'art. 242. Una volta richiesta la nomina del Presidente alla camera arbitrale si dovranno seguire disposizioni in parte derogatorie rispetto a quelle previste per l'arbitrato libero (16). L'art. 243, c. 2, prevede, infatti, che, ai fini della nomina del terzo arbitro, vadano trasmesse alla camera arbitrale una serie di atti, ossia la domanda di arbitrato, l'atto di resistenza e le eventuali controdeduzioni. La sede dell'arbitrato viene in ogni caso decisa dalle parti e può essere individuata anche presso uno dei luoghi in cui sono situate le sezioni regionali dell'Osservatorio sugli appalti pubblici. Il c. 4 prevede, inoltre, ipotesi di riacquiescenza ulteriori rispetto a quelle previste dall'art. 241, ossia i casi previsti dell'art. 242, c. 9. Seguono poi specifiche disposizioni circa la liquidazione del compenso dovuto dalle parti agli arbitri e per la camera arbitrale.

3.6. I costi e le spese dell'arbitrato in materia di contratti pubblici.

Non privo di rilevi, sia per le parti, sia per la Pubblica amministrazione, è il tema dei costi del procedimento arbitrale. Come è noto, nella disciplina processualcivile (cfr. art. 814 c.p.c.), gli arbitri hanno diritto al rimborso delle spese e all'onorario per l'opera prestata, mentre le parti hanno l'obbligo solidale di pagare, salvo diritto di rivalsa tra loro. Il codice prevede altresì che gli stessi arbitri provvedano alla liquidazione delle spese e dell'onorario e che tale autoliquidazione non sia vincolante se le parti non la ac-

cecano. In tale caso, allora, dovrà provvedere con ordinanza il presidente del tribunale su ricorso degli arbitri e sentite le parti. Per ciò che riguarda la ripartizione delle spese, sebbene non vi sia un espresso rinvio si deve ritenere applicabile l'art. 91 c.p.c. con riferimento al principio della soccombenza.

Nell'ambito della procedura di cui ci stiamo occupando, è necessario però tenere in considerazione ulteriori aspetti e, in particolare, la preoccupazione che i costi dell'arbitrato possano essere eccessivamente gravosi per i bilanci delle amministrazioni pubbliche, specie in questo momento di scarsità di risorse.

A questo proposito, l'art. 241 del codice dei contratti dispone innanzitutto (c. 12) che il collegio arbitrale determina nel lodo definitivo (o con separata ordinanza) il valore della controversia e il compenso degli arbitri facendo riferimento ai criteri stabiliti dal D.M. 398/2000 (17). Lo stesso c., per contenere le spese, prevede che i compensi minimi e massimi previsti dalla tariffa allegata a tale regolamento siano dimezzati, vietando comunque incrementi dei compensi massimi legati alla particolare complessità delle questioni trattate, alle specifiche competenze utilizzate e all'effettivo lavoro svolto. Ma non basta. Il legislatore fissa di seguito un tetto massimo per il compenso complessivo del collegio arbitrale, pari a centomila euro (da rivalutarsi ogni tre anni con decreto del Ministero dell'economia e dei trasporti). A ciò si aggiunge, infine, quanto disposto dal c. 24 dell'art. 1 della legge anticorruzione del 2012: sempre nell'ottica di ridurre il più possibile i costi della P.A., si stabilisce che l'amministrazione deve fissare, a pena di nullità dell'atto di nomina dell'arbitro, l'importo massimo spettante al dirigente pubblico per l'attività arbitrale.

Il c. 14, riprendendo il dianzi citato art. 814 c.p.c., dispone che, anche qui, le parti siano tenute solidalmente al pagamento del compenso dovuto agli arbitri e delle spese relative al collegio e al giudizio arbitrale, salvo, ovviamente, il diritto di rivalsa tra loro. Con riferimento alla ripartizione delle spese, il legislatore, con il d.lgs. 53/2010, ha previsto un caso particolare di compensazione delle spese (in aggiunta a quanto stabilito dall'art. 92 c.p.c.), stabilendo che il collegio arbitrale, qualora accolga parzialmente la domanda, compensa le spese in proporzione al rapporto tra il valore della domanda e quello dell'accoglimento.

Per quanto riguarda invece l'arbitrato amministrato, l'art. 243, c. 5, prevede che il corrispettivo dovuto dalle parti sia determinato non dagli arbitri bensì dalla camera arbitrale, su proposta dello stesso collegio e, in ogni caso, sempre sulla base dei criteri individuati dal D.M. 398/2000, facendo conclusivamente rinvio a quanto disposto per l'arbitrato libero all'art. 241. Inoltre, il c. 6 prevede l'obbligo per le parti di versare, al momento della nomina del terzo arbitro, un acconto nella misura e con le modalità stabilite dalla stessa camera arbitrale. Il saldo dovrà poi essere versato nel termine di trenta giorni dalla comunicazione del lodo.

3.7. L'arbitrato oggi: applicazione dell'istituto e limiti.

È utile, a questo punto, verificare se e come l'istituto dell'arbitrato nel settore dei contratti pubblici abbia riscosso il successo sperato. A questo fine, si può fare riferimento ai dati forniti dalla stessa Camera arbitrale nella relazione sulla raccolta dei dati relativi all'attività della Camera per l'anno 2014 (18). Differentemente da quanto potrebbe immaginarsi, visto anche il successo di altri strumenti (quali ad esempio la funzione di precontenzioso esercitata sempre dall'ANAC), l'arbitrato non si è affermato in modo convincente tra gli operatori del settore. Si assiste infatti ad una progressiva decrescita del numero di arbitrati esperiti negli ultimi anni, e conseguentemente al numero di lodi pronunciati. Nel corso del 2014 sono state introdotte presso la Camera arbitrale solo 12 domande di arbitrato amministrato (contro una media di 50 istanze all'anno nel triennio 2009-2011). Non diversamente ac-

cade per l'arbitrato libero, di cui si conosce il dato dei lodi pronunciati in forza dell'obbligo del deposito presso la Camera arbitrale ai sensi dell'art. 241, c. 5. Anche in questo caso, dunque, si registra un calo che ha portato il numero dei lodi pronunciati nel 2014 a 57, a differenza della media superiore ai 100 all'anno per il triennio 2009-2011.

Anche la restante attività della Camera arbitrale appare in difficoltà. Si assiste infatti ad un calo progressivo degli iscritti all'albo degli arbitri e all'elenco dei periti, con un trend che vede le nuove iscrizioni inferiori alle cancellazioni (19).

Un dato che risulta invece interessante è quello relativo alla durata media dei procedimenti arbitrali. Con riferimento ai lodi depositati nel corso del 2014, si registra per gli arbitrati amministrati una durata media di 433 giorni e per gli arbitrati liberi una durata di 508 giorni. Guardando i dati dietro alle medie, inoltre, sono pochissimi gli arbitrati conclusi nel termine ordinario di 240 giorni previsto dal c.p.c. In questo senso potrebbe essere conveniente avvicinare maggiormente la disciplina dell'arbitrato libero a quella dell'arbitrato amministrato, se ciò assicura, a parità di garanzie, maggiore celerità nella procedura.

Un'ultima osservazione statistica viene poi compiuta circa l'oggetto delle controversie deferite agli arbitri. I dati del 2014 confermano, infatti, la tradizionale vocazione dell'istituto ad essere utilizzato in particolare modo per le controversie in materia di appalto di lavori e molto meno per i servizi (per gli arbitrati amministrati solo 3 lodi su 23 hanno riguardato controversie relative ad un appalto misto lavori-servizi e un solo lodo un appalto misto lavori-servizi-forniture; per gli arbitrati liberi, sono stati 16 su 57 i lodi su controversie in materia di soli servizi).

Tutti questi dati disegnano pertanto un quadro a tinte fosche che la stessa Relazione della Camera arbitrale non teme di rilevare. In particolare, con riferimento ai dati che fotografano una "fuga" dall'arbitrato si osserva che le cause sono molteplici: casi di malcostume verificatisi negli anni scorsi, l'esplosione di costi del giudizio arbitrale che le P.A. non possono sostenere, le stringenti condizioni che il legislatore ha posto per il ricorso all'arbitrato (determinazione della P.A., inserimento della clausola compromissoria nel bando, divieto di compromesso...).

3.8. Il futuro dell'arbitrato nei contratti pubblici alla luce della legge delega sugli appalti.

Come anticipato nel paragrafo 3, la normativa fin qui esaminata è destinata ad essere a breve sostituita per effetto del riordino imposto dalla necessità di recepire le nuove direttive europee in materia.

Il 14 gennaio 2016 il Senato ha approvato definitivamente la legge di delega al Governo per tale recepimento e per il riordino complessivo della materia (legge 28 gennaio 2016, n. 11).

Per quanto qui di interesse, va considerato che, tra i principi e i criteri direttivi, è contenuta una specifica indicazione circa i metodi di risoluzione delle controversie alternative al rimedio giurisdizionale. Si dispone, infatti, ai sensi dell'art. 1, c. 1, lett. aaa), una "razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternative al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto, disciplinando il ricorso alle procedure arbitrali al fine di escludere il ricorso a procedure diverse da quelle amministrative, garantire la trasparenza, la celerità e l'economicità e assicurare il possesso dei requisiti di integrità, imparzialità e responsabilità degli arbitri e degli eventuali ausiliari; [...]".

La disposizione sembra potersi interpretare nella direzione di una revisione generale delle procedure arbitrali. L'auspicato, da più parti, ricorso a strumenti di risoluzione delle controversie alternative al fine di una deflazione del contenzioso potrebbe dunque concretizzarsi in una disciplina maggiormente incentivante il ri-

corso all'arbitrato. D'altro canto, la disposizione in esame sembra porre un limite invalicabile all'arbitrato libero, restringendo al solo arbitrato amministrato la procedura adottabile nel caso di contratti pubblici.

3.9. Conclusioni.

Una volta esaminata la disciplina che regola l'arbitrato, sia in via generale, sia per quanto riguarda in modo particolare le controversie in materia di esecuzione dei contratti pubblici, possono essere svolte alcune considerazioni. In primo luogo, occorre chiedersi se lo strumento dell'arbitrato rivesta effettivamente una utilità significativa nell'ambito del diritto amministrativo.

A questo proposito, è utile guardare ad alcuni dati riferiti alla giustizia amministrativa. Secondo quelli forniti nella relazione tenuta dal Presidente del Consiglio di Stato in occasione dell'ultima inaugurazione dell'anno giudiziario, emerge in modo significativo una diminuzione costante e progressiva dell'arretrato (nonostante un aumento dei ricorsi presentati). Allo stesso tempo, vi viene lamentata la carenza di organico dovuta all'impossibilità di coprire in modo integrale i posti lasciati scoperti dai numerosi pensionamenti degli ultimi anni.

In ragione di queste problematiche, e in attesa di vedere quale effetto concreto potrà avere l'introduzione - ormai prossima - del processo amministrativo telematico sul sistema della giustizia amministrativa, lo stesso Presidente del Consiglio di Stato Giorgio Giovannini ha preso in considerazione la possibilità di introdurre strumenti di ADR (*Alternative Dispute Resolution*) a scopo deflattivo del contenzioso. In tali strumenti ricade certamente anche l'arbitrato, che, potrebbe essere pertanto valorizzato e affiancato da talune cautele di cui il legislatore lo ha circondato.

Note:

(1) Così A. Sandulli, *L'arbitrato nel codice del processo amministrativo*, in *Giornale del diritto amministrativo* 2/2013, 208.

(2) Cfr. A. Pajno, *La giurisdizione*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di A. Sandulli, 2a ed., Milano, Giuffrè, 2013.

(3) A. Sandulli, *L'arbitrato nel codice del processo amministrativo*, cit., 208.

(4) A. Sandulli, *L'arbitrato nel codice del processo amministrativo*, cit., 207.

(5) A. Daidone - F. Patroni Griffi, *Ottemperanza e riti speciali*, in G. Morbidelli, *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015, 1055 ss.

(6) Nel regime antecedente al codice di rito, la giurisprudenza amministrativa aveva adottato una linea piuttosto contraria all'utilizzo del giudizio di ottemperanza per l'arbitrato, in forza della qualificazione del lodo come atto negoziale (CGAS, 18 maggio 2009, n. 415; Tar Campania 14 aprile 2009, n. 1967). Tale indirizzo è stato poi mutato da una giurisprudenza successiva che ha ritenuto equiparabile il risultato dell'arbitrato rituale alla sentenza del giudice (Consiglio di Stato, 12 ottobre 2009, n. 6241; Consiglio di Stato, 28 aprile 2011, n. 2542).

(7) Si tratta delle direttive 2014/23/UE sulle concessioni, 2014/24/UE sugli appalti pubblici e 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, adottate il 26 febbraio 2014.

(8) Il Regolamento della Camera arbitrale è stato approvato il 14 gennaio 2015 (pubblicato in G.U. n. 19 del 24 gennaio 2015) ed è consultabile sul portale dell'Autorità Nazionale Anti Corruzione (ANAC): http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?id=261963780a7780424f820823082c5085.

(9) In origine ai sensi del d.p.r. 1063/1962, il Collegio arbitrale si componeva di cinque membri; successivamente, con la l. 109/1994 si rinviava sul punto alla disciplina del c.p.c. (art. 809) che prevede solo il rispetto del criterio del numero dispari senza una predeterminazione *ex lege*. La previsione obbligatoria di tre arbitri ha, da un lato, il vantaggio di portare

da cinque a tre il numero degli arbitri, ma impedisce d'altro canto la possibilità per le parti di rimettersi ad un solo arbitro per controversie di modico valore.

(10) Come osservato nella Determinazione ANAC n. 13 del 10 dicembre 2015 (che aggiorna la precedente Determinazione n. 6 del 18 dicembre 2013), tale previsione porta ad escludere che possa applicarsi a tale ipotesi l'art. 815, co. 1 n. 5, c.p.c., che ammette la ricsuazione dell'arbitro «se è legato ad una delle parti, a una società da questa controllata, al soggetto che la controlla, o a società sottoposta a comune controllo, da un rapporto di lavoro subordinato o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale o associativa che ne compromettano l'indipendenza; inoltre, se è tutore o curatore di una delle parti».

(11) A. Sandulli, *L'arbitrato nel codice del processo amministrativo*, cit., 210.

(12) E. Boscolo, *Arbitrato*, in G. F. Ferrari - G. Morbidelli (dirr.), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Milano, Egea, 2013, 419.

(13) A differenza di quanto previsto per l'arbitrato comune, per cui il termine lungo per impugnare è fissato in un anno (cfr. art. 828, co. 2, c.p.c.)

(14) Come disposto a partire dal terzo periodo del co. 15-ter, «quando sospende l'efficacia del lodo, o ne conferma la sospensione disposta dal presidente, il collegio verifica se il giudizio è in condizione di essere definito. In tal caso, fatte precisare le conclusioni, ordina la discussione orale nella stessa udienza o camera di consiglio, ovvero in una udienza da tenersi entro novanta giorni dall'ordinanza di sospensione; all'udienza pronunzia sentenza a norma dell'articolo 281-sexies del codice di procedura civile. Se ritiene indispensabili incombenti istruttori, il collegio provvede su di essi con la stessa ordinanza di sospensione e ne ordina l'assunzione in una udienza successiva di non oltre novanta giorni; quindi provvede ai sensi dei periodi precedenti».

(15) La Camera arbitrale è stata istituita con la legge 18 novembre 1998, n. 415 (poi modificata nel suo contenuto dal d.p.r. 554/1999, i cui contenuti sono stati successivamente trasposti quali integralmente nell'attuale art. 242). La Camera arbitrale è istituita presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione e si compone di un Presidente e un Consiglio arbitrale. Il Consiglio è composto da cinque membri, nominati dall'Autorità fra soggetti dotati di particolare competenza nella materia dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, al fine di garantire l'indipendenza e l'autonomia dell'istituto. Tra i membri del Consiglio l'Autorità sceglie il Presidente. La Camera arbitrale ha il compito di curare annualmente la rilevazione dei dati emergenti dal contenzioso in materia di lavori pubblici e di trasmetterli all'Autorità e all'Osservatorio. Presso la Camera sono tenuti l'albo degli arbitri, formato da soggetti appartenenti alle categorie elencate dall'art. 242, co. 6, e l'elenco dei periti, al fine della nomina dei consulenti tecnici nei giudizi arbitrali. Ai sensi dell'art. 242, co. 4, la Camera arbitrale si avvale, per l'espletamento delle sue funzioni di una struttura di segreteria con personale fornito dall'Autorità.

(16) Così, infatti, dispone l'art. 243, co. 1.

(17) Il D.M. 2 dicembre 2000, n. 398 (Regolamento recante le norme di procedura del giudizio arbitrale, ai sensi dell'articolo 32, della l. 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni), disciplinava, fino all'entrata in vigore del d.lgs. 163/2006 ed in vigore della legge 109/1994, l'arbitrato amministrato nel settore dei contratti pubblici. È stato abrogato dall'art. 256 del d.lgs. 163/2006, ad eccezione dei commi 1, 2, 4, 5, 6 dell'art. 10, relativi alle spese del procedimento.

(18) La Relazione può essere consultata sul sito dell'ANAC, nella pagina relativa alla Camera arbitrale (<http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Autorita/CameraArbitrale>).

(19) In particolare per l'anno 2014 si sono registrate 98 cancellazioni dall'albo degli arbitri a fronte di 50 nuove iscrizioni. Per l'elenco dei periti si sono avute 44 cancellazioni e 39 nuove iscrizioni.

L'azione di condanna al risarcimento del danno nel processo amministrativo: recenti interventi della giurisprudenza amministrativa, costituzionale ed europea

Eugenio Tagliasacchi

Il disposto dell'art. 30 (1) del Codice del processo amministrativo, che disciplina l'azione risarcitoria davanti al Giudice amministrativo, ha avuto una storia particolarmente complicata e le ragioni di tali difficoltà vanno cercate nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ha determinato la sua codificazione.

La disposizione venne inserita nel Codice con l'intenzione di porre fine all'acceso contrasto insorto tra la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato a proposito della "pregiudiziale amministrativa" (2) nell'ambito dell'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi. Pare opportuno, pertanto, dare conto delle ragioni della contrapposizione, onde chiarire lo sfondo nel quale va collocata la norma.

La questione alla quale si allude si posiziona cronologicamente in un periodo caratterizzato da talune fondamentali svolte del nostro ordinamento. Anzitutto, naturalmente, la pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 500 del 1999 (3), con la quale è stata riconosciuta la risarcibilità del danno derivante dalla lesione di interessi legittimi, grazie a un'innovativa interpretazione estensiva della formula "danno ingiusto" di cui all'art. 2043 c.c.. Le Sezioni Unite, in quella celebre pronuncia, hanno affermato che al danno può essere riconosciuto il connotato dell'ingiustizia non solo in presenza della lesione di un diritto soggettivo assoluto o, come si era stabilito a partire dal caso Meroni del 1971 (4), anche relativo, ma altresì ogni volta che risulta una lesione di un "interesse rilevante per l'ordinamento", quale certamente è l'interesse legittimo. La Corte di Cassazione restò tuttavia saldamente ancorata alla qualificazione della pretesa del danneggiato al risarcimento del danno in termini di diritto soggettivo, conseguentemente riconducendola alla giurisdizione del giudice ordinario.

Sul punto è intervenuto però il legislatore, che, con l'art. 7, comma 4, della Legge 205/2000, ha modificato il primo periodo del terzo comma dell'articolo 7 della Legge n. 1034/1971 (c.d. "Legge Tar"), prevedendo che "Il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali".

Si perveniva così alla devoluzione al giudice amministrativo di tutte le questioni relative al risarcimento del danno derivante dalla lesione di interessi legittimi, in un'ottica di concentrazione delle tutele (di annullamento e risarcitoria).

La Corte Costituzionale, investita della questione di legittimità del nuovo riparto di giurisdizione, con la sentenza n. 204/2004 (5) (poi confermata dalla pronuncia n. 191/2006 (6)), affermò che il risarcimento del danno non poteva essere considerato una nuova materia attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ma rappresentava piuttosto una forma di tutela ulteriore dell'interesse legittimo, anch'essa necessaria per assicurare una tutela piena ed effettiva nei confronti dell'attività dell'Amministrazione.

Presso i giudici amministrativi (7) - ai quali il legislatore aveva per l'appunto attribuito la giurisdizione - si diffuse però una particolare interpretazione del rapporto tra azione risarcitoria e azione di annullamento.

Si allude alla tesi della pregiudiziale amministrativa, secondo la quale la domanda di risarcimento del danno doveva essere di-

chiarata inammissibile se non era stata preceduta dall'accoglimento dell'azione di annullamento del provvedimento lesivo. Gli argomenti su cui si fondava questa tesi possono essere sintetizzati come segue.

Una prima ragione veniva rinvenuta nell'impossibilità di riconoscere il requisito dell'ingiustizia del danno (necessario ex art. 2043 c.c.) ove il provvedimento non fosse stato previamente annullato, atteso che, in tale eventualità, esso avrebbe continuato a produrre i suoi effetti, sicché le conseguenze lesive non sarebbero state ingiuste, trovando al contrario giustificazione nel provvedimento ancora efficace. In altri termini, l'efficacia dell'atto risultava logicamente incompatibile con il carattere dell'ingiustizia del danno da esso derivato.

Un'ulteriore ragione, strettamente connessa con la prima, consisteva nell'impossibilità per il giudice amministrativo di fare ricorso alla disapplicazione provvedimento, preclusa dalla L.A.C. (Legge 20 marzo 1865, n. 2248 - Allegato E), ma concettualmente necessaria per accordare il risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo derivante da un provvedimento amministrativo non annullato e, quindi, ancora produttivo di effetti.

Si riteneva poi che la soluzione di ammettere il risarcimento del danno in difetto dell'annullamento del provvedimento avrebbe consentito, attraverso la tutela in forma specifica di cui all'art. 2058 cod. civ., una sostanziale elusione del termine di impugnazione. La soluzione della giurisprudenza amministrativa incontrò la ferma opposizione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (8). La Corte affermò che la decisione del Consiglio di Stato che avesse negato il risarcimento del danno sulla sola base della mancata previa impugnazione del provvedimento fosse censurabile dalla stessa Corte di Cassazione per diniego di giurisdizione ai sensi dell'art. 111, c. 8, Cost. (9).

E' precisamente in questo contesto che si colloca l'art. 30 C.p.a.. Con tale norma, infatti, il legislatore ha optato per una soluzione di compromesso.

Da un lato ha ripudiato la tesi della pregiudiziale amministrativa e ha consentito la proposizione della domanda di risarcimento anche in via autonoma, ma, dall'altro, ha ancorato quest'ultima a un termine di decadenza breve di centoventi giorni e, inoltre, ha espressamente escluso la risarcibilità dei danni che il privato avrebbe potuto evitare con un comportamento diligente, secondo la logica dell'art. 1227 cod. civ..

Entrambe le puntualizzazioni hanno sollevato non poche perplessità.

Con riferimento all'esclusione della risarcibilità dei danni evitabili con un comportamento diligente, ha assunto importanza centrale l'interpretazione proposta dalla pronuncia dell'Adunanza Plena n. 3/2011 (10).

Secondo il Consiglio di Stato, l'omessa proposizione dell'azione di annullamento del provvedimento (e delle istanze cautelari, oltre che degli strumenti di autotutela procedimentale) dovrebbe escludere il risarcimento dei danni, posto che, altrimenti, questi sarebbero stati evitati.

La soluzione non ha mancato di sollevare critiche, ma risulta confermata anche dalla giurisprudenza amministrativa successiva (11).

In questa sede, tuttavia, assume rilievo soprattutto la problematica del termine di decadenza di centoventi giorni.

Sul punto, infatti, negli ultimi mesi si sono registrati molti rilevanti e autorevoli interventi della giurisprudenza amministrativa, costituzionale ed europea.

La Corte Costituzionale, con l'ordinanza 31 marzo 2015, n. 57 (12), ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tar Liguria con riferimento all'art. 30, comma 5, C.p.a., nella parte in cui prevede il termine

decadenziale di centoventi giorni (decorrenti dal passaggio in giudicato della sentenza pronunciata in esito al giudizio sull'annullamento del provvedimento) per la proposizione dell'azione di condanna al risarcimento del danno. Poco tempo dopo è intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che, con la sentenza n. 6, del 6 luglio 2015 (13), ha preso posizione sull'applicazione dell'art. 30 C.p.a. ai fatti anteriori all'entrata in vigore del Codice. Queste due pronunce pervengono a conclusioni analoghe, ma sulla base di argomentazioni parzialmente diverse.

Pochi mesi dopo, precisamente il 26 novembre 2015, vi è stato un intervento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che, decidendo un rinvio pregiudiziale proveniente dall'Austria, si è pronunciata sulle regole relative alla proposizione dell'azione di risarcimento del danno nelle procedure per l'affidamento di appalti pubblici, affermando alcuni principi che possono assumere rilievo anche nell'ordinamento italiano, soprattutto alla luce dei parametri che sono stati successivamente invocati da un'altra pronuncia che merita di essere presa in esame. Si tratta di una recente ordinanza con cui il Tar Piemonte ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, comma 3, C.p.a.. Tale ordinanza è di appena ventun giorni successiva alla citata decisione della Corte di Giustizia.

Analogha questione era stata precedentemente sollevata dal Tar Palermo, sez. I, ord. 7 settembre 2011, n. 1628, ma la Corte Costituzionale, con sentenza 12 dicembre 2012, n. 280, non si era pronunciata nel merito, dichiarandola inammissibile, com'è avvenuto anche con la già menzionata questione sollevata dal Tar Liguria, respinta dalla Corte Costituzionale con l'ordinanza n. 57/2015. Giova sottolineare che mentre il Tar Piemonte ha sollevato la questione con riferimento al comma 3 dell'art. 30, il Tar Liguria e, prima, il Tar Palermo l'hanno sollevata con riferimento al comma 5 del medesimo articolo. Le questioni, come si vedrà, sono tuttavia per molti versi assimilabili.

Per quanto concerne l'ordinanza del Tar Liguria, come si è anticipato, la Corte Costituzionale ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale della previsione del termine di decadenza di centoventi giorni.

Il Tar aveva ritenuto che il suddetto termine fosse applicabile al processo in corso in forza del principio *tempus regit actum*, che governa le norme processuali, tra le quali va annoverato anche l'art. 30, comma 5, in quanto recante un termine di decadenza. Va chiarito che il caso all'attenzione del Tar Liguria concerneva un'azione risarcitoria riferita a un provvedimento annullato in esito a ricorso straordinario al Capo dello Stato, ma tanto il provvedimento quanto la pronuncia di annullamento erano precedenti all'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo.

La Corte ha ritenuto che si debba dare applicazione all'art. 2 dell'All. 3 del C.p.a., secondo cui «Per i termini che sono in corso alla data di entrata in vigore del codice continuano a trovare applicazione le norme previgenti». Secondo la Corte, infatti, questa disposizione è suscettibile di un'unica interpretazione possibile, nel senso, cioè, che essa deve essere riferita anche all'ipotesi della sostituzione di un termine sostanziale, come deve essere considerato nel nostro ordinamento quello di prescrizione, con un termine processuale, ossia quello di decadenza di centoventi giorni di cui all'art. 30 C.p.a..

Ne consegue che per le azioni risarcitorie proposte con riferimento a provvedimenti annullati anteriormente all'entrata in vigore del codice trova applicazione il regime di prescrizione quinquennale dell'art. 2947 cod. civ. e non il nuovo termine decadenziale.

Giova comunque sottolineare che i parametri costituzionali invocati dall'ordinanza di rimessione erano gli artt. 3, 24, 103 e 113 della Costituzione, nonché l'art. 117, primo comma, in relazione all'art. 6 CEDU.

Poco tempo dopo, l'Adunanza Plenaria, con la sentenza n. 6/2015, giunge ad escludere la possibilità di applicare il termine di decadenza di centoventi giorni di cui all'art. 30 (ma questa volta il riferimento è non già al comma 5, bensì al comma 3) ai provvedimenti adottati prima dell'entrata in vigore del C.p.a.. Il percorso argomentativo non è, però, del tutto coincidente con quello della Corte Costituzionale: anche la Plenaria fa riferimento all'art. 2 dell'All. 3 del Codice, ma non si tratta dell'argomento principale.

La sentenza muove dalla constatazione della contrapposizione interpretativa tra una tesi maggioritaria che nega l'applicazione del termine ai fatti anteriori all'entrata in vigore del Codice e una, minoritaria, che l'ammette sulla base del principio *tempus regit actum*. La Corte aderisce al primo orientamento, soprattutto in considerazione del principio che non consente l'applicazione retroattiva di una nuova disciplina, se questa risulta limitativa del diritto di azione. Si tratta, a ben vedere, di un principio che riecheggia quanto affermato, sia pure con riferimento non già al mutamento legislativo, bensì all'*overruling*, dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella celebre sentenza 11 luglio 2011, n. 15144 (14). È interessante notare che anche il Consiglio di Stato si dimostra sensibile ai principi sovranazionali, in quanto afferma che una soluzione diversa da quella adottata finirebbe per «*frustrare in modo irragionevole e imprevedibile le aspettative di tutela e il legittimo affidamento in merito all'operatività della disciplina ratione temporis vigente, così arrecando un significativo vulnus ai principi costituzionali, comunitari ed europei in tema di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale*».

Proprio il rispetto del principio di effettività della tutela è il punto centrale della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 26 novembre 2015, resa nella causa C-166/2014: nche in questo caso si discuteva del termine per proporre un'azione di risarcimento del danno derivante da un provvedimento illegittimo. La normativa austriaca in materia di appalti pubblici subordinava la proposizione della domanda risarcitoria al previo accertamento dell'illegittimità della procedura di aggiudicazione. Si trattava, insomma, di una sorta di «pregiudiziale amministrativa», molto simile a quella che in Italia aveva suscitato il contrasto interpretativo di cui si è dato conto.

Tuttavia il diritto austriaco assoggettava l'azione di accertamento dell'illegittimità a un termine di decadenza di sei mesi decorrente dal giorno successivo alla data di aggiudicazione dell'appalto, indipendentemente dalla circostanza che il danneggiato fosse o meno in grado di conoscere l'esistenza dell'illegittimità stessa. È chiaro che tale termine, ripercuotendosi direttamente su quello per la proposizione della domanda risarcitoria, precludeva il risarcimento del danno in tutti i casi in cui il danneggiato, senza sua colpa, non era stato in grado di venire a conoscenza dell'illegittimità del provvedimento entro il termine di decadenza.

La Corte di Giustizia, decidendo il rinvio pregiudiziale, ha ritenuto che il diritto europeo osti a una normativa siffatta, che risulta in contrasto col principio di effettività della tutela. Ancora una volta questo principio viene utilizzato per intervenire in modo penetrante sulla disciplina dell'azione di risarcimento del danno da provvedimento illegittimo.

La soluzione che sembra indicare la CGUE è, dunque, quella di un termine il cui *dies a quo* non può prescindere dalla conoscenza dell'illegittimità del provvedimento. Si tratta, a ben vedere, di principi non distanti da quelli affermati dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di responsabilità extracontrattuale con riferimento al risarcimento dei danni lungolattenti, a partire dalla nota sentenza delle Sezioni Unite, 11 gennaio 2008, n. 581 (15).

Un intervento sul termine per la proposizione della domanda di risarcimento è stato recentemente sollecitato anche dal Tar Pie-

monte con l'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale, 17 dicembre 2015, n. 1747. Il Tar invoca una pluralità di parametri con i quali il termine di decadenza di centoventi giorni sembra confliggere. Tra questi vi è l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che assicura il diritto a un "ricorso effettivo" dinanzi a un giudice; gli artt. 6 e 13 della CEDU, che evocano il diritto a un "processo equo" e, nuovamente, a un "ricorso effettivo"; si fa poi riferimento all'art. 111, primo comma, della Costituzione: ancora una volta assume, dunque, rilievo centrale il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Ulteriori parametri vengono poi individuati nell'art. 3 Cost., in considerazione del diverso regime vigente per l'azione risarcitoria proposta davanti al giudice ordinario, per la quale non è previsto un analogo termine di decadenza, nonché negli artt. 24 e 113 Cost..

Il Tar muove dalla considerazione che, in linea di massima, la previsione di un termine decadenziale può risultare giustificata per assicurare l'esigenza di certezza circa la sorte di un rapporto giuridico che interessa una collettività di soggetti e, del resto, un termine di questo genere è previsto, oltre che per l'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo ex art. 29 C.p.a., anche all'art. 2377 del Codice civile per la proposizione dell'azione di annullamento delle deliberazioni delle società per azioni. Tuttavia, rispetto all'azione risarcitoria non sembra si ponga quella stessa esigenza di certezza, atteso che il rischio della condanna del responsabile generalmente non si riflette sui rapporti giuridici di cui egli è titolare e, dunque, su tali rapporti non si crea alcuna situazione d'incertezza, in quanto l'unico possibile esito dell'azione si risolve nella reintegrazione patrimoniale del danneggiato (in forma specifica o per equivalente).

Infine, la concentrazione delle tutele (di annullamento e risarcitoria) di fronte al giudice amministrativo, pur rispondendo a una comprensibile ragione di effettività e semplificazione (del resto avallata dalle pronunce della Corte Costituzionale nn. 204/2004 e 191/2006, sopra citate), non può essere invocata per giustificare un'eccessiva restrizione dell'accesso alla tutela giurisdizionale. Diversamente, infatti, risulterebbe vulnerata la stessa ratio posta a fondamento del cumulo delle azioni di annullamento e di risarcimento, come differenti forme di tutela dell'interesse legittimo, tra loro complementari.

Come già detto, un'analogia questione era stata sollevata dal Tar Palermo, con l'ordinanza n. 1628/2011, ma la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 280/2012, l'aveva dichiarata inammissibile, come avvenuto più di recente anche con l'ordinanza n. 57/2015 con riferimento alla questione sollevata dal Tar Liguria, sicché non resta altro che aspettare per vedere se, questa volta, la Corte riterrà di potersi pronunciare nel merito.

Note:

(1) Art. 30 - Azione di condanna

1. L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma.

(...omissis...) 3. La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. 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. (...omissis...)

5. Nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza.

6. Di ogni domanda di condanna al risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi conosce esclusivamente il giudice amministrativo.

(2) Sul punto la letteratura è ricchissima, si vedano, tra gli altri, Sandulli, *Finalmente "definitiva" certezza sul riparto di giurisdizione in tema di "comportamenti" e sulla c.d. "pregiudiziale" amministrativa? Tra i due litiganti vince la "garanzia di piena tutela" (a primissima lettura in margine a Cass., sez. Un., 13659, 13660 e 13911 del 2006)*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2006, 880; Id., *La Corte di Cassazione e la Corte di Giustizia verso una più effettiva tutela del cittadino? (note a margine di Cass. SS. UU. 13 giugno 2006 nn. 13659 e 13660 e 15 giugno 2006 n. 13911 sul risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e di CGUE 13 giugno 2006 in C-173/03, sulla responsabilità civile dei magistrati)*, in *www.federalismi.it*, 2006; Greco, *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa)*, in *Riv. it. dir. proc. civ.*, 2006, 513 ss.; Villata, *Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitorie per responsabilità da provvedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 292 ss.; Verde *Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2007, 271 ss.; Clarich, *La pregiudizialità amministrativa riaffermata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato: linea del Piave o effetto boomerang*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1, 55; De Marzo, *Superamento della pregiudiziale di annullamento e controversie sorte prima del mutamento di giurisprudenza della Cassazione*, in *Urb. e app.*, 2008, 7, 831; Scoca, *Divagazioni fra giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1, 1; Spezzati, *L'Adunanza plenaria n. 12 del 2007: un ritorno al passato*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 553; Travi, *Pregiudizialità amministrativa e confronti fra le giurisdizioni*, in *Foro it.*, 2008, 1, III, 3; Villata, *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ritorna, confermandola, sulla c.d. pregiudizialità amministrativa... ma le Sezioni Unite sottraggono al giudice amministrativo le controversie sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1, 300; Sandulli, *Il legislatore dà nuovi spunti al dibattito sulla "pregiudiziale"? (riflessioni a margine della legge n. 2 del 2009, di conversione del d.l. n. 185 del 2008)*, in *www.giustamm.it*, 20 febbraio 2009; Id., *Ancora un passo (indietro) nel gioco dell'oca sulla pregiudiziale di annullamento*, in *www.giustamm.it* (pubblicato il 28 aprile 2009); Id., *Pregiudiziale amministrativa: la storia infinita continua*, in *www.giustamm.it*, 15 settembre 2009; Scoca, *Piccola storia di un serrato "dialogo" tra giudici: la vicenda della c.d. pregiudizialità amministrativa*, in *www.giustamm.it*, 9 novembre 2011.

Tra le monografie, Tuccari, *Annullamento dell'atto e processo amministrativo risarcitorio*, Napoli, 2004; Cortese, *La questione della pregiudizialità amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale*, Padova, 2007.

(3) Cass. Civ. Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, 2487, con nota di Palmieri-Pardolesi, ed *ivi*, 3201 con note di Caranta, Fracchia, Romano, Scoditti; in *Danno resp.*, 1999, p. 965, con note di Carbone, Palmieri-Pardolesi, Ponzanelli, Roppo; in *Foro amm.*, 1999, p. 1990, con osservazioni di Iannotta e note di Delfino, Caianiello, ed *ivi*, 2000, p. 349, con nota di Soricelli; in *Giur. It.*, 2000, I, p. 21 con nota di Moscarini ed *ivi* p. 1381, con nota di Pizzetti; in *Giust. Civ.*, 1999, I, p. 2261, con nota di Morelli; in *Urb. App.*, 1999, p. 1067 con nota di Protto; in *Corr. Giur.*, 1999, p. 1367, con note di Di Majo, Mariconda; in *Giur. Cost.*, 1999, p. 3217, con nota di Satta.

(4) Cass. Civ. Sez. Un., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Foro it.*, 1971, I, 1285, con nota di Busnelli e in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 681, con nota di Visintini.

(5) Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Giur. it.*, 2004, p. 2255; in *Foro it.*, 2004, I, 2594; in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2207, con nota di Sandulli e Delle Donne; in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 799 con nota di Angeletti, Cirulli Irelli, Villata; in *Giur. Cost.*, 2004, 4, 2181, con nota di Albino, Scoca, Lariccia; in *Foro Amm.*, 2004, 2475 con nota di Marzano. Secondo la Corte "il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova "materia" attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo),

da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

L'attribuzione di tale potere non soltanto appare conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione al Consiglio di Stato (sub 3), ma anche, e soprattutto, essa affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 Cost., il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri; e certamente il superamento della regola (avvenuto, peraltro, sovente in via pretoria nelle ipotesi olim di giurisdizione esclusiva), che imponeva, ottenuta tutela davanti al giudice amministrativo, di adire il giudice ordinario, con i relativi gradi di giudizio, per vedersi riconosciuti i diritti patrimoniali consequenziali e l'eventuale risarcimento del danno (regola alla quale era ispirato anche l'art. 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142, che pure era di derivazione comunitaria), costituisce null'altro che attuazione del precetto di cui all'art. 24 Cost.”.

(6) Corte Cost. 11 maggio 2006, n. 191, in *Foro it.*, 2006, 6, p. 1625 con nota di Travi; in *Foro amm.*, 2006, 5, 1359 con nota di Ferrero, Rizzo; in *Dir. proc. amm.*, 2006, 4, 1005, con nota di Malinconico, Allena.

(7) Cons. Stato, Ad. Plen., 26 marzo 2003, n. 4. e successivamente, in modo più organico, Cons. Stato, Ad. Plen., 22 ottobre 2007, n. 12.

(8) Cass. Civ. Sez. Un., 15 giugno 2006, n. 13911; 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660.

(9) Secondo le Sezioni Unite, infatti, “Tutela risarcitoria autonoma significa tutela che spetta alla parte per il fatto che la situazione soggettiva è stata sacrificata da un potere esercitato in modo illegittimo e la domanda con cui questa tutela è chiesta richiede al giudice di accertare l'illegittimità di tale agire. Questo accertamento non può perciò risultare precluso dalla inoppugnabilità del provvedimento né il diritto al risarcimento può essere per sé disconosciuto da ciò che invece concorre a determinare il danno, ovvero la regolazione che il rapporto ha avuto sulla base del provvedimento e che la pubblica amministrazione ha mantenuto nonostante la sua illegittimità. Dunque il rifiuto della tutela risarcitoria autonoma, motivato sotto gli aspetti indicati, si rivelerà sindacabile attraverso il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione”.

(10) Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *Foro it.*, 1, 2012, 31. Sul punto Scoca, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2011, 988 ss..

(11) Sul punto Gargano, *Lazione di condanna e le regole di limitazione del*

danno risarcibile tra autonomia e pregiudizialità, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2015, 1105 e ss..

(12) Corte Cost., ordinanza 31 marzo 2015, n. 57, in *Foro it.*, I, 3036, con nota di Travi.

(13) Cons. Stato, Ad. Plen., 6 luglio 2011, n. 6, in *Foro it.*, III, 502, con nota di Travi.

(14) Cass. Civ. Sez. Un., 11 luglio 2011, n. 15144, in *Foro it.*, 2011, I, 2254; ivi, 2011, I, 3343 con nota di Caponi, secondo cui “Qualora l’*“overruling”* si connoti del carattere dell’imprevedibilità (per aver agito in modo inopinato e repentino sul consolidato orientamento pregresso), si giustifica una scissione tra il fatto (e cioè il comportamento della parte risultante *ex post* non conforme alla corretta regola del processo) e l’effetto, di preclusione o decadenza, che ne dovrebbe derivare, con la conseguenza che - in considerazione del bilanciamento dei valori in gioco, tra i quali assume preminenza quello del giusto processo (art. 111 cost.), volto a tutelare l’effettività dei mezzi di azione e difesa anche attraverso la celebrazione di un giudizio che tenda, essenzialmente, alla decisione di merito - deve escludersi l’operatività della preclusione o della decadenza derivante dall’*“overruling”* nei confronti della parte che abbia confidato incolpevolmente (e cioè non oltre il momento di oggettiva conoscibilità dell’arresto nomofilattico correttivo, da verificarsi in concreto) nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa, la quale, sebbene soltanto sul piano fattuale, aveva comunque creato l’apparenza di una regola conforme alla legge del tempo. Ne consegue ulteriormente che, in siffatta evenienza, lo strumento processuale tramite il quale realizzare la tutela della parte va modulato in correlazione alla peculiarità delle situazioni processuali interessate dall’*“overruling”*”. Tanto nella sentenza delle Sezioni Unite, quanto in quella dell’Aldunanza Plenaria emerge quindi un evidente sfavore per interpretazioni limitative del diritto di azione.

(15) Cass. Civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Foro it.* 2008, 2, I, 453; in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 4, 827, con nota di Greco. Secondo le Sezioni Unite “Il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno di chi assume di aver contratto per contagio una malattia per fatto doloso o colposo di un terzo decorre, a norma degli artt. 2935 e 2947, c. l.c.c., non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione che produce il danno altrui o dal momento in cui la malattia si manifesta all’esterno, ma dal momento in cui viene percepita o può essere percepita, quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo, usando l’ordinaria oggettiva diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche”.

Sezione di diritto penale

Sentenze e Ordinanze

Corte Suprema di Cassazione, sez. I pen., 1° febbraio 2016, n.4133 - Pres. Novik - Rel. Rocchi.
(Ricorso avverso la sentenza della Corte di Assise di Appello di Genova 30 maggio 2014, n. 1)

ATTI persecutori - rapporti con il delitto di maltrattamenti in famiglia - clausola di sussidiarietà - concorso apparente di norme - possibilità - atti persecutori aggravati.

Fatto salvo il rispetto della clausola di sussidiarietà di cui all'art. 612-bis c.p. (che regola l'applicabilità del più grave illecito di maltrattamenti in famiglia), può configurarsi il reato aggravato di atti persecutori in presenza di condotte che, pur nascendo nell'ambito di una comunità familiare, non integrino la fattispecie di cui all'art. 572 c.p., a causa della cessazione del vincolo familiare o affettivo. (1)

(... *Omissis*...) **Ritenuto in fatto.**

1. Con la sentenza indicata in epigrafe, la Corte di assise di appello di Genova confermava quella del G.I.P. del Tribunale di Sanremo, che aveva condannato B.Z. alla pena di anni 30 di reclusione per i delitti di omicidio aggravato, minaccia aggravata, porto fuori dalla propria abitazione di un coltello, atti persecutori e lesioni personali, ritenuto il reato di atti persecutori assorbito nella contestazione di quello di omicidio, riuniti i reati per continuazione e applicata la diminuzione del rito.

Secondo l'imputazione, B., che da oltre un anno molestava, minacciava e percuoteva E.A.Z. con la quale aveva avuto una relazione sentimentale più volte interrotta, l'11/11/2011 l'aveva colpita con un coltello di forma allungata e acuminata all'addome, al torace e al polso con 14 colpi, provocandone la morte; immediatamente dopo aveva minacciato con lo stesso coltello B. L. che era accorso, al fine di conseguire l'impunità.

La responsabilità dell'imputato non è contestata: come si evince dai motivi di ricorso, piuttosto, è oggetto di contestazione l'affermazione di responsabilità per il delitto di atti persecutori (capo D dell'imputazione) nonché quella per uno specifico episodio di lesioni (capo E). La contestazione del delitto sub D rileva ai fini dell'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1, che comporta la pena dell'ergastolo, applicata dai giudici di merito previo diniego delle attenuanti generiche, con conseguente riduzione della pena ad anni trenta di reclusione in forza del rito abbreviato.

In sede di appello, la difesa dell'imputato aveva sostenuto l'inesistenza della suddetta aggravante, sottolineando che B. non era stato condannato definitivamente per il delitto di cui all'art. 612 bis c.p., e sostenendo che, all'epoca del delitto, B. e la vittima erano conviventi, situazione che non permetteva di configurare il delitto di atti persecutori, sussidiario rispetto al più grave delitto di maltrattamenti in famiglia.

La Corte riteneva che non fosse necessaria una previa condanna del responsabile dell'omicidio rispetto al delitto di atti persecutori per la sussistenza dell'aggravante; riteneva inoltre che non sussistesse una ontologica incompatibilità tra la fattispecie di atti persecutori e le violenze di coppia: il reato è nato proprio per meglio tutelare la persona che subisce una persecuzione all'interno di una coppia, cosicché sarebbe stata contraddittoria un'interpretazione che diminuisse la tutela in presenza di un rapporto di convivenza.

La Corte riteneva astrattamente possibile anche la concorrenza delle due fattispecie di maltrattamenti e atti persecutori, sostenendo che condotte riconducibili al delitto di atti persecutori, anche se poste all'interno di una coppia convivente, rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 612 bis c.p., con la conseguente integrazione dell'aggravante di cui all'art. 576, comma 1, n. 5.1.

Secondo la sentenza impugnata, nel caso in esame sussisteva il delitto di atti persecutori anche con riferimento alle telefonate minatorie effettuate dall'imputato nei confronti dei parenti della vittima e dagli stessi ad ella non riferiti, nonché con riferimento al delitto di lesioni personali (autonomamente contestato anche come delitto di lesioni sub E): in effetti, la responsabilità per quell'episodio si evinceva dalle prime dichiarazioni della persona offesa, nonché dalle dichiarazioni di una sua amica e di sua madre.

Le restanti contestazioni dell'appellante erano del tutto generiche, mentre le condotte poste in essere integravano il reato contestato;

invece non era configurabile il diverso delitto di cui all'art. 572 c.p., in quanto l'imputato era spinto esclusivamente da una gelosia patologica, mentre la donna non era costantemente oggetto di vessazione, tanto da essere libera di scacciare l'imputato e di allontanarsi dall'Italia, con ciò dimostrando l'assenza di ogni subalternità rispetto all'uomo.

La madre della vittima, comunque, aveva riferito che ormai i due giovani non erano conviventi: la figlia non si riteneva legata all'uomo, ma piuttosto lo temeva.

La Corte confermava la correzione della data delle lesioni contestate al capo E, erroneamente indicata nell'imputazione in conseguenza di errore materiale; negava le attenuanti generiche in ragione della gravità della condotta e della personalità dell'imputato; riteneva adeguata la misura della libertà vigilata per anni cinque; disponeva l'interdizione legale dell'imputato durante l'esecuzione della pena, che il giudice di primo grado aveva omesso per mera dimenticanza.

2. Ricorre per cassazione il difensore di B.Z., deducendo distinti motivi, con i quali deduce:

2.1. violazione di legge processuale con riferimento all'ordinanza con la quale la Corte territoriale aveva corretto l'imputazione nella data di consumazione del reato sub E (lesioni personali ai danni della stessa E.A.Z.), da quella originariamente indicata dell'8/10/2011 a quella dell'8/10/2010, ritenendo l'originaria indicazione frutto di errore materiale. La correzione aveva prodotto una modificazione essenziale dell'atto e, quindi, non poteva essere adottata come correzione. Il ricorrente ne aveva fatto oggetto di uno specifico motivo di appello;

2.2. nullità della medesima ordinanza di correzione in quanto adottata immediatamente in udienza senza l'osservanza del termine di comparizione previsto dall'art. 127 c.p.p., richiamato dall'art. 130 c.p.p., comma 2;

2.3. vizio di motivazione con riferimento al motivo di appello con il quale aveva eccepito la mancanza di querela per il reato di atti persecutori, nonché la mancanza della connessione di cui all'art. 612 bis c.p., comma 4, con conseguente improcedibilità d'ufficio del reato;

2.4. violazione di legge e vizio di motivazione con riferimento alla ritenuta aggravante del delitto di omicidio di cui all'art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1: poiché il delitto era stato commesso prima della

riforma del 2013, all'epoca il reato di atti persecutori non era compatibile con una relazione sentimentale in atto, come quella tra il ricorrente e la vittima; anche il giudice di primo grado aveva espresso tale orientamento, ritenendo, peraltro, cessata la relazione sentimentale.

Il ricorrente sottolinea, al contrario, che la permanenza della relazione sentimentale all'epoca dell'omicidio era dimostrata dalla mancata contestazione dell'aggravante di cui all'art. 612 bis c.p., comma 2, e da ulteriori dati specificamente indicati;

2.5. violazione di legge e vizio di motivazione nella parte in cui la sentenza aveva affermato la responsabilità per il delitto di atti persecutori per alcune delle condotte contestate all'imputato, peraltro a lui non riferibili o che avevano avuto come destinatari soggetti diversi dalla vittima dell'omicidio: si trattava di telefonate minatorie fatte ai parenti della vittima, mentre questa si trovava in (OMISSIS), che essi non le avevano comunicato;

2.6. violazione di legge e vizio di motivazione, avendo la Corte territoriale ritenuto operante l'aggravante di cui all'art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1, anche in assenza di una sentenza definitiva di condanna per il delitto di atti persecutori, con la conseguenza che il ricorrente non poteva essere considerato "autore del delitto di cui all'art. 612 bis c.p.";

2.7. vizio della motivazione con riferimento all'affermazione di responsabilità per il delitto di lesioni dell'(OMISSIS): la vittima aveva indicato tre soggetti autori dell'aggressione, riconosciuti nel fascicolo fotografico, tra cui non vi era l'imputato;

2.8. analoghi vizi con riferimento alla mancata concessione delle attenuanti generiche, alla durata della libertà vigilata e all'irrogazione della sanzione accessoria dell'interdizione legale durante l'esecuzione della pena da parte della Corte territoriale in violazione del principio di *reformatio in pejus*.

Il ricorrente conclude per l'annullamento della sentenza impugnata.

3. E' pervenuta memoria dell'imputato.

Considerato in diritto.

Il ricorso è infondato e deve essere rigettato.

1. Manifestamente infondati sono i primi due motivi, relativi alla correzione dell'imputazione sub E (lesioni personali) con riferimento alla data dell'episodio: da una parte, è evidente che nel corso del dibattimento la Corte non doveva procedere con la procedura prevista in camera di consiglio (del resto non imposta a pena di nullità) poichè nella fase dibattimentale il contraddittorio tra le parti è pienamente garantito in ogni momento, senza necessità di instaurarlo ad hoc; dall'altra, l'errore materiale era evidente, se si considera che lo stesso episodio era menzionato nell'imputazione sub D con l'indicazione della data esatta; per lo stesso motivo il ricorrente non può lamentare alcuna lesione del diritto di difesa.

2. Il terzo motivo e il sesto motivo (mancanza di querela per il delitto di atti persecutori e mancanza di una sentenza di condanna dell'imputato per lo stesso reato) sono infondati e irrilevanti.

Come sottolineato dalla Corte territoriale, l'aggravante di cui all'art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1 - e cioè l'aver commesso il fatto da parte di chi sia l'autore del delitto di cui all'art. 612 bis cod. pen. nei confronti della medesima persona offesa - è configurabile anche in caso di improcedibilità del predetto reato (Sez. 5, n. 38690 del 12/04/2013 - dep. 19/09/2013, P.M. in proc. I, Rv. 257091) e può essere ritenuta dal Giudice anche in assenza di previa condanna dell'imputato: in effetti, se la legge avesse preteso, per ritenere sussistente l'aggravante, una precedente condanna del responsabile di omicidio o lesioni per il delitto di atti persecutori avrebbe usato le espressioni presenti nell'art. 99 c.p., sulla recidiva ("Chiunque, dopo essere stato condannato per un delitto...

ne commette un altro..."); al contrario, in base all'art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1, la responsabilità per il delitto di atti persecutori può essere accertata - in via diretta o anche solo incidentalmente, in caso di improcedibilità - dallo stesso Giudice che deve applicare la predetta aggravante.

La dizione usata per indicare il presupposto per l'aggravante - l'essere il colpevole di omicidio o lesioni "autore del delitto di cui all'art. 612 bis c.p." indica, poi, la chiara volontà del legislatore di sganciare l'applicazione dell'aggravante dalla condanna per il delitto di atti persecutori: infatti, si può essere autori di un reato anche senza essere per esso processati o processabili; il giudice, in base al principio dell'art. 2 c.p.p., risolverà incidentalmente la relativa "questione penale" così da giungere alla decisione sulla sussistenza dell'aggravante.

La tesi opposta, del resto, porterebbe a conseguenze inique, facendo discendere conseguenze assai gravi in punto di pena dal comportamento della persona offesa sottoposta ad atti persecutori.

Si deve ricordare che il medesimo principio è stato affermato con riferimento all'aggravante del nesso teleologia) di cui all'art. 61 c.p., n. 2, affermandosene la configurabilità anche quando il reato - fine sia perseguibile a querela di parte e questa non sia stata presentata, essendo irrilevante l'applicazione di una causa di improcedibilità (Sez. 2, n. 32862 del 19/06/2012 - dep. 21/08/2012, D'Alessio, Rv. 253166; Sez. 4, n. 36971 del 01/07/2003 - dep. 26/09/2003, Piovinì e altro, Rv. 226375).

3. I motivi di ricorso concernenti la responsabilità per il delitto di atti persecutori (si ribadisce: rilevante al solo fine dell'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 576 c.p., comma 1, n. 5.1) sono infondati.

In primo luogo il ricorrente ripropone una questione giuridica: poichè il delitto è precedente alla riforma dell'art. 612 bis c.p., operata dal D.L. 14 agosto 2013, conv., con modif., in L. 15 ottobre 2013, n. 119, l'ipotesi aggravata di cui all'art. 612 bis c.p., comma 2, avrebbe potuto essere contestata solo se la relazione affettiva tra imputato e vittima fosse cessata (in effetti, la riforma ha sostituito l'espressione "persona che sia stata legata da relazione affettiva con la persona offesa", con "persona che è o è stata legata da relazione alla persona offesa", permettendo la contestazione dell'aggravante anche nel caso in cui il persecutore sia attualmente legato alla vittima dei suoi atti); non lo era stata perchè la relazione sentimentale tra B. e la E.A. era ancora in corso all'epoca dell'omicidio; di conseguenza le condotte contestate dovevano essere qualificate come relative al delitto di maltrattamenti in famiglia, ai sensi dell'art. 572 c.p., che doveva trovare applicazione in quanto reato più grave in forza della riserva di cui all'art. 612 bis c.p., ("Salvo che il fatto costituisca più grave reato..."); la mancata applicazione della fattispecie dell'art. 612 bis cod. pen. impedirebbe, in definitiva, il riconoscimento dell'aggravante più volte richiamata.

L'argomentazione, pur prendendo spunto da un dato oggettivo - la modifica dell'aggravante di cui all'art. 612 bis c.p., comma 2, operata nel 2013 - prova troppo.

In effetti, la modifica normativa non incide affatto sulla questione della compatibilità tra le due fattispecie di reato, limitandosi ad aggravare la condotta di chi pone in essere la condotta persecutoria ai danni di chi è legato da relazione sentimentale con l'autore: cosicchè la modifica può essere letta anche come conferma che il delitto di cui all'art. 612 bis c.p., può essere commesso mentre la relazione è ancora in corso, tanto che il legislatore ha ritenuto di sanzionarlo più gravemente.

In altre parole, la modifica del 2013 non risolve il tema della portata della riserva di cui al comma 1, ("Salvo che il fatto costituisca più grave reato..."): essa stabilisce una incompatibilità radi-

cale tra il delitto di atti persecutori e quello di maltrattamenti in famiglia? La sentenza impugnata risponde motivatamente in senso negativo, sottolineando la strutturale differenza tra i due reati e evidenziando che il reato di maltrattamenti “si sostanzia in una condotta vessatoria che unifica e dà senso a molteplici offese, sì da prevaricare e umiliare costantemente e abitualmente il familiare”, mentre quello di atti persecutori “offende la persona (rectius: la sua libertà morale) e può essere commesso da tutti al di fuori di una necessaria interrelazione personale con la vittima”. Effettivamente questa Corte, con la sentenza menzionata dalla Corte territoriale, ha condiviso questa impostazione, stabilendo che, salvo il rispetto della clausola di sussidiarietà prevista dall’art. 612 bis c.p., comma 1, - che rende applicabile il più grave reato di maltrattamenti quando la condotta valga ad integrare gli elementi tipici della relativa fattispecie - è invece configurabile l’ipotesi aggravata del reato di atti persecutori (prevista dall’art. 612 bis c.p., comma 2) in presenza di comportamenti che, sorti nell’ambito di una comunità familiare (o a questa assimilata), ovvero determinati dalla sua esistenza e sviluppo, esulino dalla fattispecie dei maltrattamenti per la sopravvenuta cessazione del vincolo familiare ed affettivo o comunque della sua attualità temporale (Sez. 6, n. 24575 del 24/11/2011 - dep. 20/06/2012, Frasca, Rv. 252906); in motivazione non si escludeva affatto un concorso apparente di norme che renda applicabili entrambi i reati, di maltrattamenti e di atti persecutori.

La Corte aggiunge un ulteriore dato: quello della pregressa cessazione della convivenza tra imputato e vittima, attestata dalla madre di quest’ultima; valutazione in fatto contrastata con argomentazioni di merito dal ricorrente per buona parte non autosufficienti e, comunque, niente affatto idonee a dimostrare la manifesta illogicità della sentenza nel dare credito alla donna. Che poi le condotte analiticamente contestate al capo D integrassero il reato di atti persecutori è contrastato in maniera del tutto generica dal ricorrente, che sostiene che “i restanti episodi di cui al capo D) dell’imputazione sono stati attribuiti al prevenuto in forza di una motivazione assolutamente generica e contraddittoria, la quale ha fatto riferimento a non meglio specificati referti di strutture sanitarie pubbliche e ad interventi delle Forze di Polizia, senza peraltro puntualizzare la tempistica di tali interventi”:

censura che elude una motivazione assai ampia e argomentata (la sentenza di primo grado forniva ulteriori elementi analitici sugli episodi); non bisogna inoltre dimenticare che, con l’atto di appello, la difesa dell’imputato, più che negare le condotte contestate, sosteneva che “i fatti violenti del 20 gennaio e del marzo 2011 sono del tutto marginali”.

Infine, il motivo di ricorso concernente l’episodio di lesioni contestato autonomamente al capo E e inserito nell’elenco degli atti persecutori di cui al capo D, è manifestamente infondato: la Corte territoriale motiva adeguatamente sugli elementi di prova convergenti che indicavano B. come autore della condotta.

4. Anche gli ulteriori motivi relativi alla quantificazione della pena sono infondati, risultando la motivazione della sentenza impugnata ampia e niente affatto illogica, sicuramente rientrando nei parametri indicati da questa Corte.

La Corte non ha violato il principio del divieto di reformatio in pejus nello stabilire l’interdizione legale dell’imputato durante l’esecuzione della pena, trattandosi di un effetto automatico della condanna.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali nonchè a rifondere le spese sostenute dalla parte civile per questo grado di giudizio (...*Omissis*...)

(1) Evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di rapporti tra il delitto di stalking e quello di maltrattamenti in famiglia.

Sommario: 1. La sentenza. 2. La fattispecie aggravata del delitto di stalking nella versione originaria. 3. Il rapporto tra gli atti persecutori ed i maltrattamenti prima della modifica del 2013. 4. La novella del 2013 ed i nuovi rapporti tra lo stalking ed il delitto di maltrattamenti. 5. La circostanza aggravante prevista per l’omicidio commesso dall’autore delle condotte persecutorie. 6. Conclusioni.

1. La sentenza.

Con la sentenza in epigrafe, la Cassazione è tornata a pronunciarsi ed a fare il punto sui rapporti intercorrenti tra la fattispecie criminosa di atti persecutori previsto nell’art. 612-bis c.p. (c.d. stalking) ed il reato di maltrattamenti in famiglia di cui all’art. 572 c.p. In tale contesto, la S.C. ha ritenuto che la modifica dell’aggravante di cui al secondo comma dell’art. 612-bis, intervenuta nel 2013 (1), la quale ha comportato un aumento di pena in relazione alla condotta di chi ha posto in essere atti persecutori a danno di una vittima legata da relazione sentimentale con l’autore, non sia andata ad incidere sulla compatibilità o meno delle due fattispecie delittuose di cui si tratta. Quest’ultima considerazione sarebbe la conferma del fatto che il delitto di cui all’art. 612-bis c.p. possa essere commesso anche qualora la relazione affettiva sia ancora in corso, decidendo il legislatore di sanzionarlo più gravemente. Tuttavia, tale modifica legislativa non risolve il problema dei rapporti intercorrenti tra il delitto di stalking e quello di maltrattamenti in famiglia. Sotto questo profilo, la Suprema Corte ribadisce l’orientamento precedente secondo il quale, valorizzando la riserva di cui al primo comma dell’art. 612-bis c.p. (“Salvo che il fatto costituisca più grave reato”), ricostruisce i rapporti tra i due reati in termini di sussidiarietà stabilendo, inoltre, che risulta configurabile l’ipotesi aggravata del reato di atti persecutori (prevista dall’art. 612-bis, comma secondo, c.p.) in presenza di comportamenti che, pur se sorti nell’ambito di una comunità familiare (o a questa assimilata), esulano dalla fattispecie di cui all’art. 572 per la sopravvenuta cessazione del vincolo familiare ed affettivo o comunque della sua attualità temporale (2).

2. La fattispecie aggravata del delitto di stalking nella versione originaria.

La vicenda oggetto del presente commento permette di svolgere alcune considerazioni teoriche in merito all’aggravante di cui all’art.612-bis ed ai rapporti con la fattispecie di cui all’art. 572 prima della Novella di cui si è detto, con riferimento anche alla situazione vigente precedentemente rispetto all’intervento legislativo che ha introdotto il delitto di atti persecutori all’interno del codice penale.

Antecedentemente al 2009, i giudici erano costretti ad autentiche acrobazie interpretative, mascherando gli atti persecutori talvolta nel reato di molestia o disturbo alle persone ex art. 660 c.p. o di violenza privata (3) oppure, nei casi di atti persecutori a danno dell’ex coniuge o convivente, nei maltrattamenti in famiglia di cui all’art.572 c.p., esteso dalla Cassazione anche ai casi in cui fosse cessata la convivenza (4). In una pronuncia la Suprema Corte, infatti, aveva ricondotto le incursioni persecutorie nel delitto di maltrattamenti, le quali erano ritenute configurabili anche qualora fosse terminata la convivenza (anche nel caso di coniuge separato legalmente o di fatto) (5). Invece, in un altro caso (6), le condotte moleste poste in essere dal marito nei confronti della moglie al termine della convivenza erano state qualificate come maltrattamenti in famiglia ma, poiché tra la deliberazione della sentenza ed il deposito delle motivazioni era entrato in vigore il

decreto legge che introduceva il delitto di cui all'art. 612- bis, le condotte poste in essere sarebbero rientrate proprio in quest'ultima disposizione.

Nel 2009, il legislatore aveva scelto di circoscrivere la fattispecie di atti persecutori, nella forma aggravata di cui al c.2, alle condotte moleste realizzate al di fuori del contesto familiare. Si trattava di un'applicazione della norma ad ipotesi circoscritte ai casi in cui vi fosse stata separazione legale o divorzio ed alle sole relazioni affettive non più in corso di svolgimento (7). In tale contesto, infatti, l'atto persecutorio era considerato più grave in quanto per il soggetto attivo era più agevole insinuarsi nella vita privata della vittima, sfruttando la conoscenza delle sue abitudini di vita, derivante dalla pregressa frequentazione o dalla coabitazione (8). La ratio di tale aggravante era da rinvenire nella tutela di coloro che sono divenuti il bersaglio dell'ex partner, il quale non ha accettato l'interruzione del rapporto di coppia (9-10). Tale aggravante, oltre determinare un maggiore disvalore giuridico, sociale ed un aumento sanzionatorio, fa acquisire al reato di atti persecutori la natura di reato proprio che può essere commesso solo da soggetti che rivestono un particolare status. In base agli studi criminologici e psichiatrico-forensi (11), si è cercato di tracciare un profilo psicologico dell'autore di dette condotte persecutorie. Infatti, al fine di comprendere il fenomeno dello stalking e dei suoi possibili risvolti penalistici, da sempre si è nutrito un grande interesse nell'approfondire le caratteristiche degli autori del reato, delle vittime e dei rapporti che intercorrono tra gli stessi (12).

Già durante i lavori parlamentari la circostanza aggravante in questione ha suscitato perplessità e comportato aspre critiche. Infatti, si sarebbe limitata l'applicazione del c.2 ai soli rapporti ormai conclusi quando, invece, un aggravamento di pena ed un maggior disvalore può essere attribuito anche ai casi in cui gli atti persecutori sono realizzati dal coniuge convivente (non divorziato, né legalmente separato, o separato di fatto (13)) o da chi è attualmente legato alla vittima da un rapporto affettivo (14). Pur essendo chiaro il conferimento di un particolare disvalore alle ipotesi in cui un fatto è commesso da parte del soggetto che non ha accettato il distacco della vittima conseguente al termine della relazione, a fortiori devono essere sanzionati, applicando una pena più elevata, gli atti persecutori realizzati da chi è tuttora legato alla vittima e che sarebbe tenuto all'osservanza dei doveri di solidarietà e assistenza morale e materiale verso la stessa (15). Nonostante questa posizione critica, nel 2009 era prevalsa la ratio consistente nel maggior disvalore connesso alle condotte di atti persecutori realizzate da chi non accetta "una scelta che la donna ha compiuto attraverso la separazione, il divorzio o la fine della relazione (16)"

Così introdotta, la fattispecie non si doveva riferire al diverso fenomeno della c.d. "violenza domestica (17)" la quale rientrava esclusivamente nell'ambito dei maltrattamenti in famiglia, di cui all'art. 572 c.p., in virtù della clausola di riserva prevista dall'art. 612- bis.

3. Il rapporto tra gli atti persecutori ed i maltrattamenti prima della modifica del 2013.

Esaminando i rapporti intercorrenti tra i delitti oggetto del caso in questione, è opportuno premettere che l'art. 612- bis c.p., si apre con la clausola di riserva in relazione alla quale la fattispecie di atti persecutori è applicabile "salvo che il fatto costituisca più grave reato". Si tratta di una precisazione già presente in fase di lavori preparatori del disegno di legge in materia ed eliminata dalla Commissione Giustizia della Camera dei deputati, ma successivamente reinserita in Aula (18). La ratio della eliminazione (19) della clausola andava individuata nello scopo di evitare l'assorbimento del reato di nuovo conio in più gravi delitti, sulla base

dell'argomento, tra l'altro, secondo cui con "il fenomeno di assorbimento fornisce un giudizio di valore o di disvalore e dell'esigenza di evitare un simile giudizio di disvalore nei confronti dello stalking". Tuttavia, era prevalsa la posizione di coloro che erano favorevoli ad introdurre la suddetta clausola di riserva in favore di reati più gravi, volta ad evitare l'eccesso sanzionatorio derivante dal mancato assorbimento degli atti persecutori in reati dalla struttura affine, ma più gravi e comunque volti a tutelare (anche) il medesimo bene giuridico protetto dall'art. 612- bis c.p (20). In tale contesto, prima dell'innovazione apportata dalla Novella del 2013, risultava essere decisamente più agevole la differenza tra la fattispecie di maltrattamenti e quella di stalking. Infatti, la clausola di sussidiarietà comportava l'assorbimento del delitto di atti persecutori in quello dei maltrattamenti, in quanto reato più grave e quindi le condotte persecutorie a danno del coniuge o della persona legata attualmente da una relazione affettiva alla vittima (integranti l'ipotesi non aggravata prevista nel comma dell'art 612- bis) rientravano unicamente nella fattispecie di cui all'art.572 c.p., qualora ne fossero integrati gli elementi costitutivi. Non comportava problemi neanche il rapporto tra i maltrattamenti in famiglia ed il delitto di atti persecutori nella forma aggravata di cui al c. 2. Si delineava una sorta di muro divisore di applicazione delle due fattispecie legandolo al momento temporale della cessazione della convivenza, del vincolo coniugale o affettivo. Condotte successive alla cessazione di detti vincoli non rientravano nel reato di maltrattamenti poiché estranee rispetto all'ambiente domestico ed erano riconducibili nel delitto di atti persecutori aggravato di cui al c. 2 (21). Infine, con particolare riferimento al coniuge separato legalmente o di fatto ed alle molestie poste in essere nei suoi riguardi, per il tramite della clausola di sussidiarietà, il delitto di atti persecutori era assorbito in quello di maltrattamenti. Tale situazione era, probabilmente, la più problematica rispetto a quelle appena esaminate in quanto si poteva configurare un concorso apparente di norme in riferimento agli art. 572 e 612- bis c.2 poiché il coniuge separato, secondo la dottrina (22) e la giurisprudenza (23), poteva (e può essere) il soggetto passivo del delitto di maltrattamenti. Cio' in quanto la separazione, pur determinando il venir meno degli obblighi di convivenza, non determina il venir meno anche dei doveri di reciproco rispetto, morale e materiale (24) che originano dal vincolo coniugale e che perdurano anche in seguito (25). Infatti non è richiesto tra i requisiti fondamentali per vedere integrato il delitto di cui all'art. 572 né quello della convivenza, né quello della coabitazione (26). La norma fa riferimento all'espressione "persona di famiglia" (27) senza precisarne il significato. Il rapporto tra il delitto di stalking e quello dei maltrattamenti in famiglia è stato affrontato per la prima volta ed in modo analitico e dettagliato dalla giurisprudenza di legittimità nel 2012 (28). Tale pronuncia fornisce lo spunto per analizzare quelli che sono i punti di convergenza e di differenziazione tra i delitti in questione. Tra questi ultimi, viene fatto riferimento alla differente oggettività giuridica ed alla diversità dei soggetti attivi e passivi delle due condotte illecite. Difatti, mentre il delitto di maltrattamenti è un delitto contro la famiglia (per precisione contro l'assistenza familiare), il delitto di atti persecutori è un reato contro la persona ed in particolare contro la libertà morale. Inoltre, al di là della lettera della norma incriminatrice "chiunque", il delitto di cui all'art. 572 si configura come un reato proprio e può essere commesso solo dal soggetto attivo che rivesta un determinato status giuridico (coniuge, figlio, ecc.) o di mero fatto (convivente) (29) o possieda una delle specifiche qualifiche soggettive per via della relazione sussistente con la vittima (derivante da rapporti fondati sull'autorità o su precise ragioni di affidamento). Invece il delitto di cui all'art. 612- bis c.1 rientra nella categoria dei reati comuni. Ad ac-

comunare le due diverse ipotesi delittuose è il c.2 del delitto di atti persecutori che, nella forma aggravata si trasforma, anch'essa, in un delitto proprio. Gli aspetti che avvicinano e tendono a sovrapporre le due fattispecie sono il bene tutelato, l'identità del rapporto interpersonale, l'affinità di struttura della fattispecie, le stesse modalità della condotta e l'elemento psicologico (30).

Con la riforma del 2013, della quale si avrà modo di parlare nel successivo paragrafo, emerge una perfetta sovrapposizione tra il delitto di cui all'art. 612- bis c.2 e quella di cui all'art. 572 dal momento che nessuno dei fatti tipici in cui si realizza l'ipotesi di reato presenta, rispetto all'altro, qualche elemento aggiuntivo eterogeneo. Tale perfetta simmetria non consente di cogliere una eterogeneità di disvalore tra i due delitti vista l'identità del bene giuridico e dello scopo tutelato (31), tanto da rendere possibile il configurarsi di un concorso apparente di norme.

4. La novella del 2013 ed i nuovi rapporti tra lo stalking ed il delitto di maltrattamenti.

E' opportuno analizzare i rapporti tra il delitto di atti persecutori e quello di maltrattamenti in seguito alle recenti modifiche, al fine di comprendere il ragionamento del giudice di legittimità nel risolvere il caso oggetto della sentenza esaminata. Attualmente, la fattispecie di atti persecutori ha come *ratio* quella di contrastare in modo più efficace possibile il fenomeno dello stalking posto in essere in ambito familiare circoscritto, nella formulazione originaria, al coniuge legalmente separato o divorziato. Con l'aggiunta di "anche" all'interno della formulazione della norma, il delitto di cui si tratta è configurabile pure rispetto al coniuge non legalmente separato o divorziato, qualora non sussistano gli estremi del delitto di cui all'art. 572. Per quanto concerne la "relazione affettiva" (32), la norma non si limita più ad indicarne l'applicazione solo nel caso in cui tale relazione non fosse più in corso, ma introducendo l'espressione "che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa", si estende la tutela penale, nella medesima misura prevista per i coniugi, non solo ai conviventi, ma anche alle persone legate alla vittima da un mero rapporto sentimentale, attuale o pregresso, indipendentemente dal fatto che condividano o abbiano condiviso la medesima residenza. Si tratta di una nozione molto ampia che comprende in astratto una pluralità di comportamenti non omogenei, anche soltanto di amicizia o di parentela e sembra riferirsi anche alle relazioni sentimentali *more uxorio*, di fidanzamento, tra amanti (33). In tale modo è stata superata, altresì, l'irragionevole disparità di trattamento tra il caso della separazione legale e quella intervenuta soltanto di fatto, che derivava dal dettato normativo precedente (34). La conferma dell'espressione "relazione affettiva" continua a comportare problemi di determinatezza e tassatività, anche se va riconosciuto che analoghi problemi di uniformità ermeneutica avrebbero creato le "alternative" date da "relazione sentimentale", "fidanzamento", "rapporto di coppia (35)". La sfera delle relazioni sentimentali non formalizzate è in costante crescita tanto da rendere difficoltoso individuare concetti chiaramente delimitati (36). L'applicazione di detta circostanza aggravante, inoltre, ha suscitato le critiche da parte della dottrina poiché, estendendosi alle ipotesi in cui gli atti persecutori sono posti in essere da persona legata alla vittima da relazione sentimentale ancora in atto, renderebbe complicato distinguere tra il reato in oggetto e quello di maltrattamenti (37). Infatti, il discrimine tra il reato di stalking e quello di maltrattamenti dovrà essere ricercato mediante il puntuale riscontro dei rispettivi elementi costitutivi, sotto il profilo sia oggettivo, sia soggettivo e non più sotto il profilo dell'attualità o cessazione del legame coniugale od affettivo (38). In definitiva, la fattispecie aggravata di atti persecutori, nella parte in cui prevede fatti di minaccia o molestia realizzati in presenza di

legame familiare in atto da intendersi in senso lato, si sovrappone alla norma concernente i maltrattamenti, nella parte in cui punisce chi "maltratta una persona della famiglia, o comunque convivente" (39). Non sussiste, pertanto, un conflitto di norme qualora condotte persecutorie si consumino in danno dell'*ex* coniuge o dell'*ex* partner e viene applicato il reato di stalking nella forma aggravata di cui al c.2. Si realizza, invece, un concorso apparente tra il delitto di cui all'art. 572 ed il delitto di stalking aggravato qualora le condotte moleste e aggressive si realizzino ai danni del coniuge o il convivente (40), quindi nel contesto familiare. Non si può più risolvere il rapporto tra le due fattispecie facendo leva sul principio già accolto dalla giurisprudenza maggioritaria nel vigore del testo precedente (41), secondo cui erano riconducibili nel delitto di maltrattamenti, per il tramite della clausola di sussidiarietà, le vessazioni sorte nell'ambiente domestico e nel delitto di stalking aggravato le vessazioni poste in essere al termine del vincolo coniugale o della relazione affettiva. Ritenerne, ancora attualmente, che il delitto di cui all'art. 572 cp sia il solo che debba essere applicato in ambito familiare in virtù della clausola di riserva, risulta essere in contrasto con l'intervento effettuato dal legislatore nel 2013. La critica mossa nei confronti di tale orientamento è consistita nel fatto che il considerare inapplicabile il delitto di atti persecutori nell'ambito del contesto familiare a scapito del delitto di maltrattamenti comporterebbe il rischio di un'abrogazione di fatto (42) dell'ipotesi aggravata introdotta nel secondo comma dell'art. 612- bis c.p. E' ancora indirizzo prevalente a livello giurisprudenziale quello tendente a ricondurre le azioni persecutorie poste in essere dal coniuge separato (non più convivente) nel delitto di maltrattamenti (43) a causa dei perduranti doveri di rispetto reciproco, assistenza morale e materiale e di solidarietà. Sul piano puramente astratto, in tale contesto si assiste ad un conflitto tra la fattispecie aggravata di stalking e l'art. 572. Tuttavia, in relazione a tale situazione, si deve sottolineare che se ciò vale in relazione al coniuge separato non più convivente, lo stesso non può dirsi in relazione alla c.d. famiglia di fatto poiché, con il venir meno della convivenza, cessano i doveri di reciproca assistenza (44). Vi è da precisare, però, che se il coniuge è separato da molto tempo e pone in essere condotte persecutorie dopo un notevole arco di tempo dalla separazione, tali atti vengono equiparati a quelli posti in essere dopo il divorzio o dopo la cessazione della convivenza *more uxorio* e viene applicato non più l'art. 572, bensì l'art. 612- bis secondo comma.

Ulteriore aspetto volto a rendere problematico il rapporto tra le fattispecie in questione emerge dal raffronto delle cornici editali dei due delitti. Infatti, a seguito delle modifiche introdotte con la legge 119/2013, l'art. 612- bis, aggravato in base al c.2, prevede una pena minima (sei mesi di reclusione) inferiore rispetto a quella prevista dall'art. 572 (ossia due anni di reclusione); tuttavia consente l'applicazione di una pena massima (applicando l'aggravante essa risulta essere di sei anni e otto mesi) superiore a quella massima prevista per i maltrattamenti (sei anni). Si tratta di un vero e proprio "guazzabuglio interpretativo" (45) che dovrà risolvere la giurisprudenza individuando di volta in volta la norma da applicare al caso concreto. E' proprio quello che ha cercato di fare la Suprema Corte nel caso di specie. Infatti stabilisce che non solo la modifica intervenuta nel 2013 non determina una incompatibilità radicale tra i due delitti, precisando che il delitto di stalking possa essere commesso mentre la relazione è ancora in corso e che, per opera del legislatore, viene sanzionato più gravemente, ma sottolinea anche la differenza strutturale tra i delitti in questione e la possibilità di "un concorso apparente di norme che renda applicabili entrambi i reati". Sarebbe stato più opportuno che il legislatore avesse individuato un criterio (46) volto a demarcare la linea di

confine presente tra le due ipotesi delittuose, anziché demandare il compito ai giudici lasciando loro, per altro, un ampio potere discrezionale, tanto da porre in pericolo i principi di tassatività e determinatezza vigenti nel nostro ordinamento.

Infine, occorre ricordare che, in merito all'individuazione del reato più grave non esiste uniformità di vedute. E' incerto se si debba far riferimento, in tale contesto, alla gravità in astratto (47), prendendo in considerazione la mera pena editale prevista dal legislatore, o in concreto, valutando anche tutti gli elementi in grado di incidere, di fatto, sull'entità della pena effettivamente applicabile (48).

5. La circostanza aggravante prevista per l'omicidio commesso dall'autore delle condotte persecutorie.

Dopo aver precisato i rapporti tra il reato di stalking e quello di maltrattamenti in famiglia, è opportuno soffermarsi su un altro aspetto che emerge dalla sentenza in commento, ossia riferimento alla configurabilità dell'art. 576, comma primo, n. 5.1. Si tratta una circostanza aggravante applicabile nel caso in cui l'autore del delitto di atti persecutori cagioni volontariamente la morte della vittima degli stessi al fine di contrastare il non trascurabile numero di omicidi a danno delle vittime di atti persecutori. L'aggravante in questione ha presentato fin da subito alcuni dubbi applicativi (49). In un primo momento, infatti, tale aggravante era considerata addirittura incostituzionale (50) poiché nella norma mancava il riferimento alla necessità che la vittima dell'omicidio volontario e quella degli atti persecutori coincidessero nella medesima persona, comportando un'estensione della portata applicativa dell'aggravante in questione (51). In secondo luogo, mancando una qualsiasi indicazione legislativa in tal senso ed interpretando in modo letterale la norma, si può asserire che la condotta omicida non deve necessariamente essere contemporanea o consequenziale (da un punto di vista eziologico o cronologico) rispetto a quella di atti persecutori (52-53). La norma disciplina, dunque, un'ipotesi di reato complesso, che come tale assorbe il delitto di atti persecutori.

Un'altra problematica che emerge dalla norma in esame e che riguarda quanto accaduto nel caso di specie, consiste nel valutare se, per l'applicazione dell'aggravante, sia necessario che l'autore degli atti persecutori debba essere condannato definitivamente per tale delitto, oppure se possa essere sufficiente la mera contestazione dell'art. 612-bis, anche nello stesso processo per omicidio e se l'articolo 576 c. 1 n. 5.1 si possa configurare anche nel caso di improcedibilità di tale reato (54). Per rispondere al primo quesito, la Suprema Corte fa espresso richiamo alla formulazione dell'art. 99 c.p. che disciplina la recidiva. Infatti, qualora la legge avesse preteso una precedente condanna del soggetto attivo del delitto di omicidio per il delitto di stalking avrebbe utilizzato un'espressione analoga a quella dell'art. 99. c.p., ossia "chiunque, dopo essere stato condannato per un delitto, ne commette un altro".

Del resto, ha ulteriormente osservato il giudice di legittimità, proprio la formula utilizzata dalla norma per indicare il presupposto dell'aggravante (l'essere il colpevole di omicidio o lesioni "autore del delitto di cui all'articolo 612-bis del Cp") dimostra la volontà del legislatore di sganciare l'applicazione dell'aggravante dalla condanna per il delitto di atti persecutori: infatti, si può essere soggetti agenti di un reato anche senza essere per esso processati o processabili (55). In ogni caso, ha concluso la Corte, la tesi opposta, volta a far dipendere l'aggravante dall'affermazione della penale responsabilità per il delitto di cui all'art. 612-bis c.p., porterebbe a conseguenze inique, poiché farebbe discendere conseguenze gravi in punto

di pena dal comportamento della persona offesa sottoposta ad atti persecutori.

Un'ultima precisazione risulta opportuna in tema di rapporti tra maltrattamenti e atti persecutori in relazione all'applicazione dell'aggravante in questione. Con la riforma in tema di delitto di maltrattamenti in famiglia o verso i conviventi, è stata introdotta un'aggravante speciale del delitto di omicidio volontario che prevede la pena dell'ergastolo anche qualora il fatto sia commesso in occasione della realizzazione del delitto di cui all'art. 572. Già prima della riforma, sia la dottrina che la giurisprudenza erano unanimi nel ritenere che qualora il soggetto agente avesse cagionato, con coscienza e volontà, la morte della persona offesa, egli avrebbe risposto non di maltrattamenti aggravati ai sensi dell'art. 572 ultimo comma (reclusione da 12 a 24 anni qualora dai maltrattamenti derivasse la morte), bensì del delitto di omicidio volontario (56). Tale situazione vale anche nel mutato quadro normativo, con la differenza che troverà applicazione il delitto di omicidio volontario aggravato (57) secondo il nuovo testo dell'art. 576 c. 1 n.5 (58). Si è uniformata, in tale modo, la sanzione già prevista per l'omicidio della vittima di atti persecutori anche all'autore del delitto di maltrattamenti a seguito dei quali vengano uccisi familiari o conviventi (59).

6. Conclusioni

Con la sentenza oggetto del presente commento, la Cassazione è tornata, quindi, a fare il punto in tema dei rapporti intercorrenti tra il delitto di maltrattamenti e quello di atti persecutori nella forma aggravata. Appare corretto il ragionamento della Corte che ritiene configurabile l'ipotesi aggravata del reato di atti persecutori in presenza di reiterate condotte vessatorie realizzate all'interno di una comunità familiare o ad essa assimilata (come nel caso in cui sia venuta meno la relazione affettiva), le quali sono, poi, proseguite dopo la cessazione definitiva del sodalizio familiare. E' possibile, tuttavia, muovere una critica nei confronti della pronuncia in esame nella parte in cui fa riferimento all'asserita eventualità "di un concorso apparente di norme che renda applicabili entrambi i reati". Infatti, qualora tra le due fattispecie criminose di cui all'art. 612-bis secondo comma e quella dell'art. 572 c.p. si concretizzasse un concorso apparente di norme, soltanto un reato sarebbe applicabile, mentre se si ritenessero applicabili entrambi i reati si verificherebbe un'ipotesi di concorso formale o materiale (60). A tal proposito nulla esclude che, nel rispetto dei relativi ambiti, i due delitti possano concorrere (61) qualora realizzati in tempi diversi, ossia la condotta di maltrattamenti realizzata in presenza di un rapporto coniugale e quella di stalking dopo la sopravvenuta cessazione del vincolo familiare o della relazione affettiva. Qualora gli atti persecutori siano posti in essere dopo la cessazione definitiva della convivenza (come nel caso di specie), si deve escludere il loro assorbimento nel delitto di cui all'art. 572 consumato dall'ex partner in presenza di convivenza *more uxorio* poiché tali atti esulano, in considerazione di quelli che sono gli obiettivi di tutela posti dalla norma sui maltrattamenti, dal contesto propriamente familiare, e si ritiene preferibile applicare il reato di atti persecutori nella forma aggravata di cui al comma 2. Nonostante tale posizione sia da privilegiare, è possibile evidenziarne un profilo di criticità. Si deve sottolineare come tali condotte persecutorie, nella maggior parte dei casi, non siano altro che la continuazione della violenza domestica iniziata in costanza del rapporto coniugale od affettivo. E' questo il motivo per il quale vige un orientamento nella giurisprudenza di merito che tende ad escludere

il concorso e propende per l'assorbimento del reato di stalking realizzato dopo la cessazione della convivenza nel reato di maltrattamenti posto in essere in seno alla comunità familiare (o a questa assimilata), qualora la condotta vessatoria sia la prosecuzione di maltrattamenti iniziati in precedenza (62). Si tratta di un orientamento che, alla luce della riforma del 2013, è di difficile accoglimento dal momento che la pena edittale massima prevista nell'art. 572 è inferiore rispetto alla pena prevista per la fattispecie aggravata di stalking, rendendo così difficoltoso l'assorbimento dell'art. 612-bis c.2 nel reato di maltrattamenti, in virtù della clausola di sussidiarietà di cui al primo comma.

Ilenia Siccardi
Dottoranda di Ricerca in Diritto Penale
Università di Genova

Note:

- (1) D.I. n. 93/2013 convertito dalla legge n. 119/2013.
- (2) Cfr. in giurisprudenza, Cass., Sez. IV, 24 novembre 2011, n. 24575, in *Cass. pen.*, 2013, 1013; Cass., Sez. VI, 27 giugno 2008, n. 26571, in CED 241253; Cass., Sez. VI, 22 settembre 2003, n. 49109, *ivi*, 227719; in dottrina, F. Resta, *Stalking in famiglia? Sovrapposizioni e differenze tra atti persecutori e maltrattamenti in famiglia*, in *Giur. mer.*, 2012, 1920.
- (3) Cfr., Trib. Lecco, 15 luglio 2009, in *Corr. merito*, 2009, 128
- (4) Cfr. Cass., 22 settembre 2003, n. 49109, in *Cass. pen.*, 2005, 29; Cass., Sez. VI, 26 gennaio 1998, n. 282, in *Giust. pen.*, 1999, II, 443. La convivenza non rappresenta un presupposto della fattispecie criminosa in questione, e lo stato di separazione non esclude il reato di maltrattamenti qualora l'attività persecutoria incida su quei vincoli che, rimasti intatti a seguito del provvedimento giudiziario, pongono la parte offesa in posizione psicologica subordinata.
- (5) Cass., Sez. VI, 26 agosto 2008, n. 26571, in *Foro it.*, 2008, II, 546 ss. In questa pronuncia viene, altresì, escluso l'applicazione dell'art. 572 nel periodo in cui i coniugi coabitavano all'interno della medesima abitazione e durante la convivenza vigeva un dissidio coniugale caratterizzato da offese ed umiliazioni reciproche tali da non consentire la determinazione di un soggetto che maltratta ed uno che viene maltrattato. Nello stesso senso cfr. Cass., Sez. VI, 4 novembre 2008, n. 6490, in *Foro it.*, 2009, II, 39; Cass., Sez. VI, 12 marzo 2010, n. 25138, in *Dir. fam.*, 2011, 1, 128; Cass., Sez. V, 17 giugno 2010, n. 30601, in *www.iusexplorer.it*; Cass., Sez. VI, 22 settembre 2003, n. 49109, in *Cass. pen.*, 2005, 1, 62.
- (6) Cfr. Cass., Sez. VI, 21 gennaio 2009, n. 16658, in *Cass. pen.*, 2010, 2, 606, con nota di E. Lo Monte, *Art. 572 c.p.: maltrattamenti infrconiugali in ipotesi di interruzione della convivenza*. Le condotte poste in essere dal soggetto attivo qualificavano, nel caso di specie, una unitaria ed abituale condotta di stalking, caratterizzata da aggressioni fisiche e morali nei confronti della vittima del reato, tali da dar luogo ad una vera e propria "sindrome dell'assaltore assillante".
- (7) Era, dunque, esclusa la rilevanza del c. 2 dell'art. 612-bis nel caso di condotte persecutorie poste in essere nei confronti del coniuge, o del coniuge separato solo di fatto e di quelle compiute in costanza di rapporto affettivo. Cfr. sul punto F. Amato, *Con un atto di violenza grave scatta l'ammontamento*, in *Guida dir.*, 2013, fasc. 44, p. 82.
- (8) M. Binda, *Il nuovo reato di atti persecutori*, in A. Amore, (a cura di), *Stalking*, Roma, 2009, 45.
- (9) S. Tigano, *Atti persecutori e maltrattamenti nei confronti degli "ex"*, *cit.*, 350; M. Aramini, *Lo stalking: aspetti psicologici e fenomenologici*, in Aa. Vv., *Sessualità, diritto e processo*, a cura di G. Gullotta e S. Pezzati, Milano, 2002, 523.
- (10) Il trattamento sanzionatorio più severo è giustificato se ci poniamo nell'ottica esclusiva di tutela della vittima. Tuttavia, se si tra-

lasciasse tale punto di vista per collocarci nella diversa prospettiva dell'autore del fatto, la plausibilità politico-criminale dell'aggravamento di pena risulterebbe discutibile. Cfr. sul punto G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte Speciale*, vol. II, Tomo primo, *I delitti contro la persona*, IV ed., Bologna, 2013, 233; A. Cadoppi, P. Veneziani, *Delitti sessuali, delitti di osceno, disciplina penale della prostituzione, delitti di pedopornografia, stalking ed altri delitti contro la libertà morale*, Tomo I, XV ed., Padova, 2014, 239. Tali Autori ritengono che la tendenza a porre in essere atti persecutori al fine di recuperare un legame perduto potrebbe essere sintomo di una più attenuata colpevolezza e potrebbe, pertanto, al contrario a giustificare un trattamento penale più benevolo.

(11) Fra cui si rinvia al Modena Group on Stalking, *Donne vittime di stalking*, Milano, 2005.

(12) Ad essere più sovente vittime di persecuzioni sono le donne mentre gli stalkers appartengono generalmente al sesso maschile. Ciò non esclude che anche gli uomini possano essere sottoposti molestie da parte dell'altro sesso. Nei casi in cui i comportamenti molesti siano realizzati reciprocamente fra gli ex coniugi, la Cassazione ha stabilito che la circostanza la quale le condotte sono reciproche non esclude la configurabilità del delitto in questione, quando "si riscontri una posizione di ingiustificata predominanza di uno dei due contendenti, tale da dar luogo alla qualificabilità come persecutoria della condotta da lui posta in essere" (Cass., Sez. V, 5 febbraio 2010 n. 17698, in *Riv. pen.*, 2010, 730). Qualora ad essere perseguita fosse stata una persona diversa dall'ex coniuge al solo fine di arrecare fastidio in capo a quest'ultimo, si sarebbe potuto applicare il comma secondo. Infatti, sebbene l'incolumità messa in pericolo non sarebbe stata direttamente quella dell'ex coniuge, il destinatario delle ripercussioni psicologiche sarebbe stato proprio quest'ultimo.

(13) A. Merli, *Differenze e linee di continuità tra il reato di stalking e quello di maltrattamenti in famiglia dopo la modifica del secondo comma dell'art. 612-bis c.p. ad opera della legge c.d. sul femminicidio*, in *www.penalecontemporaneo.it* del 26 febbraio 2015. La mancata esplicita previsione del separato di fatto all'interno del comma secondo può portare a differenti considerazioni. La prima consiste nel fatto che il legislatore lo ha ricompreso nella figura della persona già legata da relazione affettiva alla persona offesa, ed in tal caso troverebbe applicazione il secondo comma di cui si tratta. La seconda, che il legislatore lo abbia considerato una persona della famiglia, rendo così applicabile l'art. 572. La terza, meno probabile, il frutto di una svista in sede di redazione della norma.

(14) Nell'ambito dell'esame del ddl AC 1440, la II Commissione della Camera dei Deputati si era espressa in modo favorevole circa la formulazione estensiva dell'aggravante. Quest'ultima faceva riferimento al fatto commesso dal coniuge anche se separato o divorziato o da persona che sia o sia stata legata da relazione affettiva alla persona offesa". In dottrina, A. Agnese, G. Pugliatti, *Gli atti persecutori (c.d. Stalking)*, in AA. VV., *Violenza sessuale e stalking, Commento al D.L. 23.02.2009 n.11 convertito con modifiche in L. 23.04.2009 n.38*, Forlì, 2009.

(15) Cfr. in tal senso, gli interventi degli On. Capano e Concia nella seduta del 28 novembre 2009 dell'Assemblea della Camera dei deputati. In tal senso, in giurisprudenza cfr. Trib. Lucera, 10 luglio 2009 e 10 giugno 2009, in *Giur. mer.*, 2010, 1376 ss.

(16) Intervento dell'On. Contento sull'emendamento 1.65, a sua prima firma; Assemblea della Camera dei deputati, seduta del 28 gennaio 2009.

(17) Sulla nozione di violenza domestica cfr. A. Merli, *Violenza di genere e femminicidio. Le norme penali di contrasto e la legge 119 del 2013 (c.d. Legge sul Femminicidio)*, Napoli, 2015, 30. Essa si caratterizza per l'esistenza di una relazione familiare o affettiva tra l'autore del reato ed il soggetto passivo, cioè per il fatto che l'autore della violenza è il partner intimo della vittima, o altro membro del gruppo familiare (inteso in senso ampio), indipendentemente da dove si manifesta e dalla forma che essa assume.

(18) A. Cadoppi-P. Veneziani, *Delitti sessuali, delitti di osceno, disciplina penale della prostituzione, delitti di pedopornografia, stalking ed altri delitti contro la libertà morale*, Tomo I, XV ed., Padova, 2014, 238-239.

(19) G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 233; Cfr., altresì, A. Cadoppi, *Atti persecutori: una normativa necessaria*, in *Guida dir.*, 2009, fasc. 19, 52; A. Sorgato, *Reati endofamiliari e contro soggetti deboli*, Torino, 2014, 204 ss.

(20) Trib. Cremona, 8 dicembre n. 766, in *www.iusexplorer.it*. Secondo tale pronuncia di merito, la clausola di riserva non opera qualora il reato più grave si identifichi, in concreto, solo con una frazione delle condotte poste in essere dallo stalker e sussumibili nella fattispecie di cui all'art. 612- bis, poiché in tali casi "la fattispecie più grave non è in grado di assorbire effettivamente il disvalore di quest'ultima".

(21) Cfr. Cass., Sez. VI, 24 novembre 2011, n. 24575, in *Dir. pen. cont.*, 20 luglio 2012, con nota di C. Minnella, *La Cassazione traccia la linea di confine tra il reato di maltrattamenti in famiglia e quello di stalking*.

(22) P. Cenci, *Il coniuge separato, il divorziato e l'ex convivente possono ritenersi persone di famiglia ai sensi dell'art. 572 c.p.*, in *Dir. fam. pers.*, 1997, 650; A. Merli, *Differenze e linee di continuità tra il reato di stalking e quello di maltrattamenti in famiglia*, cit., 17; S. Tigano, *Atti persecutori e maltrattamenti nei confronti degli ex*, cit., 251.

(23) Cass., 27 ottobre 1989, in *Cass. pen.*, 1991, 157; Cass., 26 gennaio 1998, ivi, 1999, 1803. La circostanza in relazione alla quale il coniuge separato possa essere soggetto passivo del reato di cui all'art. 572

(24) Di contrario avviso è F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, C. F. Grosso (a cura di) XVI ed., Milano, 2008, 536.

(25) Tale orientamento, vigente prima della novella del 2013, è attuale e dominante. Sul punto Cfr. Cass., Sez. VI, 7 maggio 2013, n. 22915, in *Dir. e giust. online*, 28 maggio 2013; Cass., Sez. III, 6 novembre 2012, n. 2328, ivi; Cass., Sez. VI, 21 gennaio 2009, n. 16658, in *Cass. pen.*, 2010; Cass., Sez. III, 20 gennaio 2010, n. 10643, in *www.iusexplorer.it*; Cass., Sez. V, 1° febbraio 1999, n. 3570, in CED 213515; Cass., Sez. VI, 27 giugno 2008, n. 26571, in CED 241253. Contra, Cass., Sez. VI, 29 aprile 1980, in *Cass. pen.*, 1981, 91 ss.

(26) Cass., Sez. VI, 7 maggio 2013 n. 22915, in *Guid. dir.*, 2013, fasc. 33, 76.

(27) Fin da principio, si è molto discusso su significato di tale espressione. Il mutamento dei costumi di vita, il superamento dei modelli di famiglia tradizionali, l'introduzione del divorzio e la completa equiparazione tra figli "legittimi" e figli "naturali", avvenuta a seguito del D. lgs. N. 154 del 28 dicembre 2013, hanno avallato una accezione ampia della nozione in questione. Ciò ha permesso di estendere la sfera di applicabilità della fattispecie in esame anche alle relazioni affettive basate su finalità di reciproca assistenza materiale e morale che però, non trovando riconoscimento nell'art. 29 della Costituzione, trovano riconoscimento in altri principi costituzionali quali la libertà, l'uguaglianza e la solidarietà. La giurisprudenza di legittimità si è orientata nel senso di accordare protezione a qualunque unione tendenzialmente stabile, ancorché non formalizzata, di natura affettiva e para-familiare, che si espliciti in una comunanza di vita e di interessi e nella reciproca assistenza morale e materiale, configurando la c.d. famiglia di fatto come modello idoneo a costituire una di quelle formazioni sociali che l'ordinamento costituzionale si impegna a riconoscere e garantire (art. 2 Cost.). Cfr. in giurisprudenza, tra le tante, Cass., 29 gennaio 2008, in *Riv. pen.*, 2008, 881; Cass., 24 gennaio 2007, in *Cass. pen.*, 2008, 2858; Cass., 16 giugno 1959, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, 582; Cass., 10 luglio 2001, *Dir. e giust.*, 2001, 38, 39; Cass., 1 dicembre 2000, in *Riv. pen.*, 2000, 771; Cass. 19 gennaio 2010, in *Dir. e giust.*, 2010, 129. In dottrina, Coppi, *Voce maltrattamenti*, cit. 242.; P. Pittaro, *Il controverso rilievo giuridico della famiglia di fatto nel diritto penale*, in *Fam e dir.*, 2010, 933.

(28) Cass., Sez. VI, 24 novembre 2011, in *Cass. pen.*, 2013, 2, 699.

(29) Ancora prima dell'entrata in vigore della legge n. 172/2012, la giu-

risprudenza affermava che il reato di maltrattamenti era configurabile in caso di convivenza *more uxorio*, pur limitandolo alle ipotesi in cui il rapporto di assistenza e solidarietà si fosse protratto per un apprezzabile periodo di tempo. In proposito, v. Cass., sez. I, 23 agosto 2012 n. 33234, in *www.iusexplorer.it*; nonché Cass., Sez. VI, 29 gennaio 2008 n. 20647, Battiloro, in *Cass. pen.*, 2009, 1983; Cass., Sez. VI, 24 gennaio 2007, n. 21329, Gatto, ivi, 2008, 2858 ss., con nota di S. Beltrani, *La (mutevole) rilevanza della famiglia di fatto nel diritto penale*.

(30) Per un approfondimento sul punto cfr. A. Merli, *Differenze e linee di continuità tra il reato di stalking e quello di maltrattamenti in famiglia*, cit., 16; S. Recchione, *Il decreto legge sul contrasto alla violenza di genere: una prima lettura*, in *www.penalecontemporaneo.it* del 15 settembre 2015.

(31) F. Resta, *Stalking in famiglia?*, cit. 1920 ss.

(32) Da alcune pronunce della Cassazione in tema di maltrattamenti emergerebbe un chiarimento sulla nozione di cui si tratta, intendendosi quelle "relazioni sentimentali con caratteristiche di stabilità e tendenziale definitività in modo da rendere evidente la sussistenza di una relazione affettiva interpersonale fondata su una duratura comunanza di vita e di interessi, assimilabile nei fatti ad un vero e proprio rapporto familiare" ovvero a quel rapporto affettivo che presenti "carattere di tendenziale stabilità, natura affettiva e parafamiliare, che si espliciti in una comunanza di vita e di interessi nella reciproca assistenza morale e materiale. (Cfr. Cass., Sez. IV, 27 giugno 2001, n. 35121, in *Cass. pen.*, 2002, 3818).

(33) F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *I delitti contro la persona*, V ed., Padova, 2013, 356.

(34) B. Romano, *612- bis*, in G. Bonilini, M. Confortini, *Codice penale ipertestuale*, IV ed., Torino, 2012, 2957; sul punto è opportuno segnalare due sentenze di merito, ossia Tribunale di Napoli, 30 giugno 2009 e Tribunale di Lucera, 10 luglio 2009 le quali, nel rispetto del principio di legalità, avevano negato l'applicabilità dell'aggravante in questione nel caso in cui la separazione tra autore e vittima aveva avuto una dimensione esclusivamente fattuale.

(35) F. Macri, *Le nuove norme sostanziali di contrasto con la violenza di genere*, in *Dir. pen e proc.*, 2009, 2719.

(36) È opportuno segnalare la recente approvazione da parte della Camera della c.d. Legge Cirinnà (d.d.l. C. 3634) che disciplina le convivenze di fatto e istituisce le unioni civili. Si tratta di una legge concernente la sfera del diritto civile, anche se non si possono escludere i molteplici effetti che essa produrrà anche nell'ambito penalistico. Con particolare riferimento all'art. 572 è da ritenere pacifico che tale disposizione, la quale già attualmente si applica in relazione al maltrattamento dei familiari e delle persone "comunque conviventi", sarà applicabile in relazione alle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. Per quanto concerne la fattispecie aggravata del delitto di atti persecutori già prima dell'approvazione della Cirinnà veniva applicata poiché tale disposizione contempla quale possibile vittima del reato aggravato la persona che è o è stata legata da relazione affettiva. Con la Cirinnà si estenderà l'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 612- bis c.2 al caso di realizzazione del fatto ai danni del coniuge (anche separato o divorziato). Cfr. G. L. Gatta, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze di fatto: i profili penalistici della Legge Cirinnà*, in *www.penalecontemporaneo.it* dell' 11 maggio 2016.

(37) A. M. Maugeri, *op cit.*, 254; S. Tigano, *Atti persecutori e maltrattamenti nei confronti degli ex*, cit., 350. In giurisprudenza cfr. Cass., Sez. III, 20 novembre 2013, n. 6384, in *Dir. e giust.*, 2014.

(38) G. Mazzi, *art. 612- bis*, in G. Lattanzi, - E. Lupo (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. VII, Milano, 2015, 943; G. Amato, *Pena più alta anche per il coniuge stalker convivente*, in *Guida dir.*, 2013, 44, 82.

(39) In tema di maltrattamenti in famiglia, A. Manna, *Le caratteristiche generali della tutela penale della famiglia*, in A.A.V.V., *Trattato di diritto di famiglia*, a cura di G. Ferrando, Bologna, 2008, 121 ss.

(40) Cass., Sez. VI, 3 luglio 2013, n. 28603, in *www.iusexplorer.it*. Al

fine di estendere la tutela prevista dall'art. 572 ai conviventi, la giurisprudenza richiede che tra il soggetto attivo del reato e la vittima debba sussistere "un progetto di vita basato sulla reciproca solidarietà ed assistenza, a prescindere dall'esistenza di un atto che lo formalizzi".

(41) Cass., Sez. V, 6 marzo 2013 n. 19545, in *Dir e giust. online*, 8 maggio 2013 con nota di C. Minnella, *Se è cessato il vincolo familiare è solo stalking*.

(42) A. Merli, *Violenza di Genere e femminicidio. Le norme penali di contrasto e la legge 119 del 2013*, cit., 128.

(43) Cass., Sez. VI, 8 luglio 2014, n. 33882, in *iusexplorer.it*; nonché Cass., Sez. VI, 13 novembre 2012, n. 7369, in CED 254026; Cass., Sez. VI, 27 giugno 2008, n. 26571, in CED 24123; Cass., Sez. VI, 22 settembre 2003, n. 49109, in CED 227719; Trib. Caltanissetta, 4 gennaio 2010, in *Foro.it.*, 2010, II, 214; GIP Trib. Milano, 7 aprile 2009, in *Foro ambrosiano*, 2009, 277.

(44) Cass., Sez. VI, 7 maggio 2013, n. 22915., in *Guid. dir.*, 2013, fasc. 33, 76. Anche con il divorzio, a differenza della separazione legale o di fatto, si determina la cessazione definitiva del legame familiare.

(45) F. Viganò, *Il delitto di atti persecutori*, in G. Marinucci - E. Dolcini, *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. X, *I delitti contro la persona: libertà personale, sessuale e morale, domicilio e segreti*, Padova, 2015, 683.

(46) Tale criterio avrebbe rivestito una notevole importanza visto il differente regime di procedibilità. Infatti, lo stalking, nella forma aggravata del c.2, è punibile a querela della persona offesa, a differenza del delitto di maltrattamenti contro i familiari ed i conviventi. A. Merli, *Differenze e linee di continuità tra il reato di stalking e quello di maltrattamenti in famiglia*, cit., 16; S. Recchione, *Il decreto legge sul contrasto alla violenza di genere: una prima lettura*, in *www.penalecontemporaneo.it*, del 15 settembre 2015.

(47) In tema di reato continuato, v. G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed. Bologna, 2014, 673-674. Vedi anche Cass., Sez. Un., 26 novembre 1997 n. 15, Varnelli, in Riv. pen., 1998, 251; Cass., Sez. Un., 12 ottobre 1993, Cassata, in *Mass. pen. Cass.*, 1994, 2, 75. Cass., Sez. I, 3 luglio 2014, n. 34148; Cass., Sez. Un., 28 febbraio 2013, n. 25939, in *Cass. pen.*, 2014, 2, 467; Cass., Sez. Un., 27 novembre 2008, n. 3286, in *Foro it.* 2009, 7-8, II, 382; Cass., Sez. I, 15 giugno 2010, n. 24838, in *Cass. pen.* 2011, 6, 2252; Cass., Sez. I, 5 febbraio 2009, n. 9828, in *Cass. pen.* 2010, 5, 1837; Cass., Sez. Un., 27 marzo 1992, n. 4901, in *Foro it.*, 1992, II, 409.

(48) Cass., Sez. Un., 19 giugno 1982, n. 9559, in *Giur.it.*, 1983, II, 314. In dottrina, T. Padovani, *Diritto penale*, IX ed, Milano, 2008, 387; Mantovani, *Principi di diritto penale*, II ed, Padova, 2007, 252 ss.

(49) F. Macri, *Modifiche alla disciplina delle circostanze aggravanti dell'omicidio e nuovo delitto di "Atti persecutori"*, in *Dir. pen e proc.*, 2009, 816 ss.

(50) R. Bricchetti - L. Pistorelli, *Detenzione a vita se il soggetto muore*, in *Guida dir.*, 2009, fasc. 10, 42.

(51) La questione è stata risolta in sede di conversione parlamentare operata dalla legge 38/2009, la quale ha stabilito che l'autore, ma anche la vittima dell'omicidio e dello stalking devono coincidere.

(52) In attesa di pronunce giurisprudenziali chiarificatrici sul punto, alcuni Autori ritengono applicabile l'aggravante in questione solo qualora l'omicidio rappresenti l'esito finale del delitto di atti persecutori, escludendola quando l'omicidio si verifichi per ragioni diverse dalle condotte persecutorie. Sul punto cfr. E. Dolcini, G. L. Gatta, *Codice penale commentato*, Vol. III, IV ed., Milano, 2015, 2883; P. Pit-

taro, *Introdotta la disciplina penale dello stalking dalle misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, in *Fam. e dir.*, 2009, 659, 35; A. Valsecchi, *Il delitto di atti persecutori (il c.d. stalking)*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2009, 229, 42.

(53) Secondo autorevole dottrina, la condotta omicida "deve costituire il punto di arrivo, lo sviluppo finale della progressiva condotta persecutoria, poiché ciò si desume non solo dai lavori preparatori, ma anche dalla stessa ratio di tale aggravante, in quanto costituirebbe, inammissibilmente, mera occasione per colpire un tipo di autore e non un soggetto che, in questa escalation persecutoria, non si è fermato neppure di fronte all'omicidio". F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 106.

(54) Nello stesso senso, Cass., Sez. V., 19 settembre 2013, n. 38690, in CED 257091.

(55) Il principio sovra esposto era già stato affermato con particolare riferimento all'aggravante prevista nell'art. 61 c.1 n.2 (aggravante della connessione teleologica), Cass., Sez. II, 21 agosto 2012, in CED 253166; Cass., Sez. IV, 29 settembre 2003 n. 36971, ivi, 226375; Cass., Sez. V, 10 novembre 2000, n.11497, in *Cass. pen.*, 2002, 226; Cass., Sez. I, 11 novembre 1991, n. 3819, ivi, 93818; Cass., 3 ottobre 1979, in *Giust. pen.*, 1980, II, 414.

(56) Cfr. Cass., Sez. I, 14 maggio 2008, n. 21329 in *Cass. pen.* 2009, 2913; Cass., Sez. I, 8 aprile 2003, n. 16578, in *www.iusexplorer.it*. In dottrina, F. Coppi, *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia, 1979, 298.

(57) In riferimento al principio dell'assorbimento nel delitto di omicidio in presenza dell'aggravante di cui all'art. 576 c.1 n.5 cfr. *Cass.*, Sez. I, 10 febbraio 1992, n. 4690, in *Cass. pen.*, 1993, 1435; *Cass.*, 11 dicembre 1972, in *Giust. pen.*, 73, II, 417.

(58) Sul punto cfr. L. Tarasco, *Maltrattamenti in famiglia o verso conviventi: prospettive di "ulteriore" riforma*, in *Dir. pen e proc.*, 2015, 78 ss.; G. Pavich, *Luci e ombre nel "nuovo volto" del delitto di maltrattamenti*, in *www.penalecontemporaneo.it* del 9 novembre 2012. L'A. sottolinea la difficoltà di accertamento dell'elemento psicologico e di quello causale proiettati sull'evento morte, che potrebbe integrare il delitto di omicidio volontario oppure l'evento che aggrava il delitto di maltrattamenti. Cfr. altresì, G..D. Pisapia, *voce Maltrattamenti in famiglia*, in *Dig. dir. pen.*, Vol. VII, Torino, 1993, 526-527; M. Mazza, *Voce Maltrattamenti ed abuso dei mezzi di correzione*, in *Enc. Giur. Treccani*, Vol. XIX, 1990, 7; A. Anceschi, *La violenza familiare. Aspetti penali, civili e criminologici*, 2009, cit. 23. Cfr. F. Coppi, *Maltrattamenti in famiglia*, cit., 263. In giurisprudenza, *Cass.*, Sez. VI, 5 ottobre 2009, n. 44492, in *Cass. pen.*, 2010, 2707. Per rilievi critici sulla formulazione della circostanza di cui all'art. 576 c., n. 5 cfr., C. Cassani, *La nuova disciplina dei maltrattamenti contro i familiari e conviventi. Spunti di riflessione*, in *Arch. pen.*, 2013, n. 3, 6 ss.

(59) In tal caso si tratta di un reato complesso, ex art. 84 c.p., per cui i maltrattamenti, pur costituendo di per sè reato, configurano una circostanza aggravante dell'omicidio. In questo senso, S. Tigano, *Atti persecutori e maltrattamenti nei confronti degli "ex": dall'introduzione della fattispecie di stalking alla legge n. 72 del 2012*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2013, 365.

(60) M. V. Feraco, in *Osservazioni a Cass. pen. 24 novembre 2011*, n. 24575, in *Cass. pen.*, 2013, 3, 1053.

(61) Nel senso del concorso tra i due reati, Trib. Napoli, 30 giugno 2009, Trib. Lucca, 10 luglio 2009.

(62) Trib. Caltanissetta, 4 gennaio 2010, in *Foro it.*, 2010, II, p. 214; Trib. Termini Imerese Ufficio GIP, ord. 24 ottobre 2011, in *www.penalecontemporaneo.it* del 23 aprile 2012.

Massime

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 11 gennaio 2016 - Giudice Levrero.

CIRCOSTANZE DEL REATO - delitti contro il patrimonio - aggravante - esposizione a pubblica fede - sorveglianza sul bene - necessità custodia continua - esclusione.

(artt. 625 n. 7 e 635 c. 2 c.p.)

L'aggravante di cui all'art. 625 n. 7, relativa all'esposizione del bene per necessità, per consuetudine o per destinazione alla pubblica fede, richiamata dall'art. 635 comma 2, n. 3 c.p., (n.d.e. oggi prevista dall'art. 625 c. 2 a seguito della modifica introdotta dal D.L.vo 7/2016) può essere esclusa da una sorveglianza esercitata sul bene solo se questa formi oggetto di una diretta e continua custodia da parte del proprietario o di persona addetta.

M.CIR.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 12 gennaio 2016 - Giudice Rizzo.

DELITTI contro il patrimonio - furto - esercizio commerciale - aggravante del mezzo fraudolento - ratio - aggiramento dei mezzi di tutela approntati dal possessore - indice di efficienza offensiva - quid pluris rispetto agli ordinari mezzi di sottrazione dei beni - occultamento sulla persona dei beni - aggravante mezzo fraudolento - insussistenza.

(Artt. 624, 625 n. 2 c.p.)

Circa l'aggravante di cui all'art. 625 n. 2 c.p., si rileva che la condotta fraudolenta individua un tratto specializzante rispetto alle modalità ordinarie di consumazione del reato, costituito da una maggiore gravità a causa delle peculiari modalità con le quali vengono aggirati i mezzi di tutela apprestati dal possessore. Pertanto detta aggravante presuppone una condotta, posta in essere nel corso dell'iter criminoso, dotata di marcata efficienza offensiva e caratterizzata da insidiosità, astuzia e scaltrezza, volta a sorprendere la contraria volontà del detentore ed a vanificare le difese che questi ha apprestato alla cosa. Tale insidiosa marcata efficienza offensiva non si configura nel mero occultamento sulla persona o nella borsa di merce esposta in un esercizio di vendita a self service, trattandosi di banale, ordinario accorgimento che non vulnera in modo apprezzabile le difese apprestate a difesa del bene.

CR.BR.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 11 gennaio 2016 - Giudice Cruciolì.

DELITTI contro il patrimonio mediante frode - appropriazione indebita - possesso legittimo - termine - scadenza - perdita legittimità del possesso - elemento oggettivo reato - coscienza e volontà del possesso non più legittimo - elemento soggettivo.

(art. 646 c.p.)

L'elemento soggettivo del reato di appropriazione indebita consiste nella coscienza e volontà di appropriarsi del denaro o della cosa mobile altrui, che si possiede a qualsiasi titolo senza averne diritto, ed allo scopo di trarre per sé o per altri una qualsiasi illegittima utilità.

Il rifiuto ingiustificato della restituzione della cosa dopo la scadenza del termine che ne legittima il possesso rende manifesta l'esistenza sia dell'elemento oggettivo, per il venir meno della legittimità del possesso, sia di quello soggettivo evidenziando la volontà del possessore di invertire il titolo del possesso per trarre dalla cosa stessa un ingiusto profitto.

S.LIG.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 12 gennaio 2016 - Giudice Staricco.

DELITTI contro la fede pubblica - introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi - bene giuridico - pubblica fede - reato di pericolo - grossolanità della contraffazione - reato impossibile - insussistenza.

(Art. 474 c.p.)

CONCORSO di reati - introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi - ricettazione - diversità dei beni giuridici - inconfigurabilità di un rapporto di specialità - concorso.

(Artt. 474 e 648 c.p.)

DELITTI contro il patrimonio - ricettazione - reato pluri-offensivo - accertamento del dolo.

(Art. 648 c.p.)

L'art. 474 c.p. tutela la pubblica fede intesa come l'affidamento dei cittadini nei marchi e segni distintivi. Integra il delitto di cui all'art. 474 c.p. (introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi) la detenzione per la vendita di prodotti recanti marchio contraffatto; né, a tal fine, ha rilievo la configurabilità della cosiddetta contraffazione grossolana, considerato che l'art. 474 c.p. tutela, in via principale e diretta, non già la libera determinazione dell'acquirente, ma la pubblica fede, intesa come affidamento dei cittadini nei marchi o segni distintivi, che individuano le opere dell'ingegno e i prodotti industriali e ne garantiscono la circolazione; si tratta, pertanto, di un reato di pericolo, per la cui configurazione non occorre la realizzazione dell'inganno e nemmeno ricorre l'ipotesi del reato impossibile qualora la grossolanità della contraffazione e le condizioni di vendita siano tali da escludere la possibilità che gli acquirenti siano tratti in inganno.

La diversità di beni giuridici protetti fa sì che il delitto di cui all'art. 474 C.P. possa concorrere con il reato di cui all'art. 648 c.p., che punisce l'acquisto o ricezione di materiale proveniente da reato. Il delitto di ricettazione e quello di commercio di prodotti con segni falsi possono concorrere, atteso che le fattispecie descrivono condotte diverse sotto il profilo strutturale e cronologico, tra le quali non può configurarsi un rapporto di specialità, e che non risulta dal sistema una diversa volontà espressa o implicita del legislatore.

Il reato di ricettazione viene considerato un reato plurioffensivo, in quanto l'interesse tutelato ricomprende non solo il patrimonio, ma anche l'amministrazione della giustizia. Infatti attraverso la ricettazione, da un lato si protrae la lesione del patrocinio creata con la consumazione del delitto presupposto, dall'altro si verifica una dispersione dei beni di provenienza illecita idonea a creare un ostacolo all'opera dell'Autorità finalizzata ad accertare i reati presupposti. In sostanza, l'incriminazione mira ad impedire che, verificatosi un delitto, persone diverse da coloro che lo hanno commesso si interessino delle cose provenienti dal delitto. L'art. 648 c.p. punisce chi acquista, riceve, occulta ecc. beni di provenienza illecita per cui presuppone pertanto sempre la commissione di un altro reato, che per questo viene definito delitto presupposto. L'accertamento del dolo nel reato di ricettazione può basarsi anche su elementi indiretti, come il comportamento successivo dell'imputato, il tenore delle sue dichiarazioni, eventuali giustificazioni non plausibili. Si è ritenuto provato il dolo quando i sospetti in ordine alla legittimità dell'origine fossero gravi ed univoci o addirittura quando l'imputato si rifiutasse di rispondere sulla provenienza della cosa in quanto tale comportamento non è esente da incertezze e ambiguità.

PA.PITT.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 11 gennaio 2016 - Giudice Vaccara.

DELITTI contro la libertà morale - violenza privata - coscienza e volontà di coartare direttamente o indirettamente, la libertà di volere o di agire del soggetto passivo - parcheggio auto in passo carrabile - prova elemento soggettivo - carenza - reato - sussistenza.

(Art. 610 c.p.)

Il delitto di violenza privata tende a garantire la libertà psichica dell'individuo e si realizza quando l'agente, con il suo comportamento violento e intimidatorio, eserciti una coartazione diretta o indiretta, sulla libertà di volere o di agire del soggetto passivo, in modo da costringerlo a una certa azione, tolleranza od omissione.

L'elemento soggettivo di tale reato è il dolo generico, ossia la coscienza e volontà di costringere altri, mediante violenza o minaccia, a fare, tollerare od omettere qualcosa.

Qualora non sia provata la sussistenza di tale elemento psicologico, non si potrà pervenire, pertanto, ad una pronuncia di responsabilità penale dell'imputato.

[Nel caso di specie, l'imputato aveva parcheggiato la propria vettura dinanzi a un passo carrabile di un esercizio commerciale, ma il giudice, non ritenendo provato l'elemento soggettivo del reato ha pronunciato una sentenza assolutoria nei suoi confronti].

S.LIG.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 11 gennaio 2016 - Giudice Cruciolì.

DELITTI contro la persona - delitti contro l'onore - diffamazione - diffamazione aggravata - integrazione del reato - divulgazione di comportamenti che siano suscettibili di incontrare la riprovazione della communis opinio - elemento soggettivo - dolo generico - uso consapevole di parole ed espressioni socialmente interpretabili come offensive - diffusione di un messaggio diffamatorio attraverso la bacheca "facebook" - sussistenza.

(Art. 595, c. 3, c.p.)

QUERELA - efficacia della querela - legittimazione alla presentazione della querela da parte di un ente collettivo.

(Art. 120 c.p.)

SCRIMINANTI - diritto di critica - requisito della verità - limite della continenza - presupposti - critica politica.

(Art. 595 c.p.)

Integra la lesione della reputazione altrui non solo l'attribuzione di un fatto illecito, perché posto in essere contro il divieto imposto da norme giuridiche, assistite o meno da sanzione, ma anche la divulgazione di comportamenti che, alla luce dei canoni etici condivisi dalla generalità dei consociati, siano suscettibili di incontrare la riprovazione della communis opinio. Ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo è sufficiente il dolo generico, che può anche assumere la forma del dolo eventuale, e che comunque implica l'uso consapevole, da parte dell'agente, di parole ed espressioni socialmente interpretabili come offensive, ossia adoperate in base al significato che esse vengono oggettivamente ad assumere. La diffusione di un messaggio diffamatorio attraverso l'uso di una bacheca "facebook" integra un'ipotesi di diffamazione aggravata ai sensi dell'art. 595, comma terzo, c.p., poiché trattasi di condotta potenzialmente capace di raggiungere un numero indeterminato o comunque quantitativamente apprezzabile di persone.

La querela priva dell'enunciazione formale della fonte dei poteri di rappresentanza conferiti al legale rappresentante della persona giuridica non è nulla, in quanto la sua inefficacia consegue solo alla mancanza di un effettivo rapporto fra il querelante e l'ente. Le espressioni denigratorie dirette nei confronti di singoli appartenenti ad un'associazione o istituzione possono, al contempo, aggredire anche l'onorabilità dell'entità collettiva cui essi appartengono, entità alla quale, conseguentemente, anche compete la legittimazione ad assumere la qualità di soggetto passivo di delitti contro l'onore. Ne consegue che, quando l'offesa assume carattere diffusivo (nel senso che essa viene ad incidere sulla considerazione di cui l'ente gode nella collettività), detto ente, al pari dei singoli soggetti offesi, è legittimato alla presentazione della querela e alla successiva costituzione di parte civile e ad esso compete eventualmente la facoltà di proporre impugnazione nelle ipotesi particolari previste dall'art. 577 c.p.p.

In materia di diritto di critica, si è stabilito che, pur assumendo il requisito della verità del fatto un rilievo affievolito rispetto alla diversa incidenza che esso svolge sul versante del diritto di cronaca, è tuttavia indispensabile che sia rispettato un nucleo di veridicità, posto che nessuna interpretazione soggettiva, che sia fonte di discredito per la persona che ne è investita, può ritenersi rapportabile al lecito esercizio del diritto di critica, quando tragga le sue premesse da una prospettazione dei fatti opposta alla verità. Quanto al limite della continenza, si è riconosciuto che la critica può anche tradursi nell'uso di espressioni oggettivamente offensive della reputazione altrui, che tuttavia non trova giustificazione allorché trascodi in una vera e propria aggressione verbale del soggetto criticato, risolvendosi nell'uso di espressioni gravemente infamanti e inutilmente umilianti.

Non qualifica come "critica politica" una qualunque affermazione volgare o aggressiva sol perché chi la proferisce afferma di essere un "politico" o si è fatto ritrarre una o più volte con esponenti di un qualche partito politico. Anche la critica politica non esime l'autore delle frasi dal mantenersi entro ben determinati limiti, non potendo certamente la "politica" essere utilizzata per aggredire in modo volgare, violento e ingiurioso gli avversari o anche solo gli antagonisti.

PA.PITT.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 7 gennaio 2016 - Giudice Carpanini.

DELITTI contro l'autorità delle decisioni giudiziarie - favoreggiamento personale - reato di pericolo - conseguimento dell'intento di elusione delle investigazioni - non necessario.

(Art. 378 c.p.)

Poiché il favoreggiamento è un reato di pericolo, non occorre, per la sua consumazione, che la condotta favoreggiatrice abbia conseguito l'intento di eludere le investigazioni difensive.

Come infatti riconosciuto dalla costante giurisprudenza della Corte di Cassazione (ex pluris Cass. Pen., Sez. VI, n. 28426 del 2013), commette tale delitto il soggetto escusso dalla polizia giudiziaria che neghi la conoscenza di fatti a lui noti, anche se si tratta di circostanze che la medesima polizia aveva già accertato grazie ad altre fonti di prova.

[Nel caso di specie l'imputato è stato condannato poiché con le sue dichiarazioni aveva la chiara intenzione di aiutare un soggetto ad eludere le indagini dei Carabinieri in ordine al reato di spaccio che aveva appena commesso e sarebbe riuscito nell'intento se la scena della cessione non fosse stata chiaramente percepita anche dalle Forze dell'ordine a pochissimi metri di distanza].

S.LIG.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 11 gennaio 2016 - Giudice Boccaccio.

DELITTO tentato - prossimità logica e cronologica rispetto alla consumazione - necessità - capacità causale - giudizio prognostico ex ante.

(Art. 56 c.p.)

Perché si abbia tentativo punibile è necessaria la sussistenza di una prossimità logica e cronologica rispetto alla consumazione del reato; infatti l'idoneità di un atto criminoso consiste nella sua capacità causale, cioè nella sua suscettibilità a produrre l'evento che rende consumato il delitto voluto; occorre dunque svolgere un giudizio prognostico ex ante tenendo conto delle circostanze in cui opera l'agente e delle modalità dell'azione in modo da determinare la reale adeguatezza causale e l'attitudine a creare una situazione di pericolo attuale e concreto di lesione del bene protetto dalla norma incriminatrice: l'azione è inidonea solo se in assoluto e con valutazione ex ante difetti intrinsecamente di qualsiasi efficacia causale, senza tener conto delle circostanze impreviste.

M.CIR.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 8 gennaio 2016 - Giudice Vinelli.

FAMIGLIA - disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli - violazione di obblighi di natura economica - reato formale - mera omissione di quanto previsto in sede giudiziale - sufficienza - riduzione dell'assegno per il mantenimento del figlio minore - istanza per la modifica delle condizioni di separazione - necessità.

(Art. 3, Legge n. 54/2006 - art. 12 sexies, Legge n. 898/1970)

La violazione degli obblighi di natura economica previsti dall'art. 3 della Legge n. 54/2009, è un reato formale che si realizza

con la mera omissione di quanto previsto in sede giudiziale e non può ritenersi insussistente a fronte di semplici difficoltà economiche, essendo invece necessaria, a tal fine, una totale indigenza tale da comportare una assoluta incapacità di adempiere.

Non è, inoltre, possibile, per l'importanza degli interessi coinvolti, ridurre autonomamente la misura dell'assegno in considerazione dell'insorgere di mere difficoltà economiche. Queste ultime possono giustificare però, eventualmente, la richiesta di modifica, in tal senso, delle condizioni di separazione e, solo a seguito dell'esito positivo di tale ricorso sarà consentita la riduzione della misura del mantenimento.

Integra, pertanto, il reato di violazione degli obblighi di natura economica il costante versamento dell'assegno in misura sensibilmente ridotta o il versamento a singhiozzo, tale da non garantire ai figli la continuità necessaria a garantirne il mantenimento.

S.LIG.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 8 gennaio 2016 - Giudice Vignola.

PROCEDIBILITÀ - condizioni - lesioni personali - procedibilità d'ufficio in ragione della connessione con il reato di maltrattamenti in famiglia - assoluzione per tale reato - procedibilità a querela del reato di lesioni - mancanza di querela - improcedibilità.

(artt. 572; 582, 585 c.p.)

La procedibilità d'ufficio del reato di lesioni, determinata dalla connessione con il reato di maltrattamenti in famiglia, viene meno qualora vi sia pronuncia assolutoria in ordine a tale fattispecie, con la conseguenza che il reato di lesioni personali torna ad essere perseguibile a querela; pertanto, laddove la querela non sia stata presentata, il reato non potrà essere perseguito.

S.LIG.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 19 febbraio 2016 - Giudice Vinelli.

PROVA - valutazione della prova - testimonianza della sola persona offesa - criteri valutazione - credibilità soggettiva - attendibilità intrinseca - individuabilità iter logico-giuridico della valutazione.

(art. 192 c.p.p.)

Le dichiarazioni rese dalla parte offesa costituita parte civile possono da sole, senza la necessità di riscontri estrinseci, essere poste a fondamento dell'affermazione di responsabilità penale dell'imputato previa verifica corredata da idonea motivazione della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto che peraltro deve in tale caso essere più penetrante e rigoroso rispetto a quella di cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone. A tale fine è necessario che il Giudice indichi le emergenze processuali determinanti per la formazione del suo convincimento consentendo così l'individuazione dell'iter logico-giuridico che ha condotto alla soluzione adottata.

M.CIR.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 11 gennaio 2016 - Giudice Levrero.

QUERELA - remissione di querela - accettazione tacita

- mancata presentazione in udienza del querelato - previo avviso della remissione - sussistenza.

(art. 152 e ss. c.p.p.)

L'omessa comparizione in udienza del querelato, posto a conoscenza della remissione della querela o posto in grado di conoscerla, integra, ex art. 155, c. 1 c.p., la mancanza di ricusa idonea a legittimare la pronuncia di estinzione del reato.

M.CIR.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 12 gennaio 2016 - Giudice Rizzo

REATI contro il patrimonio - ricettazione - elemento soggettivo - consapevolezza della non originalità della merce - insussistenza.

(Art. 648 c.p.)

Non deve ritenersi sussistente l'elemento soggettivo del reato di ricettazione quando non appare dimostrata la consapevolezza della non originalità della merce, né sono evidenti i motivi per i quali l'imputata avrebbe dovuto dubitare della legittima provenienza della merce.

PA.PITT.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 11 gennaio 2016 - Giudice Carpanini.

REATI contro l'amministrazione della giustizia - mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice - condotta - elusione del provvedimento cautelare - necessità - mera violazione obblighi custodia - assenza condotta elusiva - reato - insussistenza.

(Art. 388 c.p.)

La mera mancata presentazione del rendiconto non pare realizzare la condotta descritta dal comma 2 dell'art. 388 c.p. che presuppone "l'elusione" del provvedimento cautelare e non una qualsiasi violazione degli obblighi che incombono sul custode.

PA.PITT.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 11 gennaio 2016 - Giudice Boccaccio.

STUPEFACENTI - detenzione illecita di sostanze stupefacenti - distinzione tra uso personale e fine di spaccio - criteri ed elementi di valutazione - luogo dei fatti - quantità - confezionamento - denaro - stato di tossicodipendenza.

(Art. 73 DPR 309/90)

VALUTAZIONE della prova - indizio - criteri intrinseci - certezza e univocità - criterio estrinseco - concordanza.

(Art. 192 c.p.p.)

Il fine di cessione va accertato tenendo conto del luogo ove sono avvenuti i fatti, della quantità di sostanza reperita addosso all'imputato, del confezionamento della stessa, della somma di denaro nella disponibilità del prevenuto, di cui lo stesso non ha saputo fornire valida spiegazione. Lo stato di tossicodipendenza risultante dalla certificazione del Sert, non esclude che parte della sostanza fosse destinata all'attività di spaccio, essendo noto che spesso le due qualità di assuntore e spacciatore coesistono in capo allo stesso soggetto. In tema di sostanze stupefacenti, sebbene, il solo dato ponderale dello stupefacente rinvenuto

e l'eventuale superamento dei limiti tabellari di cui all'art. 73 bis comma 1 DPR 309/90 non determini alcuna presunzione di destinazione della droga a uso non personale, il Giudice deve valutare globalmente il dato quantitativo, che acquista maggiore rilevanza indiziaria al crescere del numero delle dosi ricavabili, le modalità di presentazione e le altre circostanze dell'azione.

L'indizio come circostanza di fatto nota e certa da cui possa trarsi la prova dell'esistenza di un fatto non noto da provare, può essere utilizzato dal giudice solo a condizione che risponda ai canonici tre requisiti della "certezza, univocità, concordanza", i primi due intrinseci, nel senso che debbono essere posseduti dalla circostanza nota, dalla cognizione della quale si intende inferire la verifica del fatto ignoto, mentre il terzo è sicuramente estrinseco, nel senso che la concordanza va misurata con gli altri indizi, dato che tutti debbono convergere verso lo stesso risultato euristico. In conclusione, se un'ipotesi rappresenta l'unica spiegazione possibile ed immaginabile di fatti storicamente accertati, essa cessa di essere qualificabile ipotesi e diventa certezza processuale.

CR.BR.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 12 febbraio 2016 - Giudice Vinelli.

TENUITÀ del fatto - furto in esercizio commerciale - modesto valore della merce sottratta - condizione indigenza autore del fatto - movente - applicabilità.

(Art. 131bis c.p. in relazione all'art. 624 c.p.)

Ai fini dell'applicazione dell'art. 131bis c.p. occorre rilevare che il reato contestato rientra per limiti edittali nel campo applicativo dell'art. 131bis c.p., l'imputata è incensurata e verte in precarie condizioni economiche, il valore della merce era modesto (scarpe da euro 30), il movente del furto riferito dall'imputata (voler regalare le scarpe alla madre, che ne era priva di adatte per la prima comunione della nipotina) appare compatibile con le circostanze emerse (età della nipotina, periodo in cui era avvenuto il furto ossia a maggio).

CR.BR.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 8 gennaio 2015 - Giudice Vaccara.

TENUITÀ del fatto - incensuratezza - occasionalità - assoluzione.

(Art. 131 bis c.p.)

Deve assolversi per particolare tenuità del fatto il soggetto incensurato, che ha commesso il fatto (reato istantaneo non complesso) in modo del tutto occasionale senza alcuna reiterazione.

PA.PITT.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 11 gennaio 2016 - Giudice Staricco.

TENUITÀ del fatto - introduzione di artifici pirotecnici allo stadio - natura degli artifici sequestrati - libera vendita - condizioni soggettive autori del reato - applicabilità.

(Art. 131bis c.p. in relazione all'art. 6ter Legge 401/1989)

Ai fini dell'applicazione dell'art. 131bis c.p. occorre rilevare come gli imputati, sorpresi ad entrare allo stadio in occasione di una partita di calcio con fumogeni e torce, non abbiano precedenti penali rilevanti, non siano stati in precedenza segnalati per fatti simili, gli oggetti non siano

stati accesi e siano stati sequestrati prima dell'ingresso allo stadio durante le operazioni di filtraggio e siano di libera vendita presso qualunque negozio di nautica in quanto non intrinsecamente pericolosi.

CR.BR.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 4 marzo 2016 - Giudice Deplano.

TENUITÀ del fatto - istituto previsto dall'art. 131 bis C.P. - reati competenza giudice di pace - inapplicabilità - istituto di cui art. 34 D.Lvo n. 274/2000 - applicabilità.

(art. 131 bis c.p., art. 34 D.Lvo n. 74/2000)

Non è applicabile nei procedimenti di competenza del Giudice di Pace l'art. 131 bis c.p. poiché in essi si applica l'istituto specifico di cui all'art. 34 D.Lvo 74 del 2000.

M.CIR.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 16 febbraio 2016 - Giudice Vinelli.

VALUTAZIONE della prova - testimonianza della persona offesa costituita parte - credibilità soggettiva e attendibilità intrinseca - necessità - riscontri estrinseci - non necessità.

(Art. 192 c.p.p.)

Le dichiarazioni rese dalla persona offesa costituita parte civile possono da sole, senza la necessità di riscontri estrinseci, essere poste a fondamento dell'affermazione di responsabilità penale dell'imputato previa verifica corredata da idonea motivazione della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto che peraltro deve in tal caso essere più penetrante e rigoroso rispetto a quella di cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone.

CR.BR.