

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 Vigiotti, Stefano Andrea Vignolo (ST.VGN.)

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

Sezione di diritto tributario:
Antonio Lovisolò

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

Collaborano

Sezione di diritto civile:
Alessio Abbene (AL.AB.), Federico Amore (F.A.), Marco Baghino (M.BAG.), Francesca Bagnasco (F.BGN.), Stefano Baldissin (S.BL.), Francesca Bartolini (F.BART.), Giulia Bastianelli Naticchi (G.B.N.), Alexander Becroft (A.BEE.), Massimo Benoit Torsoglio (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 Fatta (C.F.), Andrea Ferreccio (A.FRC.), Francesca Florino, Alessandro Fontana (A.F.), Cesare Fossati, Stella Frascà (ST.FR.), Serafina Funaro (SE.F.), Francesco Gaeta (F.G.), Barbara Gambaro (BA.GMB.), Matteo Gamenara (M.GA.), Stefano Garbarino (S.GARB.), Laura Garibbo (L.GRB.), Paola Gatti (PA.GAT.), Andrea Gegoli (A.GE.), Chiara Gianelli (C.GIA.), Vittorio Grasso (V.GR.), Christian Graziano (C.GRA.), Marco Grimani (MA.GRI.), Luca Guerrini (LU.GRR.), Silvia Guglielminetti, Giuseppe Inglese (G.ING.), Viviana Isola, Paola M. Ivaldi (P.M.I.), Andrea La Mattina (A.LA.M.), Walter Laganà (W.L.), Tiziana Landi (TZ.LND.), Elena Lanzi, Anita Lipo-

race (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.), Federico Dottori, 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.), Andrea Machiavello (A.M.), Claudia Nouvion (C.N.), Caterina Oliva, Roberta Pera (R.P.), Alessandra Piccardo (A.P.), Agnese Querci (A.Q.), Lorenzo Ugolini (L.U.), Andrea Viaggi (A.V.)

Sezione di diritto penale:

Cristina Brigneti (CR.BR.), Francesco Brignola (FR.BR.), Francesca Bruzzone (FR.BRZ.), 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.), Renato Ramondo, Luigi Sannino (L.SN.), Cristina Senes (CR.SEN.), Alessandro Torri (A.T.), Iliaria Torri, Chantal Torrigino (CH.T.), Valentina Ventura (V.V.)

Direttore responsabile:
Fabrizio De Ferrari

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

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

Indice

Sezione di diritto civile

Sentenze e Ordinanze	
Tribunale di Genova, 19 giugno 2016	3
Con nota di Luigi Francesco Riso e Domenico Parisi <i>Destinazione negoziale di beni ad uno scopo e tutela dei creditori.</i> <i>La soluzione del Tribunale di Genova</i>	5
Tribunale di Genova, 10 marzo 2016	10
Con nota di Enrico Zanelli <i>Il caso del divorzio dello scomparso</i>	10
Tribunale di Savona, 6 maggio 2016	11
Tribunale di Genova, 28 ottobre 2016	12
Massime	15
Documenti	
<i>Giudici e legislatori.</i> <i>Note sulla prospettiva del diritto civile</i> Guido Alpa	27
<i>La deontologia dei Notai</i> Andrea Fusaro	31
<i>La verità (vi prego) sul processo civile.</i> <i>Alcune modeste proposte per impedire che i civilisti italiani siano a carico del loro Paese</i> Andrea Del Nevo	33
<i>Prescrizione, decadenza e metodo positivo</i> Antonio Fontana	37
<i>Sulla misura e sulle modalità di uso dei servizi condominiali e sulla applicazione dell'art. 844 c.c. nel condominio. Il Giudice di Pace tra attribuzioni codicistiche e sussidiarietà e/o supplenza</i> Marco Tiby	40
<i>L'impugnazione per nullità del lodo rituale</i> Cesare Bruzzone	44

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Massime	47
Documenti	
<i>Lo "statuto del doppio cognome":</i> <i>Genova convince la Consulta</i> Lara Trucco	49

Sezione di diritto tributario

Massime annotate	
Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. I, 11 ottobre 2016	52

Con nota di Chiara Fatta <i>Il contributo unificato per le Associazioni ambientaliste riconosciute: un "ritorno al futuro" dell'esenzione di respiro europeo</i>	52
---	-----------

Massime	57
----------------	-----------

Sezione di diritto penale

Sentenze e Ordinanze	
Tribunale di Genova, 7 marzo 2016	61
Con nota di Ilaria Torri <i>Il principio di effettività nell'individuazione del soggetto "datore di lavoro" nel peculiare ambito militare; un'applicazione pratica della C.d. "causalità della colpa"</i>	62
Rassegna di giurisprudenza	
<i>Particolare tenuità del fatto</i> Renato Ramondo	65

Sezione di diritto civile

Sentenze e Ordinanze

Tribunale di Genova, sez. I civ., 19 giugno 2016 – Giudice Unico Calcagno – L. (Avv.ti Giuliani e Vigotti) c. G. (Avv. Baiardo).

CONTRATTO in genere, atto e negozio giuridico – atto unilaterale di destinazione di beni immobili – presupposti – meritevolezza dell'interesse perseguito dal vincolo di destinazione – ammissibilità dell'atto nel caso di specie.

(Artt. 1322, 2645 ter e 2740 c.c.)

REVOCATORIA (azione) – esercizio – presupposti – limiti.

(Art. 2901 c.c.)

È valido l'atto unilaterale di destinazione di uno o più immobili a favore di un terzo, trascritto in forza dell'art. 2645 ter c.c., ove lo scopo perseguito dal negozio sia meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c. (nella specie è stata ritenuta meritevole di tutela la finalità di fornire al proprio figlio mezzi patrimoniali idonei al raggiungimento dell'autonomia economica). (1)

La qualificazione in termini di gratuità o onerosità dell'atto di destinazione deve essere effettuata nel contesto generale della destinazione specifica, mentre non pare corretto definirne a priori ed in astratto la natura. Deve essere revocato l'atto unilaterale di destinazione che comporti la gratuita attribuzione ad un terzo di ogni cespite di titolarità del conferente idoneo a garantire la realizzazione del diritto di credito dell'attore in revocatoria. (2)

A.NIC.

(...*Omissis*...) **Motivi in fatto e in diritto della decisione.**

L.G., premesso di essere creditrice nei confronti di G.D. della somma risultante dalla sentenza del Tribunale di Genova n. 1972/13 dell'11.6.2013, ha chiesto la declaratoria di nullità, invalidità o inopponibilità a terzi dell'atto con cui il convenuto ha costituito sugli immobili indicati nell'atto introduttivo un vincolo di destinazione in favore del comune figlio D.D.. In subordine, ne ha chiesto la declaratoria di inefficacia ai sensi dell'art. 2901 c.c., asserendo che tale disposizione, a titolo gratuito, avrebbe avuto lo scopo unico di sottrarre i beni in questione alla garanzia patrimoniale del debitore, in spregio all'accertato suo diritto di credito.

I convenuti, ritualmente costituitisi nel presente giudizio, hanno chiesto la reiezione delle domande attoree in quanto infondate in fatto e in diritto, ed hanno eccepito che la costituzione del vincolo rispondeva alla volontà del D. di assicurare al figlio redditi ed abitazione propri.

All'udienza del 5.5.2015 il Giudice, ritenuta l'irrelevanza ai fini della decisione dei capitoli di prova dedotti da parte convenuta nella memoria autorizzata ex art. 183, c. 6, n.2, ed atteso il contenuto delle contestazioni svolte nel presente processo e della suindicata sentenza n. 1972/2013 di questo Tribunale, ha fissato udienza di precisazione delle conclusioni. Successivamente allo scambio delle memorie difensive finali, la causa è stata trattenuta in decisione.

Sulla domanda principale di nullità e/o invalidità dell'atto e sulla subordinata.

L'art. 39-novies (intitolato "Termine di efficacia e trascrivibilità degli atti di destinazione per fini meritevoli di tutela") contenuto

nel D.L. 30 dicembre 2005, n. 273, come modificato dalla legge di conversione 23 febbraio 2006, n. 51, ha inserito, dopo l'art. 2645-bis del codice civile, l'art. 2645-ter, avente ad oggetto la trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche. L'art. 2645-ter c.c. dispone che "Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo". La disposizione prevede quindi la possibilità di trascrivere gli atti in forma pubblica con cui un soggetto (qualificato come "conferente") costituisce, su beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri, un vincolo di destinazione finalizzato, per un periodo di tempo determinato (non superiore a novanta anni) o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, a realizzare interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, c.c., riferibili ai soggetti individuati, peraltro con ampia formulazione, dalla stessa disposizione (cc.dd. "beneficiari"). All'esito dell'entrata in vigore di questa norma è quindi possibile costituire un vincolo di destinazione su una massa patrimoniale che, pur restando nella titolarità giuridica del "conferente", assume, per la durata stabilita, la connotazione di una massa patrimoniale "distinta" e quindi separata, rispetto alla restante parte del suo patrimonio, proprio in virtù del vincolo di destinazione impresso e reso opponibile nei confronti dei terzi con l'esecuzione della formalità di trascrizione. La fattispecie negoziale disegnata da questa disposizione risulta assimilabile, quanto agli effetti prodotti, ad istituti giuridici già presenti nel nostro ordinamento – facendo riferimento al solo codice civile, nel diritto di famiglia il fondo patrimoniale (art. 167 e seguenti c.c.), oppure, nel diritto societario, i patrimoni destinati a specifici affari (art. 2447-bis c.c.) – tuttavia se ne discosta per una connotazione atipica e peculiare; infatti, la norma che prevede la trascrivibilità del negozio, art. 2645-ter c.c. ora in commento – unica disposizione di riferimento per la fattispecie – non contempla una tipizzazione delle possibili finalità cui è preordinato il vincolo di destinazione costituito con gli atti in parola, e neppure prevede specifiche regole preordinate all'amministrazione o alla gestione dei beni oggetto di vincolo. In effetti, la norma contiene unicamente un riferimento alla compatibilità degli interessi sottesi alla costituzione dei vincoli in parola con l'art. 1322 c.c., che ammette la stipulazione di contratti atipici, purché "...diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico".

Il riferimento all'unico parametro costituito dagli "...interessi meritevoli di tutela... ai sensi dell'art. 1322, secondo comma..." secondo alcune ricostruzioni, alle quali accede la difesa attorea, rappresenterebbe un "punto debole" della nuova disposizione, soprattutto in relazione alla ineludibile esigenza di conciliare il

parametro della meritevolezza degli interessi cui è preordinata la costituzione del vincolo di destinazione con l'interesse dei creditori del "conferente" al mantenimento dell'integrità della garanzia patrimoniale (secondo il principio generale contenuto nell'art. 2740 del codice civile).

La seconda parte della disposizione in esame prevede che i beni conferiti - cioè sottoposti al vincolo di destinazione costituito con gli atti in parola - e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione soltanto per debiti contratti per tale scopo, purché, in conformità al disposto di cui all'art. 2915, comma primo, codice civile, l'atto di disposizione sia stato trascritto anteriormente al pignoramento, disposizione che richiama gli effetti previsti dagli artt 168 c. 2 e 170 cc.. La difesa di parte attrice propone argomenti nei quali la valutazione della invalidità del negozio destinatorio muove dal concetto della mancata introduzione, nel nostro sistema, di un negozio a destinazione unilaterale, e richiama la decisione del Tribunale di Santa Maria Capua a Vetere, del 28.11.2013, la cui massima recita: "*La disposizione dell'art. 2645-ter cod. civ. non riconosce, sul piano sostanziale, la possibilità dell'auto-destinazione unilaterale, in quanto, dal punto di vista testuale, la norma presenta rilevanti indici che depongono in senso contrario alla cosiddetta "auto-destinazione" patrimoniale a carattere unilaterale; e dal punto di vista sistematico, in un sistema caratterizzato dal principio della responsabilità patrimoniale illimitata e dal carattere eccezionale delle fattispecie limitative di tale responsabilità (art. 2740 cod. civ.), la portata applicativa della norma deve essere interpretata in senso restrittivo e, quindi, limitata alle sole ipotesi di destinazione "traslativa".* Chi scrive tuttavia non condivide questa ricostruzione che non considera due elementi: la differenza dell'istituto in commento rispetto ad altre figure di patrimoni "destinati", come già sopra ricordato, investe l'ampiezza della causa, vale a dire, nelle altre fattispecie, limitando la comparazione al contenuto del codice civile, il legislatore ha già delineato e precisato quali sono gli interessi che ritiene meritevoli di tutela ed a fronte dei quali le parti possono stabilire vincoli opponibili ai terzi, mentre nel caso in esame il riferimento è ad un parametro più generico; inoltre, per una corretta impostazione del problema occorre distinguere i due diversi piani della validità del negozio e della sua efficacia rispetto ai terzi. Quanto al primo profilo, occorre verificare se la meritevolezza propria dello specifico negozio destinatorio abbia i requisiti richiesti dalla normativa e questo è un aspetto diverso rispetto alla valutazione della efficacia rispetto ai creditori, che non riverbera sulla causa in sé del negozio. Non può operarsi un giudizio in termini di invalidità per "frode ai debitori", come prospettato dalla difesa attorea: piuttosto occorrerà valutare se il negozio posto in concreto in essere presenti una causa meritevole ed interrogarsi poi sul diverso profilo della sua efficacia rispetto al diritto dei creditori il cui contenuto è stabilito nell'art. 2740 cc. In sintesi, se la vicenda della destinazione patrimoniale, così come più in generale degli affidamenti fiduciari, è osservata dal punto di vista della responsabilità patrimoniale, appare plausibile ritenere che le azioni invalidanti dell'atto non costituiscano lo strumento corretto da utilizzare per la tutela del creditore, mentre per altro verso si rivela l'irrazionalità della tutela invalidante dell'atto, così come si rivela irrazionale ritenere, in termini generali, vietate e dunque nulle le limitazioni della responsabilità concordate pattizamente, in quanto pregiudizialmente ritenute illecite o contrarie all'ordine pubblico (non potendosi produrre l'efficacia reale, che le parti vorrebbero, in pregiudizio dei creditori), essendo invece più che sufficiente, ma soprattutto coerente con il sistema, limitarne gli effetti sul piano meramente obbligatorio. Se si esamina poi la nuova disciplina degli atti di destinazione nella prospettiva del-

l'analisi economica del diritto, si trova una conferma alle considerazioni svolte sull'autonomia delle tutele, quella invalidante, destinata a incidere sull'atto di autonomia *tout court* e quella revocatoria, focalizzata sugli effetti pregiudizievole dell'atto di disposizione, che non necessita di valutazioni sui contenuti dell'atto in chiave di liceità e/o meritevolezza, incentrandosi l'esame sul pregiudizio e sul carattere fraudolento.

Volendo approfondire ulteriormente l'aspetto attinente la ricostruzione teorica del negozio destinatorio, occorre interrogarsi sul rapporto tra l'attribuzione del bene e la finalità destinataria, qualificazione rilevante nel momento nel quale occorre individuare la natura gratuita o onerosa del negozio.

L'atto di destinazione in sé individua l'attualità di una funzione impressa al bene, lo vincola ad un determinato scopo e si sviluppa in una congrua e adeguata "attività" di organizzazione e gestione del patrimonio, l'effetto traslativo si produce in forza di un contratto (sia esso gratuito o oneroso) che mira a realizzare direttamente uno spostamento patrimoniale, perfezionando ed esaurendo la vicenda circolatoria. La destinazione non influisce di per sé sulla titolarità del bene che in via di principio permane in capo al soggetto destinante ("conferente"). Si pone allora un raccordo funzionale fra destinazione patrimoniale e trasferimento in quanto quest'ultimo si pone come subordinato al fine destinatorio. Se si ci pone in una prospettiva di funzione, il negozio traslativo risulta all'interno di una procedimento che mira a realizzare la destinazione ed è coordinato con gli altri atti unificati nell'obiettivo perseguito. Il negozio traslativo appare allora un atto neutro, e dipende funzionalmente dal negozio programmatico che fonda la destinazione patrimoniale nel cui contesto deve essere individuata la giustificazione causale. La qualificazione in termini di gratuità o onerosità si pone quindi nel contesto generale della destinazione specifica, mentre non pare corretto definirne a priori ed in astratto la natura.

Sono il programma e la sua effettiva attuazione a consentire di qualificare quegli effetti attributivi consequenziali come onerosi, gratuiti o liberali. Questa ricostruzione si pone in netto contrasto con quanto affermato nella pronuncia del Tribunale di Reggio Emilia, ord. 12.5.2014 citata dalla difesa attorea, che ritiene necessaria la presenza di altra fattispecie negoziale, tipica o atipica, perché le ipotesi di destinazione traslativa siano valide. La soluzione, come già sopra sottolineato, risiede nella distinzione tra il piano della validità del negozio destinatorio, che, lo si vuole ancora sottolineare, è fattispecie già conosciuta dall'ordinamento, e quello degli effetti nei confronti dei terzi.

Stabiliti i principi occorre chiedersi se il negozio di destinazione posto in essere dai convenuti in data 14 agosto 2013 abbia una causa valida, avendo respinto la tesi di una invalidità in astratto sostenuta dalla difesa attorea.

Occorre esaminare l'atto destinatorio posto in essere al fine di verificare se il programma che lo sottende risponde al requisito di meritevolezza di cui all'art. 1322 cc. La lettera d) delle premesse dell'atto - prod. N. 3 di parte attrice-, dice "*Il signor G.D., fermo restando inalterato ogni obbligo posto a suo carico dalla legge e, in particolare, il dovere giuridico di provvedere puntualmente a mantenere, istruire ed educare la prole, volendo assicurare al figlio, per ogni evenienza della vita e fino a quando non avrà raggiunto l'autonomia economica, la possibilità di fruire di redditi propri ovvero di una abitazione adeguata alle proprie esigenze, intende destinare, per il periodo di tempo di seguito stabilito, i suddetti immobili di sua proprietà, ... a vantaggio del figlio D.D. per il soddisfacimento dei bisogni dello stesso;*". Nel successivo articolo quattro vengono ribaditi i principi ai quali la destinazione dei diritti immobiliari è volta, ad integrazione del dovere di mantenere, istruire ed educare la prole; l'articolo sette contempla la possibilità di trasferire i beni, ferma

la validità del vincolo destinato a venire meno dopo 180 mesi o per cessazione anticipata derivante dalla concorde volontà di conferente e beneficiario ed il successivo articolo otto prevede che la gestione degli immobili rimanga in capo al conferente. La finalità quindi complessiva dell'atto è di garantire sostegno economico al figlio D., il quale, benché maggiorenne in quanto nato nel 1989, nel 2013 risultava ancora studente. È vero che i convenuti non hanno introdotto elementi, quale la situazione complessiva patrimoniale del beneficiario e lo stato dei suoi studi che permettessero di meglio comprendere il significato di una validità a 180 mesi, tuttavia, se la funzione difficilmente può ritenersi realizzata con riferimento alla quota di $\frac{1}{2}$ dell'immobile sito in G., via G.M., in quanto bene per l'intero gravato dal diritto di usufrutto della madre del conferente e nel quale, circostanza non contestata, il conferente già viveva con il figlio, tuttavia la presenza di un altro immobile può ritenersi idonea a far concludere per la presenza di una meritevolezza intesa nel senso di una creazione di mezzi patrimoniali idonei ad aiutare il figlio a raggiungere una propria autonomia economica.

Tuttavia gli elementi evidenziati, se considerati sotto il diverso profilo della domanda subordinata di revocatoria conducono ad un pieno accoglimento della domanda.

Depongono in questo senso: la sottoscrizione dell'atto (14.8.2013) in epoca immediatamente successiva alla pronuncia del Tribunale di Genova (12.6.2013) che ha condannato il conferente a versare alla moglie separata qui attrice la somma di euro 138.255,83; l'irrelevanza per D.D. del vincolo a suo favore della quota di $\frac{1}{2}$ del bene immobile sito in G., nel quale già viveva e comunque in usufrutto nell'intero dell'ava paterna, sì che alcun reddito poteva essere tratto da quel bene; l'assoluta carenza di prova sulla redditività del bene sito in R.G., indicato dall'attrice come del tutto privo di valore reddituale, in assenza di elementi contrari dedotti dai convenuti; la qualificazione in termini gratuiti dell'attribuzione, per quanto sopra argomentato; l'assoluta mancanza di elementi giustificativi del termine individuato (180 mesi) ed in presenza di una clausola che permette a conferente e beneficiario di far cessare prima del termine il vincolo; l'eliminazione, tramite l'atto qui in esame, di ogni cospite in capo al conferente idoneo a garantire la realizzazione del diritto di credito dell'attrice. Il comportamento del conferente pare ancor più connotato da mala fede se si considera il contenuto della causa vinta dal coniuge separato, la quale riguardava la contitolarità di somme presenti su un conto corrente comune, somme apprese nell'intero dal marito G.D.. A nulla rilevano le prove orali chieste dai convenuti: il tipo di legame affettivo esistente con la signora L.G. è del tutto irrilevante nella valutazione dell'efficacia dell'atto. Deve quindi trovare accoglimento la domanda subordinata.

Non può trovare ingresso alcuna misura di compensazione delle spese, chiesta dai convenuti: è ben vero che la domanda svolta in via principale riguardava la validità dell'atto, ma l'attrice risulta del tutto vittoriosa, mentre la questione inerente la necessità di un giudizio di validità piuttosto che di efficacia del negozio in esame è oggetto di contrasto nella giurisprudenza di merito, come ampiamente argomentato. Le spese seguono la soccombenza e la tariffa deve far riferimento alla misura del credito posto a fondamento della revocatoria; infine, devono trovare applicazione i parametri previsti. Non vi è norma specifica che preveda la pronuncia di ordine al Conservatore della sentenza.

P.Q.M.

Il Tribunale di Genova (...*Omissis*...) così provvede: accoglie la domanda subordinata e per l'effetto dichiara inefficace ai sensi dell'art. 2901 cc nei confronti di parte attrice la costituzione, attuata con atto pubblico a cura notaio

P.G. in data 14.8.2013, del vincolo di destinazione sui seguenti beni immobili:

- a) nuda proprietà per $\frac{1}{2}$ dell'appartamento in Comune di G. Via D.M. (già via G.M.) n. XX, piano X, int. XX, censito al Catasto Fabbricati di detto Comune alla sez. XXX – foglio XX – particella XXX – sub XX – cat. XX – classe X – vani X – rendita XXX.

- b) piena proprietà della casa in Comune di R.G., Via S.G. n. XX (già XX), censita al Catasto Fabbricati di detto Comune al foglio XX – particella XXX – sub X – cat. XX – classe X – vani X – rendita X;

dichiara tenuti e condanna i convenuti, tra loro in solido, a corrispondere a parte attrice le spese di lite (...*Omissis*...).

(1-2) Destinazione negoziale di beni ad uno scopo e tutela dei creditori. La soluzione del Tribunale di Genova.

Sommario: 1. *L'orientamento interpretativo criticato: l'art. 2645 ter c.c. come eccezione al sistema.* - 2. *L'art. 2645 ter c.c. inserito nel sistema.* - 3. *L'inefficacia relativa come rimedio (sufficiente e coerente) a tutela del credito.* - 4. *La causa dei negozi di destinazione e dei trasferimenti di proprietà ad essi strumentali.* - 5. *Conclusioni.*

1. L'orientamento interpretativo criticato: l'art. 2645 ter c.c. come eccezione al sistema.

La sentenza in commento, riguardante un atto costitutivo di un vincolo di destinazione, risulta di particolare interesse in quanto si pone – ad avviso di chi scrive condivisibilmente – in aperto contrasto con alcuni precedenti provvedimenti di merito attestati su interpretazioni estremamente restrittive, per certi versi quasi abroganti, dell'art. 2645 ter c.c., introdotto nel corpo del codice civile dal legislatore del 2005 (1), evidentemente mossi dall'esigenza di tutelare i creditori dei soggetti che avevano disposto dei propri beni mediante un atto di destinazione, pregiudicandone gli interessi.

Tale disposizione, venuta alla luce più di sedici anni dopo la legge 16 ottobre 1989, n. 364, con la quale è stata data ratifica ed esecuzione alla convenzione de L'Aja sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento nel nostro Paese, adottata il 1° luglio 1985, è la prima a riconoscere e disciplinare nel nostro ordinamento (seppur frammentariamente) la destinazione patrimoniale di beni per finalità meritevoli non tipizzate riferibili a soggetti beneficiari, stabilendo le condizioni di opponibilità del vincolo ai terzi con riguardo ai beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri, e definendone gli effetti.

Come ben evidenziato da alcuni autori (2), si è subito manifestata in dottrina una tendenza volta a contrapporre l'istituto del trust, e in particolare del trust interno (3) (che all'epoca di introduzione di tale disposizione era già notevolmente radicato nella prassi professionale, e i cui effetti erano pacificamente riconosciuti in Italia dalla giurisprudenza) e il “vincolo di destinazione ex art. 2645 ter”, anziché ad elaborare una teoria generale della “fiducia opponibile”, ricavando dalla norma codicistica i principi generali applicabili nel nostro ordinamento ai fenomeni di proprietà fiduciaria palese.

I temi in gioco sono naturalmente molto delicati e complessi: la responsabilità patrimoniale, la separazione patrimoniale non enfiata, la segregazione rispetto ai creditori, l'amministrazione di beni nell'interesse altrui, la proprietà funzionalizzata.

In diversi provvedimenti giurisprudenziali si è registrata questa tendenza, che porta alla sconcertante conseguenza di individuare nell'ambito dell'ordinamento due istituti (il trust interno regolato da legge straniera e i negozi di destinazione regolati dalla

legge italiana) con caratteristiche per certi versi analoghe ma pretendendo poi di negare alla “destinazione italiana” una sua autonomia causale se pur atipica, riconosciuta invece al trust, e di individuare profili di compatibilità con le norme imperative interne differenti per i due istituti.

Emblematici in tal senso sono, ad esempio:

la qualificazione dell’art. 2645 ter c.c. come “norma sugli effetti” anziché norma individuatrice della fattispecie “atto di destinazione”, negando che possa parlarsi in proposito di una autonoma fattispecie negoziale; in particolare è stato affermato che la norma individuerrebbe solamente un “nuovo effetto negoziale ... che serve per attuare la segregazione” e “per realizzare a pieno il piano effettuale di un più ampio programma negoziale attraverso l’utilizzo di altri singoli negozi ed istituti”, tipici o atipici a cui il vincolo di destinazione si accompagna (4);

quale corollario della precedente impostazione, la negazione della legittimità di un negozio di destinazione non traslativo (“destinazione autodichiarata”) avente ad oggetto un bene che rimane in proprietà del soggetto disponente, in quanto la citata disposizione riguarderebbe solamente “gli effetti, complementari rispetto a quelli traslativi ed obbligatori, delle singole figure negoziali a cui accede il vincolo di destinazione e non consentirebbe la configurazione di un «negozio destinatorio puro», cioè di una nuova figura negoziale atipica imperniata sulla causa destinatoria” (5), interpretazione restrittiva giustificata dal carattere eccezionale delle fattispecie limitative della responsabilità patrimoniale illimitata (art. 2740 c.c.) (6);

l’affermazione che sussisterebbero molteplici differenze tra il trust e il vincolo di destinazione fra cui la diversità di disciplina “perché col vincolo ex art. 2645-ter c.c. il «conferitario» non assume necessariamente delle obbligazioni rispetto ai beneficiari (si tratta di una «figura statica» in cui il soddisfacimento dei beneficiari deriva dai beni conferiti e non da attività gestorie), né esiste una regolamentazione normativa dell’operato del «conferitario» o possono applicarsi le disposizioni sul mandato, mentre nel trust il trustee deve adoperarsi per il raggiungimento della finalità o dello scopo non potendo restare inerte rispetto agli interessi dei beneficiari” (7);

l’affermazione che gli interessi meritevoli di tutela che legittimano il vincolo di destinazione, e da esplicitare nell’atto di costituzione, devono essere valutati in modo “stringente”, non essendo sufficiente la liceità dello scopo, ma occorrendo anche un *quid pluris* che, nella comparazione degli interessi in gioco, possa far ritenere prevalente l’interesse realizzato rispetto all’interesse sacrificato dei creditori del disponente estranei al vincolo (8); o addirittura l’affermazione che essi debbano essere attinenti al profilo della “solidarietà sociale” (9);

l’affermazione secondo cui, pur ammettendo che si possa parlare di autonomo atto negoziale di destinazione, il ricorso ad esso sarebbe possibile solo qualora il piano causale (inteso come sintesi degli interessi concreti che il contratto è diretto a realizzare) non sia altrimenti realizzabile, teorizzando una sorta di “residualità” di tali negozi rispetto a tutti gli altri (10).

Un giudice triestino è giunto persino ad affermare che l’art. 2645-ter c.c. “rappresenta una chiara anomalia nel sistema”, se è vero che “mentre la costituzione di un trust interno merita un giudizio positivo di liceità mercé il semplice rispetto della convenzione e del disposto dell’art. 16 l. n. 218 del 1995 (limite dell’ordine pubblico), invece, il cittadino italiano che volesse raggiungere lo scopo di vincolare determinati beni per un certo fine ai sensi dell’art. 2645-ter c.c. dovrebbe sperare nell’esito positivo del vago giudizio di meritevolezza dell’interesse” (11).

Non si dimentichi infatti che – come sopra accennato – dopo alcuni tentennamenti iniziali, a partire da una nota sentenza del Tri-

bunale di Bologna (12), era pacifico in giurisprudenza il riconoscimento in Italia, ai sensi della Convenzione dell’Aja, degli effetti dei trust interni.

È evidente nella giurisprudenza richiamata un certo disorientamento di fronte ad una norma sintetica e frammentaria. Si tratta però di argomentazioni insoddisfacenti dal punto di vista delle motivazioni, fortemente limitative dell’autonomia privata, caratterizzate da una indebita svalutazione del dato normativo letterale, che non legittima tali conclusioni.

2. L’art. 2645 ter c.c. inserito nel sistema.

Appare evidente che la via che consente di inquadrare armonicamente nel sistema l’art. 2645 ter c.c. debba essere differente (13).

Invero non sono mancati, nella giurisprudenza degli anni trascorsi, provvedimenti che hanno valorizzato una lettura dell’art. 2645 ter c.c. come norma di sistema più che come eccezione ad un principio generale (14).

Da ultimo anche la Suprema Corte (15), ha recentemente avuto occasione di affermare, ancorché incidentalmente, che “[l’]art. 2645 ter cod civ ... sebbene sia precipuamente volto a disciplinare la pubblicità dell’effetto destinatorio e gli effetti – specialmente di opponibilità ai terzi – da questa derivanti, finisce col delineare un atto con effetto tipico, reale, perché inerente alla qualità del bene che ne è oggetto, sia pure con contenuto atipico perché rispondente ad interessi meritevoli di tutela, assurgendo per questo verso a norma sulla fattispecie”.

Autorevole dottrina (16) è giunta a teorizzare l’ammissibilità nel nostro ordinamento di destinazioni patrimoniali atipiche di fonte negoziale, accompagnate o meno da un affidamento gestorio dei beni ad un terzo attuatore, nei quali un soggetto (il terzo attuatore o lo stesso disponente) assuma l’obbligo di destinare determinati beni alla realizzazione di un “programma” nell’interesse di soggetti beneficiari, negozi che l’autonomia privata può porre in essere impiegando strutture negoziali note al nostro ordinamento (17) (senza dover necessariamente far ricorso a leggi straniere, come avviene nei casi dei trust interni), i cui effetti possono essere opposti ai terzi, nei termini di cui all’art. 2645 ter c.c. (18) e a cui troveranno applicazione, quanto alla disciplina della gestione dei beni e dei diritti dei beneficiari, le regole e principi del nostro ordinamento in tema di amministrazione di beni nell’interesse altrui, mandato, obbligazioni in generale.

Tale elaborazione dottrinale ha peraltro recentemente ricevuto un importante riconoscimento legislativo ad opera della legge 22 giugno 2016 n. 112, recante “Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare” (cd. legge sul “Dopo di noi”), la quale ha fra le sue finalità quella di agevolare “la costituzione di trust, di vincoli di destinazione di cui all’articolo 2645-ter del codice civile e di fondi speciali, composti di beni sottoposti a vincolo di destinazione e disciplinati con contratto di affidamento fiduciario” a favore di persone con disabilità grave (19).

L’espressione usata dal legislatore sembra peraltro voler ricomprendere tutte le denominazioni proposte dalla dottrina e utilizzate dalla prassi in questi anni, e voler espressamente riconoscere, a prescindere dalla denominazione utilizzata, la legittimità di negozi di destinazione patrimoniale dei beni, traslativi o meno, idonei a far sorgere sui beni un vincolo di destinazione, e in capo al soggetto attuatore (sia esso definito affidatario o gestore) delle obbligazioni gestorie nei confronti dei beneficiari, finalizzate all’attuazione di un programma.

3. L'inefficacia relativa come rimedio (sufficiente e coerente) a tutela del credito.

Nel quadro così delineato appare iscriversi la sentenza in commento, che respinge le interpretazioni restrittive cui si è accennato (20), riconosce le potenzialità dell'autonomia negoziale in tema di destinazione di beni e incentra sul piano dell'inefficacia relativa (accoglimento dell'azione revocatoria), anziché su quello dell'invalidità, la tutela dei creditori in relazione a tale tipologia di atti, come avviene del resto nel nostro ordinamento per ogni altro atto di disposizione patrimoniale traslativo con causa diversa da quella destinataria, sia essa onerosa o gratuita (21).

In particolare, il provvedimento in esame, ancorché il caso riguardasse un atto di destinazione non traslativo della proprietà, inquadra il negozio di destinazione come fattispecie unitaria, che trova giustificazione causale negli interessi meritevoli di tutela che il disponente intende perseguire (causa concreta di destinazione), in grado di sorreggere anche un effetto traslativo della proprietà strumentale alla realizzazione del programma destinatorio (22) che solo su tale causa si regge, senza doversi appoggiare ad altra fattispecie traslativa tipica o atipica. Detto effetto traslativo dal disponente all'affidatario potrebbe mancare nel caso in cui i beni siano già di proprietà di colui che assume l'ufficio di affidatario: in tal caso il negozio si limita ad imprimere il vincolo sui beni che rimangono di proprietà del disponente, che assume le obbligazioni gestorie nell'interesse dei beneficiari (23).

La sentenza in commento, riconosciuta la piena validità dell'atto di destinazione (sia traslativo della proprietà che non), non esita a disconoscere gli effetti nei confronti del creditore, che in subordine aveva agito per far dichiarare l'inefficacia dell'atto di destinazione ai sensi dell'art. 2901 c.c.

Non si dimentichi che recentemente il legislatore ha introdotto nel codice civile l'art. 2929 bis (24), che, come noto, addirittura esonera il creditore munito di titolo esecutivo che sia pregiudicato da un atto che comporti il sorgere di un "vincolo di indisponibilità" dal preventivo vittorioso esperimento dell'azione revocatoria, spostando il contraddittorio sul punto in sede di opposizione all'esecuzione.

Il legislatore, con tutta evidenza, ha ritenuto necessaria l'introduzione di tale disposizione per bilanciare nel sistema i contrapposti interessi, a fronte della grande apertura concessa proprio dall'art. 2645 ter c.c. in tema di destinazione patrimoniale. Se è così, essa costituisce la conferma che la composizione di tali interessi va ricercata sul piano del disconoscimento degli effetti nei confronti dei creditori e non sul piano della validità, e rappresenta un ulteriore riferimento normativo che consente di criticare e superare definitivamente interpretazioni restrittive e asistematiche che faticano a trovare appigli nel testo normativo e coerenza argomentativa (25).

In questa prospettiva, l'art. 2645 ter c.c. non appare più come una "anomalia del sistema", né sembra necessario fare i conti con concetti dai contorni poco definiti, come ad esempio quello di "strumento residuale", cui sarebbe possibile fare ricorso solo in mancanza di altri contratti tipici che consentano di perseguire i medesimi interessi, ovvero quello di "meritevolezza" degli interessi da realizzare, intesa come un *quid pluris* rispetto alla mera liceità (26) (in quanto solo una particolare "meritevolezza sociale" potrebbe prevalere rispetto alla "meritevolezza" delle ragioni creditorie), trasferendo sul piano di una delicata valutazione assiologica la composizione di contrapposti interessi che, nel nostro ordinamento, trovano un compiuto impianto di regole e principi sul terreno dell'inefficacia relativa dell'atto nei confronti del creditore indebitamente pregiudicato dall'atto di disposizione patrimoniale.

Molto significativo è a tal proposito il passaggio della sentenza

in commento dove si afferma: "... se la vicenda della destinazione patrimoniale, così come più in generale degli affidamenti fiduciari, è osservata dal punto di vista della responsabilità patrimoniale, appare plausibile ritenere che le azioni invalidanti dell'atto non costituiscano lo strumento corretto da utilizzare per la tutela del creditore, mentre per altro verso si rivela l'irrazionalità della tutela invalidante dell'atto, così come si rivela irrazionale ritenere, in termini generali, vietate e dunque nulle le limitazioni della responsabilità concordate pattizamente, in quanto pregiudizialmente ritenute illecite o contrarie all'ordine pubblico (non potendosi produrre l'efficacia reale, che le parti vorrebbero, in pregiudizio dei creditori), essendo invece più che sufficiente, ma soprattutto coerente con il sistema, limitarne gli effetti sul piano meramente obbligatorio. Se si esamina poi la nuova disciplina degli atti di destinazione nella prospettiva dell'analisi economica del diritto, si trova una conferma alle considerazioni svolte sull'autonomia delle tutele, quella invalidante, destinata a incidere sull'atto di autonomia tout court e quella revocatoria, focalizzata sugli effetti pregiudizievoli dell'atto di disposizione, che non necessita di valutazioni sui contenuti dell'atto in chiave di liceità e/o meritevolezza, incentrandosi l'esame sul pregiudizio e sul carattere fraudolento."

L'unica indagine riguardo agli interessi alla base del programma destinatorio deve riguardare dunque la loro meritevolezza, intesa come liceità, con la precisazione che tale interesse deve essere evidenziato nell'atto di destinazione (concorrendo a costituirne la causa) e non può limitarsi all'interesse ad ottenere la segregazione patrimoniale dei beni. La segregazione patrimoniale è infatti un effetto della destinazione negoziale, ma non può esaurirne tutti gli effetti assurgendo al ruolo di causa: in altre parole essa è sempre un mezzo che consente l'attuazione della destinazione e mai può costituire la *fine esclusiva* dell'atto di destinazione. Una destinazione che non abbia alla base altro interesse apprezzabile e realizzabile (27) che quello di ottenere la segregazione patrimoniale è nulla per mancanza di causa: non si può "destinare per segregare".

4. La causa dei negozi di destinazione e dei trasferimenti di proprietà ad essi strumentali.

La sentenza svolge anche ulteriori considerazioni molto interessanti in tema di profili causali del negozio di destinazione.

Nel momento in cui viene esercitata un'azione revocatoria, occorre infatti verificare la natura onerosa o gratuita della causa, perché diversa è – come noto – la disciplina del rimedio pauliano nei due casi.

Essendo gli interessi perseguibili dalla destinazione patrimoniale di vario tipo, i negozi di destinazione possono definirsi a causa "neutra" o "variabile", che si colora in termini di onerosità o gratuità a seconda del singolo programma destinatorio e dei concreti interessi che si intendono realizzare e che muovono in disponente a porre in essere il negozio (28).

Anche gli effetti traslativi strumentali devono qualificarsi come onerosi o gratuiti sulla base del programma destinatorio alla cui realizzazione sono strumentali. Precisamente la sentenza afferma: "La qualificazione in termini di gratuità o onerosità si pone quindi nel contesto generale della destinazione specifica, mentre non pare corretto definirne a priori ed in astratto la natura. Sono il programma e la sua effettiva attuazione a consentire di qualificare quegli effetti attributivi consequenziali come onerosi, gratuiti o liberali.". È così possibile distinguere da un lato i negozi di destinazione che costituiscono liberalità (come ad esempio quelli a beneficio di familiari o comunque di soggetti da assistere, nei quali il programma destinatorio riguarda l'impiego dei beni nel tempo per far fronte nel tempo alle loro esigenze di studio, di mantenimento, di cura), da quelli con causa onerosa (ad esempio quelli liquidatori con causa solutoria, nei quali l'affidatario è incaricato di li-

quidare dei beni e ripartire il ricavato a favore dei beneficiari, creditori del disponente; oppure quelli con *causa di garanzia* nei quali il programma destinatorio consiste nell'impiego dei beni e dei loro frutti, per il soddisfacimento di determinati crediti al verificarsi di certe condizioni).

5. Conclusioni.

In conclusione, ci pare che la sentenza del Tribunale di Genova fissi con chiarezza alcuni punti fermi:

la piena ammissibilità dei negozi di destinazione regolati dalla legge italiana, sia autodichiarati su beni di proprietà del disponente, sia con trasferimento strumentale della proprietà ad un terzo affidatario;

l'individuazione della giustificazione causale di tali negozi (e in particolare sia dell'effetto traslativo – se presente – che dell'effetto segregativo e di vincolo) nella *causa destinationis*, intesa come l'interesse concreto per perseguire il quale il disponente (i) si obbliga a realizzare un programma destinatorio (destinazione non traslativa) ovvero (ii) commette all'affidatario la realizzazione di tale programma destinatorio;

le finalità sottese all'interesse del disponente non devono essere caratterizzate da un *quid pluris* di meritevolezza rispetto alla mera liceità, ma semplicemente essere possibili, lecite e astrattamente realizzabili con il negozio concretamente posto in essere; la qualificazione di tale causa in termini di onerosità o gratuità, a seconda degli interessi che muovono il disponente e del programma negoziale posto alla base del negozio di destinazione. Naturalmente il lavoro che attende gli operatori pratici, la dottrina e la giurisprudenza riguardo a tali negozi è ancora vastissimo.

Si pensi ad esempio ai temi, con cui la giurisprudenza ha iniziato a cimentarsi grazie alla prassi dei trust interni, ma non ancora indagati e sviluppati in maniera sufficientemente approfondita, delle obbligazioni dell'affidatario e dei diritti (di credito) dei beneficiari nei suoi confronti, della surrogazione legale dei beni oggetto di vincolo di destinazione, dell'inopponibilità ai terzi degli atti posti in essere in violazione del vincolo.

Alla prassi spetta ora il compito di elaborare e affinare con particolare cura le tecniche redazionali, in una materia in cui, essendo la disciplina legale assai scarna, possono mancare norme dispositive che soccorrano ad una regolamentazione negoziale lacunosa; e alla dottrina e alla giurisprudenza, il compito di ricavare tali norme dispositive, non solo nella sintetica disciplina codicistica del negozio di destinazione, ma anche nella disciplina generale in tema di obbligazioni e contratti dettata dal nostro ordinamento.

Luigi Francesco Risso e Domenico Parisi
Notai in Genova

(1) Come noto, con D.L. 30 dicembre 2005 n. 273, come modificato dalla legge di conversione 23 febbraio 2006 n. 51, è stato inserito nel codice civile l'art. 2645 ter che così recita:

“Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione

e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo.”.

(2) V. in particolare L. Gatt, *Dal trust al trust*, Storia di una chimera, II ed., Napoli 2010; G. Petrelli, *Trust interno*, art. 2645 ter c.c. e «trust italiano», in *Riv. Dir. Civ.* 2016, I, p. 167.

(3) Con l'espressione “trust interno” si intende un rapporto giuridico qualificato come trust dalla legge straniera che lo regola, ma i cui elementi oggettivi (beni in trust) sono siti in Italia, come pure sono residenti in Italia i suoi elementi soggettivi (disponente, beneficiari, trustee). Si tratta di una definizione proposta da M. Lupoi nel suo *Trusts*, Milano, 1997, cap VI).

(4) Trib Trieste, Giudice Tavolare, 22 aprile 2015, in *Trusts* 2015 p. 367.

(5) Trib. S. Maria Capua Vetere, 28 novembre 2013 in *Nuova g. civ. comm.*, 2014, I, p.713 e Trib. Reggio Emilia, 22 giugno 2012 in *Trusts*, 2013, p. 57.

(6) Non riconoscendosi autonoma rilevanza alla causa destinataria, non è chiaro quali sarebbero secondo questa interpretazione le singole figure negoziali a cui accederebbe il vincolo di destinazione e da quale causa esse sarebbero sorrette. In sostanza questo filone interpretativo nega autonoma rilevanza causale alla destinazione dei beni per una finalità meritevole di tutela e da tale postulato (indimostrato) fa derivare (i) l'inammissibilità di un negozio di destinazione senza trasferimento della proprietà a terzi perché senza causa; (ii) l'ammissibilità dell'effetto segregativo solo come effetto accessorio ad altra fattispecie (quest'ultima idonea a giustificare causalmente l'effetto traslativo a favore dell'acquirente), che però – a quanto è dato capire – dovrebbe essere dotata di una sua autonoma (e a quanto pare differente!) causa.

Inoltre di fronte alla formulazione in termini così ampi dell'art 2645 ter c.c. e alla precedente ratifica da parte dell'Italia della Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento, appare arbitrario ritenere che le fattispecie limitative della responsabilità patrimoniale abbiano carattere eccezionale e che un atto di autonomia privata che pattiziamente destini beni ad uno scopo possa essere nullo per contrarietà all'ordine pubblico.

(7) Ancora Trib. Reggio Emilia, 22 giugno 2012, cit.

(8) Trib. Reggio Emilia, 12 maggio 2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Reggio Emilia, 10 marzo 2015, in *Trusts* 2015, p. 274; Trib. Trieste, Giudice Tavolare, 19 settembre 2007, in *Trusts*, 2008, p. 42, in *Notariato*, 2008, p. 251, ed in *Nuova. g. civ. comm.*, 2008, I, p. 687.

(9) Trib. Vicenza, 31 marzo 2011, che afferma che “diversamente opinando, si consentirebbe ad un atto di autonomia privata di incidere sul regime legale inderogabile della responsabilità patrimoniale”. Se è vero che l'art. 2740 c.c. richiede una norma di legge per realizzare limitazioni della responsabilità opponibili ai terzi, non si comprende come l'art. 2645 ter c.c. possa, secondo il ragionamento del Tribunale, rivestire tale ruolo, ma solo in presenza di interessi attinenti alla sfera della solidarietà sociale, introducendo una limitazione che nel testo della legge non è presente.

(10) Trib. Trieste, Giudice Tavolare, 22 aprile 2015, cit.; Trib. Monza, 13 maggio 2015, in *Trusts* 2016, p. 58.

(11) Si tratta di un provvedimento chiamato ad esprimersi sulla norma pochi mesi dopo la sua introduzione: Trib. Trieste, Giudice Tavolare, 7 aprile 2006 in *Trusts* 2006, p. 417.

(12) Tribunale di Bologna, 1° ottobre 2003, *Trusts* 2004, p.67.

(13) Non a caso, i giudici che sposano un'interpretazione restrittiva dell'art. 2645 ter c.c. iniziano a porsi in contrasto con la giurisprudenza in tema di riconoscibilità del trust interno nel nostro ordinamento, attestandosi su una posizione che non si condivide ma che è senz'altro più coerente dal punto di vista sistematico rispetto alla giurisprudenza sopra richiamata nel testo. Si vedano: Trib. Monza 13 ottobre 2015, in *www.ilcaso.it*; Trib. Monza 13 maggio 2015, cit.; Trib. Udine 28 febbraio 2015, in *Trusts* 2015, p. 375; Trib. Belluno 12 febbraio 2014, in *www.ilcaso.it*.

(14) Si veda ad esempio lo stesso Tribunale di Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in *Trusts* 2007, p. 425, poco tempo dopo la modifica legisla-

tiva: “Non sembra necessario ripetere le numerose ragioni che hanno indotto la giurisprudenza a ritenere che l’art. 2740 c.c. non costituisca più, da anni, un principio supremo ed inderogabile del nostro ordinamento (così Tribunale Bologna, sentenza 1/10/2003 n. 4545, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2004, pag. 67: “l’unitarietà della garanzia patrimoniale di cui all’art. 2740 c.c. non può valere come un «dogma sacro ed intangibile» del nostro ordinamento”): l’espressa previsione dell’art. 11 della Convenzione de L’Aja (la quale, introducendo quale effetto minimo la distinzione del patrimonio in trust, assume su questo punto la natura di norma di diritto materiale uniforme), la limitazione della responsabilità stabilita dalla Legge n. 364 del 1989 (conformemente alla riserva di legge dell’art. 2740 cod. civ.), le numerose deroghe legislative (che sono persino giunte a configurare – con gli artt. 2447-bis e seguenti c.c. – ulteriori limitazioni della responsabilità per soggetti che già godono di una responsabilità limitata).

A queste si aggiunge la recente entrata in vigore dell’art. 2645-ter c.c.: le condizioni per addvenire alla trascrizione e all’opponibilità di atti (melius, contratti), anche atipici, con cui beni immobili o mobili registrati sono destinati alla realizzazione dei più variegati interessi meritevoli di tutela ai sensi dell’art. 1322 comma 2° c.c. (norma che non costituisce alcun argine perché – stando ai precedenti giurisprudenziali – consente di formulare soltanto un giudizio di non illiceità degli scopi prefissati), inducono a ritenere che sia stata definitivamente “aperta la porta” dell’ordinamento ai più disparati vincoli di destinazione impressi dall’autonomia privata, senza pretendere che gli interessi sottesi siano già selezionati come meritevoli di riconoscimento da una norma positiva. In altri termini, sembra proprio che la riserva di legge prevista dal comma 2° dell’art. 2740 c.c. (già derogata da innumerevoli normative speciali) sia stata definitivamente svuotata di significato dall’articolo 2645-ter c.c.”. La necessaria residualità del trust è stata in passato negata da Trib. Urbino 31 gennaio 2012, in *Trusts* 2012, p. 406; Trib. Urbino 11 novembre 2011, in *Trusts* 2012, p. 401. Di particolare interesse Trib. Velletri ord. 29 giugno 2005, in *Trusts* 2005, p. 577, che qualifica il trust oggetto di causa come “un negozio a prestazioni corrispettive con effetti in favore del terzo (se non addirittura di un contratto, vista la contestuale accettazione dell’incarico da parte del trustee in cambio di un compenso, con un distacco, quindi, rispetto al modello classico di trust inglese), per mezzo del quale il trustee è divenuto proprietario di alcuni beni ed i beneficiari ... hanno acquisito un diritto di credito nei confronti ... [del trustee], sul quale gravano gli obblighi, di carattere essenzialmente fiduciario, indicati nell’atto istitutivo del trust e, soprattutto, l’impegno a ritrasferire, alla cessazione del trust, i detti beni ai beneficiari (i quali non possono esigere la relativa prestazione sino al 35° anno di età, da intendere come un termine iniziale per l’esercizio del loro diritto al ritrasferimento)” e ritiene tale ricostruzione “perfettamente compatibile con il nostro ordinamento, trattandosi di un negozio atipico degno di tutela in ragione della meritevolezza degli interessi perseguiti ai sensi degli artt. 1322 e 1324 c.c. (sia che lo si ricostruisca come un contratto, sia che lo si veda come un negozio giuridico bilaterale o solo unilaterale)”, la cui causa è la medesima dei trust riconosciuti in forza della Convenzione dell’Aja. V. inoltre Trib. Ravenna, 22 maggio 2014, in *Trusts* 2014, p. 635.

(15) Cass. sez. VI, ord. 24 febbraio 2015, n. 3735, in *Trusts* 2015, p. 418.

(16) L. Gatt, *Dal trust al trust*, Storia di una chimera, cit.; M. Lupoi, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014 (il quale però contrappone il contratto di affidamento fiduciario da lui teorizzato – caratterizzato da un programma di destinazione e da obbligazioni fiduciarie che gravano sul gestore – dal vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c. in quanto tale norma si riferirebbe esclusivamente ad un vincolo “statico”, cioè senza alcun profilo di gestione dinamica dei beni); G. Petrelli, *Trust interno*, art. 2645 ter c.c. e «trust italiano», cit. e precedentemente spunti in Id., *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.* 2006, II, p. 161.

(17) Quali il contratto a favore di terzo, il negozio unilaterale soggetto a rifiuto ex art. 1333 c.c., il negozio di autorizzazione.

(18) V. le brillanti riflessioni di L. Gatt, a proposito dell’atto di destinazione, chiamato anche dall’Autrice “trust interno italiano”, proprio ad evidenziare l’unitarietà di fondo nell’ambito dell’ordinamento in-

terno dei vari schemi di destinazione patrimoniale, piuttosto che le differenze fra negozi regolati dalla legge italiana e negozi che fanno ricorso ad una legge straniera: L. Gatt, *Dal trust al trust*, Storia di una chimera, cit., pp. 268 ss.

(19) Art. 1, comma 3 della legge citata nel testo, la quale all’art. 6 riconosce anche rilevanti agevolazioni fiscali a tali negozi, purché perseguano come finalità esclusiva l’inclusione sociale, la cura e l’assistenza delle persone con disabilità grave, in favore delle quali sono istituiti, e abbiano le ulteriori caratteristiche ivi specificate.

(20) Rilevante in proposito il seguente passaggio: “... la norma che prevede la trascrivibilità del negozio, art. 2645-ter c.c. ora in commento – unica disposizione di riferimento per la fattispecie – non contempla una tipizzazione delle possibili finalità cui è preordinato il vincolo di destinazione costituito con gli atti in parola, e neppure prevede specifiche regole preordinate all’amministrazione o alla gestione dei beni oggetto di vincolo. In effetti, la norma contiene unicamente un riferimento alla compatibilità degli interessi sottesi alla costituzione dei vincoli in parola con l’art. 1322 c.c., che ammette la stipulazione di contratti atipici, purché «... diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico»”.

(21) Naturalmente non sempre l’unico rimedio è l’azione revocatoria: si pensi ai casi di simulazione assoluta o di interposizione fittizia o reale, in cui esistono appositi rimedi che il creditore può attivare. Anche la simulazione può interessare tanto negozi tipici (il classico caso della vendita simulata), quanto i negozi con causa destinataria (si pensi ad un negozio di destinazione con trasferimento di beni ad un affidatario/gestore a cui seguano indebite ingerenze del disponente nella gestione dei beni che denuncino l’assenza di una effettiva autonomia decisionale dell’affidatario/gestore; oppure a tutta la giurisprudenza anglosassone in tema di *sham trust*).

(22) Sia il trasferimento dal disponente all’affidatario che quello dall’affidatario al beneficiario, una volta esaurita la gestione, del bene originariamente vincolato o di quelli che l’hanno sostituito.

(23) Non sembra appropriato definire questa fattispecie “autodestinazione”, come fanno alcuni provvedimenti, perché questo termine che rimanda piuttosto al concetto di destinazione per se stesso. In questo caso il proprietario dei beni ne perde la libera disponibilità vincolandoli nell’interesse di terzi, nei confronti dei quali assume obbligazioni fiduciarie per la gestione di tali beni conformemente al programma destinatario. La destinazione è dunque “autodichiarata”, ma si tratta pur sempre di “eterodestinazione”, perché gli interessi sono riferibili a soggetti terzi.

(24) Introdotto dal D.l. n. 83/2015 (Legge di conversione del 6 agosto 2015, n. 132) e rubricato “Espropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito”, esso recita:

“Il creditore che sia pregiudicato da un atto del debitore, di costituzione di vincolo di indisponibilità o di alienazione, che ha per oggetto beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri, compiuto a titolo gratuito successivamente al sorgere del credito, può procedere, munito di titolo esecutivo, ad esecuzione forzata, ancorché non abbia preventivamente ottenuto sentenza di vittorioso esperimento dell’azione revocatoria, se trascrive il pignoramento nel termine di un anno dalla data in cui l’atto è stato trascritto.

La disposizione di cui al presente comma si applica anche al creditore anteriore che, entro un anno dalla trascrizione dell’atto pregiudizievole, interviene nell’esecuzione da altri promossa.

Quando il pregiudizio deriva da un atto di alienazione, il creditore promuove l’azione esecutiva nelle forme dell’espropriazione contro il terzo proprietario.

Il debitore, il terzo assoggettato ad espropriazione e ogni altro interessato alla conservazione del vincolo possono proporre le opposizioni all’esecuzione di cui al Titolo V del Libro III del Codice di procedura Civile quando contestano la sussistenza dei presupposti di cui al primo comma, nonché la conoscenza, da parte del debitore, del pregiudizio che l’atto arrecava alle ragioni del creditore.”

(25) Si segnala la posizione di G. Petrelli che individua in questa norma la disposizione derogativa all’art. 2740 secondo comma c.c. che consente

anche per i negozi di destinazione “autodichiarati” il prodursi della segregazione dei beni destinati rispetto agli altri beni del disponente, opponibile ai suoi creditori anteriori, non ritenendo che il solo art. 2645 ter c.c. possa legittimare questa conclusione per le destinazioni non traslative. Ove invece vi sia effetto traslativo, è la fuoriuscita del bene dal patrimonio del disponente che fa sì che esso cessi di far parte della sua garanzia patrimoniale generica. V. G. Petrelli, *Trust interno*, art. 2645 ter c.c. e «trust italiano», cit., pp. 210 ss.

(26) Pretendendo peraltro di interpretare la locuzione “meritevoli di tutela” contenuta nell’art. 2645 ter c.c., in maniera completamente difforme da come essa è interpretata nell’art. 1322 c.c., espressamente richiamato dall’art. 2645 ter c.c.! Nessuno infatti oggi (diversamente dal 1942) nega che la meritevolezza cui si riferisce l’art. 1322 c.c. sia identificabile con la mera liceità. Nel senso di individuare la meritevolezza nella liceità, si veda conforme Trib. Prato, 12 agosto 2015, in *Trusts* 2015, p. 575).

(27) La sentenza non trascura di indagare anche tale profilo: “... se la funzione difficilmente può ritenersi realizzata con riferimento alla quota di 1/2 dell’immobile sito in ..., in quanto bene per l’intero gravato dal diritto di usufrutto della madre del conferente e nel quale, circostanza non contestata, il conferente già viveva con il figlio, tuttavia la presenza di un altro immobile può ritenersi idonea a far concludere per la presenza di una meritevolezza intesa nel senso di una creazione di mezzi patrimoniali idonei ad aiutare il figlio a raggiungere una propria autonomia economica.”

(28) L. Gatt, *Dal trust al trust*, Storia di una chimera, cit., p. 271, nota 86, che evidenzia come si tratti di un fenomeno non sconosciuto al nostro ordinamento: si pensi allo schema della cessione del credito, regolato dagli artt. 1260 e seguenti c.c. a prescindere dalla causa che lo sorregge. La locuzione “cessione del credito” è infatti incolore quanto alla causa, e si sostanzia poi in svariate fattispecie (cessione di un credito in luogo dell’adempimento ex art. 1196: causa *solvendi*; cessione del credito in garanzia: causa di garanzia; vendita del credito; donazione del credito). Si pensi anche allo schema del contratto a favore di terzo (art. 1411 c.c.).

Tribunale di Genova, sez. IV civ., 10 marzo 2016, n. 905 – Giudici Mazza Galanti, Viarengo, Casale – L.B. in persona del curatore dello scomparso (Avv. P.L. Zanoni) c. A.S. (Avv. Beecroft).

MATRIMONIO – cessazione degli effetti civili – scomparsa del ricorrente – atti conservativi del suo patrimonio – trasformazione del divorzio da contenzioso in congiunto – condizioni – ammissibilità.

In caso di scomparsa di una delle parti del corso del giudizio di cessazione degli effetti civili del matrimonio, rientra negli atti di conservazione patrimoniale a cui deve essere finalizzata l’attività del curatore, ed in particolare nell’assunzione di tutte le misure necessarie ad evitare la distruzione della ricchezza conseguente allo stato di incertezza che si determina nei rapporti giuridici che fanno capo allo scomparso, la sottoscrizione di un accordo transattivo che definisca tutti i giudizi pendenti tra le parti prevedendo anche la trasformazione in congiunto del divorzio, purché le condizioni concordate non appaiano contrarie a norme imperative o di ordine pubblico né pregiudizievoli alla tutela degli interessi dello scomparso. (1)

A.B.

Motivi della decisione.

Visti il ricorso depositato in data 12.02.2014 dal sig. L.B. al fine di ottenere la cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto il 23.02.1974 e la memoria di costituzione della sig.ra A.S.

depositata in cancelleria in data 30.06.2014;

Visti gli atti relativi alla scomparsa del ricorrente L.B., avvenuta in Genova il 15.11.2014 ed in particolare il decreto reso da questo Tribunale in data 16.2.2016 nella procedura di V.G. con cui è stato rilevato che il curatore ha chiesto di essere autorizzato a sottoscrivere un accordo transattivo con la signora A.S. che avrebbe definito i due giudizi pendenti tra le odierne parti, così evitando, fra l’altro i costi della procedura ed un’eccessiva svalutazione del bene costituito dalla casa ex coniugale, già sottoposto a tre incanti senza esito alcuno, alle condizioni di cui all’istanza del 10.12.2016, ed ha ritenuto che tale soluzione rientrasse negli atti di conservazione del patrimonio a cui deve essere finalizzata l’attività del curatore, ed in particolare nell’assunzione di tutte le misure necessarie ad evitare la distruzione della ricchezza conseguente allo stato di incertezza che si determina nei rapporti giuridici che fanno capo allo scomparso, “là dove gli strumenti per raggiungere lo scopo non possono che essere individuati in funzione sia della complessità di rapporti patrimoniali facenti capo allo scomparso, sia del contesto economico di riferimento” (Così, anche di recente Cass. n. 4081/2014).

Rilevato che all’udienza del 25.02.2016 i coniugi, come sopra rappresentati, hanno manifestato la comune volontà di trasformare in congiunto il ricorso per cessazione degli effetti civili del matrimonio alle condizioni riportate a verbale;

Vista la documentazione prodotta e viste le conclusioni del P.M.; Rilevato in particolare: a) che i ricorrenti si sposarono con matrimonio concordatario in Genova nella data sopra precisata; b) che il matrimonio è stato iscritto presso l’Ufficio dello Stato Civile del Comune di Genova (... *Omissis*...) così come risulta dall’estratto per riassunto dell’atto di matrimonio allegato al ricorso; c) che dall’unione coniugale non sono nati figli; d) che il Tribunale di Genova, con sentenza passata in giudicato n. 3322/2012 aveva pronunciato la separazione personale dei coniugi; Ritenuto che, nella specie, non è dato ravvisare possibilità alcuna di ricostruzione della comunione coniugale;

Ritenuta, conseguentemente, la sussistenza dei presupposti di cui agli artt. 1 e 3 n. 2 lett. b) Legge 1.12.1970, n. 898 in relazione all’art. 4 comma 13 stessa legge nel testo modificato dalla Legge 6.3.1987, n. 74;

Ritenuto che, per quanto riguarda le condizioni concordate dai coniugi che si riportano in dispositivo, esse possono venire integralmente recepite, non apparendo contrarie a norme imperative o di ordine pubblico né pregiudizievoli alla tutela degli interessi dello scomparso.

P.Q.M.

Dichiara la cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto in Genova (... *Omissis*...).

Prende atto delle seguenti condizioni concordate tra i coniugi alle quali conferisce vigore:

–Assegnare alla signora A.S. il domicilio già coniugale e determinare la misura dell’assegno di mantenimento in suo favore in Euro 1.000,00 (mille/00) mensili con decorrenza dal mese di marzo 2016,

–Compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

Ordina all’Ufficiale dello Stato Civile del Comune di Genova di procedere all’annotazione della presente sentenza, dopo il passaggio in giudicato, sull’atto di matrimonio relativo ed alle ulteriori incombenze di cui al R.D. 9.7.1939, n. 1238; (... *Omissis*...).

(1) Il caso del divorzio dello scomparso.

È frequente la considerazione che spesso la realtà supera l’immaginazione, ma nel caso che qui si segnala si potrebbe dire che l’immaginazione conforma a sé stessa la realtà. Le annotazioni

che seguono presentano qualche aspetto metagiuridico soprattutto perché svolte in calce ad una sentenza correttissima ma di assoluta ordinaria amministrazione in quanto dichiarativa di un divorzio secondo formule consuete e consolidate. Non vi sarebbe nulla da chiosare.

Ciò che rende singolare la fattispecie è il concatenarsi di eventi che – come direbbe il diffidente uomo della strada – avrebbero fatto felici gli avvocati e meticolosamente complicato il giudizio dopo anni di controversia. Invece questa vicenda processuale costituisce un modello di semplice ed efficace meccanismo giurisprudenziale in cui il giudice ha potuto altresì avvalersi del contributo di buon senso e serietà professionale dei difensori di entrambe le parti.

I fatti (intrecciati a persistenti criticità genovesi) sono i seguenti. Due coniugi sono già in regime di separazione quando il marito avvia la procedura per il divorzio secondo la normativa antecedente il 2015. Nelle more, il marito viene travolto da un'alluvione in città e probabilmente trascinato sino in mare aperto, senza peraltro essere più ritrovato da allora. (La dichiarazione di morte presunta è ancora in divenire ma ciò non incide sulla nostra storia proprio perché tutti i protagonisti non si sono persi in contestazioni, cavilli o esitazioni). La nomina del curatore dello scomparso consente a tutti gli interessati di atteggiarsi come meglio credono a tutela dei propri assistiti in una situazione sicuramente ingarbugliata con l'ulteriore possibile complicazione dell'esistenza, ad esempio, di terze persone eredi o legatarie testamentarie dello scomparso.

Ebbene, gli avvocati di entrambe le parti nella procedura di divorzio (lo scomparso in persona di un valido curatore), senza tentare di approfittare del guazzabuglio o perdersi d'animo, su posizioni in parte condivise e in parte contrapposte, hanno costruito un accordo equo e ragionevole anche sugli aspetti patrimoniali, compresa l'assegnazione dell'abitazione alla moglie. Il giudice dal canto suo ha pronunciato in piena conformità ed a regola d'arte. Risultano aver prevalso diligenza e professionalità.

Si potrebbe osservare a questo punto che la vicenda rientra ovviamente nella normalità e nell'ordinaria buona amministrazione del diritto e ciò rende del tutto superflua la presente pretesa di commento. Vero. Ma le insolite circostanze riferite, degne di un piccolo romanzo giallo o *noir*, sono state pretesto per una serena pausa riflessiva su un percorso procedurale tanto ovvio quanto originale e positivo.

Enrico Zanelli
Professore emerito dell'Università di Genova

Tribunale di Savona, 6 maggio 2016 - Giudice Unico Princiotta – X (Avv. Susini) c. Comune di Y (Avv. Cardone).

PERSONA fisica e diritti della personalità - tutela della riservatezza - distinzione fra dati personali e dati sensibili - nozione - diffusione di dati personali - fatto illecito - esclusione.

(D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196)

Il D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196 (cosiddetto Codice della privacy) distingue fra dati personali e dati sensibili. Tra i primi rientra qualunque informazione relativa a persona fisica o giuridica, ente od associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale; laddove sensibili sono considerati quei dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni.

politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale. (Nella specie il Comune di X, citato da un suo dipendente per mobbing, aveva deliberato di costituirsi, affidando l'incarico difensivo ad un avvocato, e di ciò aveva dato notizia nell'Albo Pretorio. Il Giudice ha ritenuto che i dati dovesse ravvisarsi la diffusione di un dato personale, ma non sensibile, ed ha quindi escluso che il Comune fosse incorso in responsabilità per fatto illecito).

A.FONT.

In fatto ed in diritto.

I.- Il signor X ha proposto ricorso ai sensi dell'articolo 152 del decreto legislativo 30 giugno 2003 numero 196 chiedendo la tutela del diritto alla riservatezza in seguito all'illecito trattamento da parte del Comune di Y dei suoi dati personali.

Ha assunto a sostegno della domanda:

- 1.- di essere addetto (...Omissis...) presso la Farmacia comunale Z;
- 2.- di aver citato il Comune di Y perché venisse riconosciuto responsabile di una serie di iniziative vessatorie, aggressive e persecutorie nei suoi confronti (c.d. mobbing);
- 3.- l'ente aveva deliberato di costituirsi con la delibera numero 28 che era stata pubblicata sull'Albo pretorio completa dei dati sensibili relativi alla causa: l'indicazione dell'oggetto della vertenza e l'esatto ammontare delle somme richieste a titolo di risarcimento (euro 139.710,00 quali danni non patrimoniali ed euro 9.040,00 a titolo di danno patrimoniale);
- 4.- in seguito (con delibera numero 308), il Comune aveva affidato l'incarico difensivo ad un legale;
- 5.- anche tale delibera era stata pubblicata sull'Albo pretorio priva degli opportuni omissis, violando nuovamente la normativa a tutela della privacy;
- 6.- solo in seguito all'invio di una raccomandata il Comune aveva eliminato dal sito entrambe le pubblicazioni;
- 7.- la prima delibera, pertanto, era rimasta sul sito ben oltre il termine di 15 giorni previsti dalla legge sull'ordinamento degli enti locali;
- 8.- era stato quindi ripetutamente leso suo diritto alla riservatezza da parte dell'amministrazione.

Instauratosi regolarmente il contraddittorio, il convenuto ha chiesto la reiezione della domanda assumendone l'infondatezza in fatto ed in diritto.

Il giudizio è stato rinviato alla data odierna per la discussione dopo che era stato istruito documentalmente e con l'audizione di un teste (il responsabile del servizio informatico del comune di Y) ed in seguito al deposito di memorie difensive.

II.- Nel merito la domanda non è fondata.

Le pubblicazioni in questione, in punto di fatto, non costituivano la diffusione di un dato c.d. sensibile, ma di un dato c.d. personale in quanto riguardavano l'atto di citazione nei confronti del Comune di Y (quale datore di lavoro) con cui il signor X aveva chiesto l'accertamento di comportamenti persecutori assunti nei suoi confronti.

(Cfr. il testo della delibera n. 28 del 18 febbraio 2014: "premesse che in data 6 febbraio 2014 è stato notificato a questa Amministrazione il ricorso nati al Tribunale civile di Savona, sezione lavoro, promosso dal dipendente comunale X, assistito e rappresentato dall'Avvocato Barbara Susini e dall'Avvocato Alessandra Magliotto di Savona, per:

a) accertare l'esclusiva responsabilità del Comune di Y in persona del legale rappresentante pro tempore nella causazione dei fatti che hanno dato origine all'istituto del "mobbing";

b) condannare il Comune di Y, in persona del legale rappresentante pro tempore, al risarcimento dei danni subiti ammon-tanti ad euro 139.710 al titolo di danno non patrimoniale ad euro 9040 di danno patrimoniale;

c) accertare che il mancato conferimento della P.O. sia frutto di un provvedimento illegittimo ed arbitrario e conseguentemente ordinare al Comune di Y in persona del legale rappresentante il ripristino della P.O. in capo ricorrente”).

La legge sulla privacy, infatti, considera “dato personale”, “qualunque informazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente od associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale” laddove i “dati sensibili” sono considerati quei “dati personali idonei a rivelare l’origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l’adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale” (cfr. art. 4 D.Lgs. n. 196/2003).

La pubblicazione oggetto di causa, riguardando un dato personale, non può conseguentemente essere ritenuta di per sé illecita (cfr. Cassazione Sez. 1, sentenza n. 19365 del 22/09/2011: “La salute di un minore costituisce dato personale e sensibile e come tale tutelabile, ai sensi del codice sulla riservatezza (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196), sia in relazione al minore stesso sia in relazione ad altre persone, come i genitori, ai quali la legge (nella specie, l. 5 febbraio 1992, n. 104) riconosca il diritto di ottenere un beneficio come conseguenza di un obbligo di assistenza, essendo la protezione assegnata ai dati sensibili più forte e qualitativamente diversa da quella assegnata ai dati meramente personali. (Nella specie, i genitori si erano avvalsi del maggiore punteggio previsto per le condizioni di salute del figlio minore, ai fini della graduatoria per la conservazione di posti di insegnante nella scuola pubblica e, a seguito di richiesta di tentativo di conciliazione avanzata da altro insegnante controinteressato, la segnalazione della sussistenza dei predetti dati del minore era stata pubblicata dalla P.A. mediante affissione di tale istanza nell’apposito albo”).

Non condivisibile, in particolare, risulta l’assunto difensivo dell’attore secondo cui il mobbing “portando con sé una connotazione di disagio psico-fisico rientra tra i dati sensibili relativi allo stato di salute dell’individuo”.

Così argomentando, infatti, verrebbe frainteso l’effetto dell’eventuale accoglimento della domanda con la causa poe-tendi della stessa (i comportamenti aggressivi, versatori e persecutori integranti il mobbing).

Si trattava, invece, della comunicazione relativa all’instaurazione del giudizio che -solo se favorevolmente accolto- avrebbe comportato, eventualmente, il riconoscimento di una effetto lesivo della salute psicofisica dell’attore (cfr. Cassazione Sez. I, sentenza n. 17698 del 06/08/2014).

Ai fini della configurabilità del mobbing lavorativo devono ricorrere:

a) una serie di comportamenti di carattere persecutorio - illeciti o anche leciti se considerati singolarmente - che, con intento vessatorio, siano posti in essere contro la vittima in modo miratamente sistematico e prolungato nel tempo, direttamente da parte del datore di lavoro o di un suo preposto o anche da parte di altri dipendenti, sottoposti al potere direttivo dei primi;

b) l’evento lesivo della salute, della personalità o della dignità del dipendente;

c) il nesso eziologico tra le descritte condotte e il pregiudizio subito dalla vittima nella propria integrità psico-fisica e/o nella propria dignità;

d) l’elemento soggettivo, cioè l’intento persecutorio unificante di tutti i comportamenti lesivi.

Quand’anche ritenuta relativa ad un dato sensibile, la mera diffusione da parte del Comune della sintetica informazione del giudizio instaurato dall’attore integrerebbe una lesione di minima offensività e non potrebbe, quindi, ritenersi meritevole di tutela (cfr. Cassazione civile, sez. III, 15/07/2014, n. 16133: “Il danno non patrimoniale risarcibile ai sensi dell’art. 15 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (cosiddetto codice della privacy), pur determinato da una lesione del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali tutelato dagli artt. 2 e 21 Cost. e dall’art. 8 della CEDU, non si sottrae alla verifica della “gravità della lesione” e della “serietà del danno” (quale perdita di natura personale effettivamente patita dall’interessato), in quanto anche per tale diritto opera il bilanciamento con il principio di solidarietà ex art. 2 Cost., di cui il principio di tolleranza della lesione minima è intrinseco precipitato, sicché determina una lesione ingiustificabile del diritto non la mera violazione delle prescrizioni poste dall’art. 11 del codice della privacy ma solo quella che ne offenda in modo sensibile la sua portata effettiva. Il relativo accertamento di fatto è rimesso al giudice di merito e resta ancorato alla concretezza della vicenda materiale portata alla cognizione giudiziale ed al suo essere maturata in un dato contesto temporale e sociale. (In applicazione di tale principio la S.C. ha ritenuto non risarcibile il danno alla privacy consistente nella possibilità, per gli utenti del “web”, di rinvenire agevolmente su internet - attraverso l’uso di un comune motore di ricerca - generalità, codice fiscale, attività di studio, posizione lavorativa e retributiva della parte attrice). (...*Omissis*...)

P.Q.M.

Il Tribunale, in composizione monocratica, definitivamente pronunciando, nel contraddittorio delle parti, respinta ogni diversa e contraria istanza, eccezione o deduzione, per le ragioni indicate in motivazione così provvede:

1.- respinge la domanda avanzata dal signor X.

(...*Omissis*...)

Tribunale di Genova, 28 ottobre 2016 – Giudice Unico Del Nevo.

PROCEDIMENTO civile – lite temeraria – violazione del dovere di lealtà e probità – applicazione cumulativa – condanna del soccombente al pagamento di una somma equitativamente determinata – ammissibilità – riduzione dell’onorario dell’avvocato soccombente – indicazione nel dispositivo – necessità.

(Artt. 88, 91, 92 e 96 c.p.c.; art. 5, comma 9, D.M. Giustizia n. 55/2014)

Le fattispecie previste rispettivamente dal primo ed al terzo comma dell’articolo 96 c.p.c. sono suscettibili di applicazione cumulativa, nell’ipotesi in cui ad azioni o difese temerarie per dolo o colpa grave si accompagnino condotte processuali poste in essere in violazione dell’articolo 88 c.p.c., dovendosi intendere il richiamo all’articolo 91 c.p.c., contenuto del terzo comma dell’articolo 96, esteso anche all’articolo 92 c.p.c.

Nelle ipotesi di applicazione dell’articolo 96 c.p.c. il giudice, esponendone nella motivazione le ragioni, deve dichiarare nel dispo-

sitivo la riduzione del 50% del compenso altrimenti liquidabile in favore dell'avvocato del soccombente, ex art. 5, comma 9, del Decreto del Ministero della Giustizia n. 55/2014.

(...Omissis...)

La domanda di convalida di sfratto per morosità relativo al contratto di locazione non abitativa del 1/12/12, stipulato tra F. e R., ed avente ad oggetto l'immobile ad uso albergo di Via Sampierdarena, è stata definita con l'ordinanza di rilascio, emessa da chi scrive il 25/3/16.

In questa fase di merito il convenuto originario ha ribadito di aver perduto già prima della fase di convalida la propria legittimazione passiva in ordine alle domande del ricorrente, avendo ceduto la propria azienda ed il contratto di locazione alla società M s.r.l. con contratto del 28/3/13.

Poiché però l'opponibilità al locatore di tali tipi di cessione viene subordinata dall'articolo 36 della legge n. 392 del 1978 ad una comunicazione che il conduttore deve inviare al locatore con lettera raccomandata con avviso di ricevimento, il R. ha cercato di dimostrare l'accettazione tacita di tale cessione da parte del F., desumibile a suo dire da due elementi. Il primo di essi sarebbe costituito da una "presunzione assoluta di conoscibilità ex lege" da parte del locatore dell'atto di cessione di azienda e di locazione, presunzione che deriverebbe dall'iscrizione di tale atto nel registro delle imprese, e che troverebbe le sue fonti normative negli articoli 2193, secondo comma, e 2556 c.c.

Si tratta però di un'eccezione temeraria, che ignora il principio generale di specialità, per cui una norma dettata in una materia particolare (come l'art. 32 della l. 392/78) deroga al principio generale indicato dal R.

Quest'ultimo ha poi sostenuto che alcuni canoni di locazione sarebbero stati pagati al F. direttamente dalla M. s.r.l. La relativa produzione non risulta però nel fascicolo telematico e, pertanto, tale dato risulta completamente privo di prova.

Poiché la raccomandata richiesta dalla legge non è stata mai pacificamente inviata dal R., la cessione del 2013 non è opponibile al F.

Da quanto appena esposto consegue che sussiste l'esclusiva legittimazione passiva del R. in ordine a tutte le domande di F. La morosità nel pagamento di canoni e spese accessorie, che ammonta alla data del 14/9/16 all'importo di 18.072,75 euro, non è mai stata contestata dal convenuto, il quale l'ha giustificata con la sussistenza di presunti crediti a proprio favore.

Anche in relazione a questi ultimi tuttavia le sue difese sono temerarie.

Con riguardo alla problematica relativa al solaio il convenuto ha dolosamente taciuto al Tribunale, in spregio all'art. 88 c.p.c., l'esistenza dell'atto di transazione del 31/5/13, con il quale le parti avevano definito ogni questione relativa a tale problematica.

Le presunte spese per gli scarichi fognari non sono rimborsabili in base al chiaro disposto dell'articolo 10 del contratto di locazione, che esclude il diritto per il conduttore ad indennizzi e rimborsi al termine del rapporto contrattuale per "modifiche, opere ed innovazioni".

Da quanto appena esposto consegue il rigetto di tutte le domande collegate alle spese relative al solaio ed agli impianti fognari (più in particolare il rimborso del loro importo e la loro compensazione con i crediti avversari, con pagamento dell'eventuale differenza a favore del convenuto).

Quanto sopra travolge anche la domanda di risarcimento dei

danni per la presunta interruzione dell'attività alberghiera, in relazione alla quale peraltro non era stata addotta la necessaria prova contabile.

Ovviamente devono essere respinte anche le domande riconvenzionali di risarcimento danni per lite temeraria ex art. 96, sia primo che terzo comma c.p.c., e la richiesta di compensazione delle spese per la non provata violazione da parte del F. dell'art. 88 c.p.c.

Sono infatti le eccezioni e le domande del R. ad essere connotate dal dolo o dalla colpa grave, con conseguente condanna dello stesso al risarcimento dei danni in favore del F. ex art. 96, primo comma c.p.c.

Nessun risultato positivo potrebbe conseguire per le parti resistenti dalle prove orali richieste dalle stesse, perché inammissibili alla luce della loro totale indeterminatezza per quanto riguarda infatti indicati.

Risulta dalle stesse produzioni del R. che quest'ultimo, al tempo della notifica dello sfratto, avvenuta nel dicembre del 2015, aveva riacquisito l'azienda e la locazione fin dal 16/9/15 da M. s.r.l.

Quest'ultima dunque del tutto temerariamente ha svolto le stesse domande proposte dal Rahman contro il Chiesa, pur essendo totalmente priva di legittimazione attiva.

Da ciò consegue la condanna anche di tale società al risarcimento del danno per lite temeraria ex art. 96, primo comma c.p.c.

Come da consolidato indirizzo di questo Tribunale, che si conforma all'insegnamento della Suprema Corte (v. sentenze 24645/07, 10606/10 e 20995/11) il danno per lite temeraria viene liquidato secondo i parametri della cosiddetta Legge Pinto, in quanto è stata la durata in sé del processo a provocare danno al ricorrente (che deve esser quantificato tra i 1.000,00 ed i 1.500,00 euro per ciascun anno, come statuito dalle sentenze 62361/00 e 64897/01 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo).

Considerando anche il notevole numero delle eccezioni e domande temerarie proposte, che hanno comportato un notevole aggravio per la difesa del F., si ritiene equo applicare il risarcimento nella misura massima di 1.500,00 euro.

Si deve però differenziare la decorrenza di tale risarcimento. Per quanto riguarda il R. la sua resistenza temeraria è iniziata con il deposito della comparsa di costituzione del 18/3/16 durante la fase di convalida.

Le difese temerarie della M. s.r.l. trovano invece la loro origine nella comparsa di intervento volontario del 20/5/16.

I mesi di durata del processo devono quindi considerarsi sette per quanto riguarda il convenuto originario, e cinque per la terza intervenuta.

Spettano quindi al F. rispettivamente per tale titolo 10.500,00 euro dal R. e 7.500,00 euro da M. s.r.l., importi da maggiorare con interessi legali e rivalutazione con le decorrenze diverse sopraindicate.

La difesa del F. ha chiesto l'applicazione nei confronti delle controparti anche del terzo comma dell'art. 96 c.p.c.

Con riferimento alla possibilità di applicare congiuntamente primo e terzo comma di tale norma si deve richiamare l'ordinanza emessa da chi scrive il 15/1/16, nell'ambito di un altro procedimento civile, nella parte in cui si legge che "Si deve a questo punto dare atto della giurisprudenza che, in ordine all'interpretazione dell'istituto in questione, si è attestata sostanzialmente su tre orientamenti:

1) il terzo comma dell'art. 96 c.p.c. troverebbe applicazione in presenza dei medesimi presupposti oggettivi (l'agire o resistere in giudizio) e soggettivi (malafede o colpa grave) di

cui al primo comma, distinguendosi da quest'ultimo esclusivamente per la possibilità di una condanna officiosa della parte soccombente (Tribunale di Verona 28 febbraio 2014; Cassazione n. 21570/2012);

2) pur avendo come i primi due commi natura risarcitoria, costituirebbe una fattispecie autonoma, essendo sufficiente una condotta colposa della parte soccombente, purché la stessa integri violazione dei doveri di lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c. (Tribunale di Terni 17 maggio 2010);

3) il nuovo istituto non avrebbe natura meramente risarcitoria, ma bensì "sanzionatoria" (simile a quella dei "punitive damages" propri degli ordinamenti anglosassoni), traducendosi in una sanzione per la parte soccombente che ha abusato dello strumento processuale (Tribunale di Rovigo 7 dicembre 2010; Tribunale di Varese 22 gennaio 2011).

Si ritiene di proporre un'ulteriore interpretazione della norma che, muovendo dalla decisione del Tribunale di Verona sopra citata, ne valorizzi la totale autonomia rispetto al primo comma.

A parere di questo Giudice il diverso campo di applicazione del terzo comma dell'art. 96 c.p.c., rispetto al primo comma del medesimo articolo, che potrebbe in teoria determinare anche un'applicazione congiunta delle due fattispecie, può essere apprezzato valorizzando la diversità dei comportamenti rilevanti.

Il primo comma prevede una condanna per la parte soccombente che abbia attivato lo strumento processuale oppure resistito alla pretesa di controparte con dolo o colpa grave.

Il terzo comma, invece, è volto più propriamente a colpire la parte che, oltre ad essere soccombente nel merito, ha altresì tenuto una condotta scorretta all'interno del processo.

Pertanto, secondo l'interpretazione che si propone, l'inciso "In ogni caso" riguarda condotte più ampie del mero agire o resistere in giudizio con dolo o colpa grave, comprendendo solo quei comportamenti endoprocessuali posti in essere in violazione dell'art. 88 c.p.c.

Infatti, il richiamo espresso all'art. 91 c.p.c. deve intendersi come riferito al sistema delle spese processuali nel suo complesso, e quindi anche al successivo art. 92 c.p.c.

Quest'ultima disposizione consente al Giudice di condannare la parte, se pur vincitrice nel merito, al pagamento delle spese processuali in caso di trasgressione al dovere di lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c. Parallelamente il terzo comma dell'art. 96 c.p.c. troverebbe applicazione nei casi in cui la parte, oltre ad essere soccombente nel merito e quindi già solo in ragione della soccombenza obbligata alla ripetizione delle spese, ponga in essere un comportamento scorretto all'interno del processo in violazione dei principi generali di cui all'art. 88 c.p.c.

Pertanto, la somma che la parte è tenuta a pagare ha una duplice natura, come è duplice l'interesse che l'art. 96, comma 3, c.p.c. è volto a tutelare: da un lato l'interesse del singolo al ristoro dei danni subiti (funzione compensativa) e dall'altro l'interesse della collettività affinché siano punite le condotte processuali scorrette in un'ottica di prevenzione generale (funzione sanzionatoria).

Nel caso in esame però non si ravvisano condotte scorrette da parte della Magda S.r.l., nei cui confronti non può pertanto trovare applicazione il terzo comma dell'art. 96 c.p.c. Se invece già evidenziato come l'altro resistente abbia ta-

ciuto l'esistenza della transazione riguardante il solaio, violando così il precetto di lealtà correttezza di cui all'articolo 88 c.p.c.

Il R. dovrà quindi essere condannato a pagare al F. un'ulteriore somma, che viene equitativamente determinata applicando gli stessi parametri utilizzati in questa sede per liquidare il danno da lite temeraria.

Spettano quindi al ricorrente ulteriori 10.500,00 euro, che il R. dovrà versare alla controparte con interessi legali e rivalutazione dal 18/3/16 al saldo.

La gravità dell'inadempimento e l'inconsistenza delle eccezioni del convenuto e della terza intervenuta impongono di confermare la data del rilascio dell'immobile in favore del ricorrente indicata nell'ordinanza di rilascio già citata, e di dichiarare la risoluzione del contratto indicato nel dispositivo per inadempimento del conduttore.

Si tratta di una pronuncia di diritto, operando la clausola risolutiva espressa che risulta dal combinato disposto degli articoli 7 e 20 del contratto di locazione.

Da ciò consegue la condanna del solo R. al saldo di tutta la morosità maturata ad oggi, oltre a quella che maturerà fino al rilascio dell'immobile, maggiorata di interessi legali dalle singole scadenze al saldo.

Le spese di lite anche della fase di convalida seguono la soccombenza totale di entrambe le parti resistenti, e sono liquidate solidalmente a loro carico nel dispositivo, applicando i valori medi dello scaglione da 26.000,01 a 52.000,00 euro, così individuato a seguito della proposizione delle domande riconvenzionali di valore indeterminabile.

Anche in questo caso gli importi devono essere differenziati a causa dell'ingresso successivo di M. S.r.l. in questo processo.

Le spese a carico del R. devono infatti essere maggiorate degli esborsi e degli onorari della fase di convalida, liquidati secondo le tabelle in uso presso questa Sezione di questo Tribunale.

Si deve inoltre applicare agli onorari del difensore del F. l'aumento previsto dall'art. 4, comma 8, del decreto del Ministero della Giustizia del 10/3/14.

Tutte le difese della parte vittoriosa infatti, anche alla luce della totale temerarietà delle difese delle controparti, solo risultate manifestamente fondate, e per questo si ritiene di aumentare nella massima misura prevista (e cioè fino a un terzo) gli onorari del difensore di tale parte.

Si deve infine dichiarare in base all'art. 4, comma 9, del decreto ministeriale appena citato, che il compenso del difensore delle parti resistenti deve considerarsi ridotto del 50% rispetto a quello altrimenti liquidabile applicando i valori medi dello scaglione da indicato in precedenza.

P.Q.M.

rigetta tutte le domande svolte da R. e M. s.r.l. contro F; dichiara risolto di diritto il contratto indicato nella motivazione per inadempimento del conduttore R; conferma la propria ordinanza del 25/3/16 emessa tra le parti originarie;

condanna al pagamento in favore di F. (...*Omissis*...);

condanna M. s.r.l. al pagamento in favore di F. (...*Omissis*...);

dichiara ridotto nella misura indicata nella motivazione il compenso del difensore delle parti resistenti.

Massime

Tribunale di Genova, sez. I civ., 24 marzo 2016, n. 1113 - Giudice Unico Spera - F. (Avv.ti Lavagetto e Calloni) c. Circolo Nautico (Avv.ti Saviotti e Cappellini).

ASSOCIAZIONE non riconosciuta - impugnazione delibera sospensione - delibera del consiglio direttivo - applicabilità norme dettate per società.

(Conforme Cass., sez. VI, 10 maggio 2011, n. 10188)

L'impugnazione di una delibera di sospensione del Consiglio Direttivo, organo amministrativo dell'associazione, deve ritenersi regolata non dall'art. 24 c.c. (riferito alle delibere dell'Assemblea) ma dall'art. 2388 c.c. per analogia.

F.A.

Tribunale di Savona, sez. civ., 25 settembre 2016 - Giudice Unico Princiotta - M. S.r.l. (Avv. ti Cerisola e Verda) c. Banca I. S.p.a. (Avv. Pesce) e c. Banca U. S.p.a. (Avv. Sotgiu).

BANCA, credito e risparmio - segnalazione Centrale Rischi della Banca d'Italia - ritardo nel pagamento del debito - carenza presupposti per la segnalazione - richiesta di cancellazione - accoglimento.

(Artt. 51, 53, 67 t.u.b.)

PROCEDIMENTO civile - cancellazione rischiesta con provvedimento d'urgenza - ammissibilità.

(Art. 700 c.p.c.)

A fronte della richiesta, formulata in via d'urgenza, della cancellazione dalla segnalazione alla Centrale rischi della posizione di sofferenza assumendo l'inesistenza dei crediti delle banche e la carenza di presupposti per la segnalazione viene ritenuta, in primis, ammissibile il ricorso ex art. 700 c.p.c. in quanto la controversia cautelare è strumentale alla corrispondente domanda di merito, a sua volta commessa a quella di accertamento del carattere indebito di alcune somme richieste.

Nel merito, la segnalazione di una posizione "in sofferenza" presso la Centrale Rischi della Banca d'Italia richiede una valutazione, da parte dell'intermediario, riferibile alla complessiva situazione finanziaria del cliente e non può quindi scaturire dal mero ritardo nel pagamento del debito o dal volontario inadempimento, ma deve essere determinata dal riscontro di una situazione patrimoniale deficitaria, caratterizzata da una grave e non transitoria difficoltà economica equiparabile, anche se non coincidente, con la situazione di insolvenza (cfr. anche Cass. Civ. Sez. I, sentenza n. 15609 del 09/07/2014).

EL.C.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 10 luglio 2015, n. 2247 - Giudice Unico Del Nevo - P. (Avv. Uras) c. S. (Avv. Cesareo).

COMODATO - comodato precario - restituzione condizionata immobile - obbligo di restituzione del bene a semplice richiesta - sussiste.

(Art. 1810 c.c.)

In ipotesi di contratto di comodato precario, l'accordo tra le parti che la restituzione dell'immobile sia condizionata al reperimento di una seconda abitazione da parte del comodatario, non impedisce l'applicazione dell'art. 1810 c.c. che comporta l'obbligo di restituzione del bene a semplice richiesta.

TZ.LND.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 2 luglio 2015, n. 2125 - Giudice Unico Fioravanti - A. (Avv.ti Astici e Forleza) c. B. (Avv. Dalessio Clementi).

COMUNIONE e condominio - revisione tabelle millesimali - mezzi - presupposti - onere prova.

(Art. 1123 c.c.)

La revisione della tabelle millesimali può essere richiesta dalla parte oltre che con azione ai sensi dell'art. 69 disp. Att. C.C., anche con domanda autonoma in sede di impugnazione di delibera assembleare che approva rendiconto.

L'errore determinante la revisione delle tabelle è costituito dalla obiettiva divergenza fra il valore effettivo delle unità immobiliari e quello tabellarmente previsto. La parte che richiede la revisione delle tabelle non ha l'onere di provare la reale divergenza tra valori effettivi e quelli accertati in tabella, potendosi limitare a fornire la prova anche implicita di siffatta divergenza, dimostrando in giudizio l'esistenza di errori, obiettivamente verificabili, che comportano necessariamente una diversa valutazione dei propri immobili rispetto al resto del condominio.

CE.BRU.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 24 marzo 2016, n. 1116 - Giudice Unico Cannata - A. (Avv. Figheti) c. B. (Avv. Vaccaro).

COMUNIONE e condominio - balcone - frontalino - partecipazione del condominio.

(Artt. 1117 e 1123 c.c.)

Il frontalino del balcone laddove rivestano funzioni decorative e quindi una funzione di tipo estetico rispetto all'intero edificio, costituiscono parti comuni ai sensi dell'art. 1117 n. 3 c.c. con la conseguenza che la spesa per la relativa ripartizione deve ricadere su tutti i condomini in misura proporzionale al valore della proprietà di ciascuno. Per determinare l'entità della partecipazione di ciascun condomino alle spese di interesse comune non si può prescindere dal bilanciamento dell'obbligo di ogni condomino di contribuire economicamente alla conservazione e funzionamento della cosa comune, con il vantaggio e l'utilità che ciascun condomino può trarre.

CE.BRU.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 7 luglio 2015, n. 2162 - Giudice Unico Cannata - Z. (Avv. Sambuceti) c. C.V.B. (Avv. Marchi).

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

Deve essere dichiarata nulla la delibera condominiale con la quale l'assemblea approvi l'esecuzione di opere e interventi all'interno della proprietà di terzi, senza che via sia la prova in ordine al consenso degli stessi e seppur allo scopo di eseguire lavorazioni utili al condominio, in quanto le decisioni assunte a maggioranza, devono comunque trovare ragionevole giustificazione. In caso contrario la delibera non contiene una valutazione di merito, insindacabile dall'autorità giudiziaria, ma un mero esercizio di arbitrio, che rende configurabile l'ipotesi di eccesso di potere e la conseguente nullità.

S.BL.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 7 agosto 2015, n. 2464 - Giudice Unico Cannata - B. A. (Avv. Celi) c. Condominio (Avv. Canali) e c. B. (Avv. Soliman).

COMUNIONE e condominio - parti comuni - uso - distacco - cortile.

COMUNIONE e condominio - legittimazione passiva - condominio - proprietà del bene dei singoli condomini - delibera assembleare - ratifica.

(Art. 1117 c.c.)

Ai fini di determinare se un distacco posto all'esterno dell'edificio sia o meno parte comune ex art. 1117 c.c., è necessario verificare che questo assolva non solo alla funzione di dare aria e luce all'adiacente fabbricato, ma anche di consentirne l'accesso. Così, se i cortili interni al condominio sono certamente aree condominiali in base alla presunzione di cui all'art. 1117 c.c., lo spazio esterno ai muri perimetrali di un condominio, destinato in modo esclusivo all'uso o al godimento dei soli locali posti al piano fondi, deve essere qualificato come "distacco", e quindi non rientrante tra i beni presuntivamente comuni ex art. 1117 c.c.

Il condominio, in persona dell'amministratore, è legittimato passivamente per qualsiasi azione concernente le parti comuni anche senza autorizzazione dell'assemblea, salva la successiva ratifica del suo operato da parte di questa.

F.BGN.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 7 marzo 2016 - Giudice Unico Gandolfo - Condominio Viale des Geneys (Avv. Forino) c. S. (Avv. ti Boero e Campagna).

COMUNIONE e condominio - uso della cosa comune - trasformazione del tetto in terrazza a livello da parte del condominio dell'ultimo piano - illegittimità - domanda di riduzione in pristino - fondatezza.

Non può essere invocato l'art. 1102 cc in caso di eliminazione del tetto dell'edificio, trasformato in terrazza a livello dal proprietario dell'ultimo piano a proprio uso esclusivo, perché non si è in presenza di una modifica finalizzata al miglior godimento della cosa comune, bensì alla sua irreversibile demolizione. Ne consegue l'obbligo di riduzione in pristino.

F.L.O.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 7 marzo 2016, n. 708 - Giudice Unico Casanova - C. (Avv. Taula) c. Wind Telecomunicazioni SpA (Avv. ti Cutolo e Buccomino).

CONTRATTO in genere - contratto telefonico - recesso - addebiti per spese di disattivazione - costi non giustificati - prova - dimostrazione caso per caso delle singole operazioni - superfluità - indennizzo per mancato riscontro del reclamo - reclamo effettuato tramite call center - sufficienza.

(Delibera 73/11 Cons. - Delibera 74/11 Cons., Art.11)

Nella determinazione delle spese di disattivazione a seguito di recesso del cliente non può pretendersi dalla Compagnia telefonica la dimostrazione delle singole e specifiche operazioni compiute, caso per caso, in un campo come quello della telefonia in cui la ripetitività degli interventi può facilmente portare ad una loro valorizzazione forfettaria.

Non è applicabile la disposizione contrattuale che prevede l'inoltro per iscritto, tramite Raccomandata A/R, il reclamo nei confronti della Compagnia telefonica, tenuto conto che i contatti tra cliente ed operatore avvengono tramite appositi call centers, indicati dalla Compagnia stessa.

G.M.T.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 11 luglio 2016, n. 2402 - Giudice Unico Braccialini - F. (Avv. Quenti) c. D.H. (Avv. Lombardi).

CONTRATTO in genere - contratto preliminare - compravendita immobiliare - mancanza di titolo abitativo - risoluzione per inadempimento - insussistenza - nullità - sussistenza - responsabilità precontrattuale - sussistenza.

(Artt. 1338, 1453, 1454 e 2033 c.c.)

La promessa in vendita di un immobile privo del titolo abitativo integra non già un inadempimento idoneo alla risoluzione, bensì un vizio genetico tale da rendere nullo il contratto preliminare; la nullità del contratto preliminare non comporta la semplice restituzione del prezzo ricevuto in acconto con gli accessori dell'art. 2033 c.c., ma comporta anche una responsabilità per i promittenti che determina risarcimenti ai sensi dell'art 1338 c.c. (i promittenti, prima di porre sul mercato e offrire in vendita il bene, avrebbero dovuto - e potuto - verificarne la regolarità edilizia, fondamentale presupposto per la liceità della cessione). (1)

(1) La decisione segue il più recente orientamento di legittimità espresso da Cass., sez. II, 17 ottobre 2013, n. 23591 secondo il quale il contratto preliminare di vendita di un immobile irregolare dal punto di vista urbanistico è affetto da nullità perché viola l'art. 40 l. 28 febbraio 1985, n. 47 («Norme in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia»). La Corte, in quell'occasione, ha riformato la decisione della Corte di appello di Napoli che, conformandosi all'orientamento fino ad allora maggioritario, inquadrava la vicenda nell'area dell'inadempimento, ricorrendo, quindi, al rimedio risolutorio.

F.BART.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 24 marzo 2016, n. 1114 - Giudice Unico Braccialini - Città Metropolitana di Genova già Provincia di Genova (Avv. Scaglia) c. Ente Autonomo Teatro Stabile di Genova (Avv. ti Mozzati e Balletti).

CONTRATTI e obbligazioni della pubblica amministrazione - impossibilità sopravvenuta della prestazione - risoluzione per onerosità sopravvenuta - mancanza di risorse - spending review - taglio dei fondi statali - infondatezza.

(Art. 1385 c.c.)

In tema di risoluzione per onerosità sopravvenuta e comunque di impossibilità sopravvenuta della prestazione, l'impossibilità deve riguardare la prestazione nella sua oggettività e non le vicende soggettive del debitore, quali le difficoltà fisiche o economiche; l'impossibilità non è inoltre configurabile rispetto ad alcune tipologie di obbligazioni, quali in particolari quelle pecuniarie, in quanto l'erogazione di una somma di denaro è per definizione sempre possibile. L'eccezione con cui il convenuto adduce quale causa ostativa dell'obbligazione pecuniaria i tagli finanziari effettuati dal Governo con le misure di spending review avviate dal 2011 in poi non può trovare accoglimento, atteso che una volta assunto dall'ente locale l'impegno di contribuzione periodica e creato il legittimo affidamento sul relativo adempimento nella controparte finanziata, l'ente stesso non può sottrarsi all'obbligo assunto.

S.BL.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 15 marzo 2016, n. 963 – Giudice Unico Gibelli – A. (Avv. Mazzotti) c. V. s.a.s.

DANNI in materia civile – danni da lesioni micro-permanenti – risarcimento – valutazione e liquidazione – criterio di equità – configurabilità.

La liquidazione dei danni alla persona integrati da c.d. lesioni micro-permanenti risulta maggiormente conforme ad equità se strutturata, per ogni caso che si ponga, in base ai valori indicati dai decreti ministeriali previsti dal d. lvo 205/09, valori intesi quali parametri vincolanti solo per i settori di diretta applicazione legislativa e come base indicativa di una valutazione equitativa, per i casi di danni altrimenti procurati. Il diverso orientamento cui fa ancora riferimento la giurisprudenza di legittimità, a partire da Cass. n. 12408/11 non si può più considerare attuale poiché considerata “di settore” e dotata di “motivazione speciali” la previsione di importi di legge per le micro-lesioni da infortunistica stradale, mentre ormai il legislatore ha fatto riferimento ai medesimi valori anche in altri campi (come la responsabilità medica) settori privi di qualsiasi inerenza con le motivazioni “di eccezione” rilevate. E' ormai venuta meno anche la portata della sentenza della Corte Costituzionale 16 ottobre 2014 n. 235, che, aveva individuato motivi di “salvezza” dell'eccezione di una liquidazione ridotta di settore. Tale liquidazione infatti, se universalmente applicata, non risulta più di settore.

S.BL.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 2 luglio 2015, n. 2444 - Giudice Unico Spera - G. (Avv. Tirelli) c. P. (Avv. Amicabile).

DANNI in materia civile - vizi della cosa venduta - responsabilità del venditore - denuncia dei vizi - decadenza - non sussiste.

(Conforme Cass. n. 11452/2000 e n. 6169/2011).

In tema di denuncia dei vizi della cosa venduta, il termine decorre dal ricevimento del bene soltanto per i vizi apparenti, mentre per i vizi non rilevabili attraverso un sommario e rapido esame della cosa, il termine decorre dal momento della loro scoperta, la quale ricorre allorché il compratore abbia acquisito la certezza oggettiva della esistenza del vizio. Il termine per la denuncia di vizi dell'immobile non rilevabili al momento della visita dell'appartamento in quanto inerenti il tetto e i pluviali decorre pertanto dal momento della loro esatta identificazione che può anche coincidere con l'accertamento tecnico giudiziale.

S.BL.

Tribunale di Genova, sez. I. civ., 5 settembre 2016, n. 2792 - Giudice Unico Calcagno - Fallimento A.L.G. (Avv. Liconti) c. B. (Avv. Cantaluppi).

FALLIMENTO - azione revocatoria - compravendita d'immobile - scientia decoctionis da parte del creditore - non si richiede la certezza, basta la probabilità - le caratteristiche del creditore devono essere valutate in concreto, tenendo conto di tutte le particolarità del caso.

(Art. 67 L.F.)

La consapevolezza, da parte del creditore, del dissesto in cui versa il debitore, ai fini della revoca, prevista dall'art. 67, secondo comma, L.F di un atto a titolo oneroso (nella specie, la compravendita di un immobile) può dirsi acquisita non quando sia provata la conoscenza effettiva dello stato di decozione dell'impresa, né quando tale conoscenza possa ravvisarsi con riferimento ad una figura astratta di creditore “medio”, bensì quando la probabilità della scientia decoctionis trovi il suo fondamento nei presupposti e nelle condizioni economiche, sociali e culturali nelle quali si sia concretamente trovato ad operare, nel caso de quo, il creditore del fallito.

A.FONT.

I

Tribunale di Genova, sez. VII civ., 12 luglio 2012, Giudice Unico Zampieri – R. (Avv. ti Grego e Matraini) c. G. (Avv. Ronco).

FAMIGLIA – comunione legale tra coniugi – acquisto di beni durante il matrimonio – azione di accertamento della natura personale del bene – presupposti.

(Artt. 177 e 179 c.c.)

In caso di domanda diretta all'accertamento della natura personale di un bene acquistato in costanza di matrimonio e in regime di comunione legale dei beni, l'attore deve provare la sussistenza di uno dei presupposti di cui all'art. 179 c.c.

(Nel caso di specie la domanda dell'attore diretta all'accertamento della natura personale di un bene immobile acquistato in costanza di matrimonio e in regime di comunione legale dei beni – fondata sull'allegazione di intervenuta donazione indiretta da parte del padre dell'attore effettuata ad esclusivo favore del figlio – veniva respinta dal Tribunale in quanto le dichiarazioni testimoniali assunte e la documentazione in atti hanno comprovato che la volontà del donante, riferita all'epoca della dazione del denaro, fosse quella di donare il bene ad entrambi i coniugi, nell'interesse della famiglia).

II

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 1 febbraio 2016, n. 109 - Rel. Atzeni - R. (Avv. ti Grego e Matraini) c. G. (Avv. ti Ronco e Municchi).

FAMIGLIA – comunione legale tra coniugi – acquisto beni durante il matrimonio – azione di accertamento della natura personale del bene – presupposti.

(Artt. 177 e 179 c.c.)

Per escludere dalla comunione ai sensi dell'art. 179, lett. b) c.c. un bene acquistato da uno dei coniugi in regime di comunione legale è necessario dimostrare la commessione tra il negozio di liberalità avente ad oggetto la dazione di denaro e l'arricchimento del singolo coniuge destinatario della donazione.

(Nel caso di specie la Corte di Appello, confermando la decisione del Tribunale con la quale veniva rigettata la domanda diretta all'accertamento della natura personale di un bene immobile acquistato in costanza di matrimonio e in regime di comunione legale dei beni, ha ritenuto non dimostrato il collegamento tra il negozio-mezzo con l'arricchimento di uno soltanto dei coniugi, e, quindi, non provata la dedotta donazione indiretta dell'immobile).

M.BAG.

Tribunale di Savona, decreto 6 maggio 2015 – Pres. Zerilli – Est. Atzeni.

MINORE – affidamento della prole - rimodulazione delle condizioni – valutazione della compatibilità della nuova sede del genitore collocatario con il regime dell'affido condiviso e con la pienezza del diritto di visita – necessità di risiedere vicino all'altro genitore – rispetto della esigenza della bigenitorialità - sussiste.

Il mutamento della residenza da parte del genitore affidatario o collocatario costituisce l'esercizio di un diritto inviolabile di libertà garantito dall'art. 16 Cost. rispetto al quale l'altro genitore non può opporre altre ragioni che non siano direttamente collegate all'interesse della prole, come nel caso di un evidente ostacolo al proprio diritto di visita con conseguente possibilità ai sensi dell'art. 155 quater c.c. (già abrogato al D. Lgs. 154/2013) di una rimodulazione delle condizioni di affidamento. Ciò, anche nel pieno rispetto dei parametri costituzionali e CEDU. Ed invero il mutamento della residenza del genitore collocatario non è illecito di per sé, in quanto la liceità o meno di tale mutamento dev'essere ricercata sulla base dei parametri consistenti nella oggettiva valutazione della compatibilità della nuova sede con il regime dell'affido condiviso e con la pienezza del diritto di visita da esercitarsi sulla base di tale regime legale e dell'esercizio della responsabilità genitoriale. Tant'è vero che sul punto la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di chiarire come "il mutamento di residenza del genitore collocatario non può ritenersi illecito allorché la vicinanza dei luoghi non interferisca con il regime di visita dell'altro genitore".

(Conf. Cass. n. 6208/2014)

A.D.L.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 30 marzo 2016, n. 1148 - Giudice Unico Albino - U. S.c.r.l. (Avv.ti Fornari, Palumbo, Casolino e Lacagnina) c. Università degli Studi di Genova (Avvocatura Distrettuale dello Stato) e c. D.S. (Avv. Taccogna) e c. A.d.L.d.L. (Avv. De Benedetti) e c. A.d.L. (Avv. Cesareo) e c. A.d.L. (Avv. Lessona).

GIURISDIZIONE civile - responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione - project financing - struttura del contratto - fase pubblicistica dell'operazione - giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

La giurisdizione generale dell'autorità giudiziaria in materia di diritti soggettivi può essere esclusa a favore della giurisdizione amministrativa solo se la controversia rientra in una delle materie che gli artt. 7 e 133 del D.Lgs. n. 104/2010 riservano alla giurisdizione del giudice amministrativo. Le procedure di finanza a progetto si articolano in due fasi procedurali ben distinte, prima delle quali è la fase pubblicistica volta all'individuazione del promotore, che si conclude con l'affidamento della concessione al soggetto vincitore dell'apposita sequenza ad evidenza pubblica. Le controversie insorte in questa fase sono rimesse alla giurisdi-

zione esclusiva del giudice amministrativo, rientrando nella nozione di procedure di affidamento di pubblici lavori di cui all'art. 133, primo comma, lett. e), sub 1 del D.Lgs. n. 104/2010. Va pertanto dichiarata dal giudice ordinario la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine alla domanda del soggetto privato volta ad ottenere il risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale della PA per asserite irregolarità commesse nella predetta fase ad evidenza pubblica.

S.BL.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 9 luglio 2015, n. 2235 - Giudice Unico Ferrari - A (Avv. Crespi Mariotti) c. B (Avv. Dondero).

LOCAZIONE - registrazione - applicazione dell'art. 1 legge 311/2004 - criteri temporali.

(Legge n. 311/2004)

L'art. 1 legge 346 l. 311/2004 secondo cui "I contratti di locazione, o che comunque costituiscono diritti relativi di godimento, di unità immobiliari ovvero di porzioni comunque stipulati, sono nulli se ricorrendone i presupposti, non sono registrati" non si applica ai contratti conclusi prima della sua entrata in vigore avvenuta in data 1 gennaio 2015.

CE.BRU.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 25 marzo 2016, n. 1129 - Giudice Unico Ferrari - P. (Avv. Quaglia) c. S. (contumace).

LOCAZIONE - risoluzione per inadempimento - inadempimento del conduttore - rilascio dell'immobile.

La violazione della clausola contrattuale che prevede la preventiva autorizzazione scritta ad innovazioni, migliorie o modifiche nell'immobile locato comporta la risoluzione del contratto di locazione per grave inadempimento del conduttore ed il conseguente obbligo di rilascio dell'immobile, oltre al risarcimento del danno quantificato sulla base dell'importo necessario per la rimessione in pristino dell'immobile medesimo.

F.BGN.

Tribunale di Savona, 14 agosto 2016 – Giudice Unico Princiotta - M. (Avv.ti Robino e Serenella) c. B. (Avv. Buscemi).

MANDATO - mandato con rappresentanza – procura generale – sua estensione al compimento di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione - è possibile, purché questi vengano espressamente indicati secondo i tipi loro propri - compravendita e permuta – appartengono a tipi diversi - l'indicazione della prima, perciò, non comprende anche la seconda.

(Art. 1708, secondo comma, c.c.)

L'art. 1708, secondo comma, cod. civ. dispone che il mandato generale può essere esteso fino a comprendere anche gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, ma solo se questi sono stati indicati espressamente. Con questo avverbio s'intende che nella relativa procura dev'essere fatta menzione specifica dei tipi di negozio che il mandatario è autorizzato a concludere (Nella specie si è ritenuto che il mandatario non avesse il potere di stipulare una permuta, richiamandosi alla menzione, fatta nella procura, della compravendita, poiché trattasi di negozi appartenenti a due tipi diversi.

A.FONT.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 31 luglio 2014, n. 3042 - Giudice Unico Veglia - G. (Avv. Colonnello) c. V. (Avv. Biolè).

MARCHI - marchio letterale - inibitoria - introduzione con atto di citazione - inammissibilità - competenza: Giudice monocratico e Giudice collegiale.

È inammissibile la domanda di inibitoria di utilizzazione di un marchio letterale ("New Trolls") introdotta con atto di citazione, da proporsi invece con autonomo ricorso, secondo quanto previsto dall'Art. 700 c.p.c.; detto provvedimento ha natura anticipatoria rispetto al giudizio di merito, che dovrà essere introdotto con successiva citazione, prevedendosi una diversa scansione processuale nelle due fasi del giudizio.

Detta scansione è altresì accentuata dal fatto che, trattandosi di marchi, la valutazione dell'inibitoria sarebbe di competenza del Giudice monocratico e quella successiva, di merito, del Tribunale in composizione collegiale.

A.V.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 21 luglio 2014, n. 2705 - Giudice Unico Cannata - A. S.a.s. (Avv. Giudice) c. A.S.R.I. (Avv. S. Bellomo).

MEDIAZIONE - mandato a vendere - inquadramento - contratto tra professionista e consumatore - effetti.

Il contratto con il quale il proprietario persona fisica conferisce incarico ad una società agenzia immobiliare di ricercare potenziali acquirenti per la compravendita del proprio immobile, è contratto tra professionista e consumatore e come tale sottoposto alla relativa disciplina, allorché siano previste clausole quali il divieto per il proprietario di revoca dell'incarico prima della scadenza con previsione in tal caso di una penale del 5% del prezzo di vendita o il pagamento di una penale del 5% nel caso in cui renda impossibile le visite a potenziali acquirenti, trattandosi di clausole che, in quanto previste a carico del solo consumatore, sono vessatorie in quanto determinanti un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto stesso e pertanto da considerarsi abusive.

ALB.SPIN.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 15 settembre 2015, n. 2607 - Giudice Unico Giordano - B. (Avv. Broglia) c. M. (Avv. Levrero).

MUTUO - restituzione - onere della prova.

L'attore che chiede la restituzione di somme date a mutuo è, ai sensi dell'art. 2697, comma 1, c.c., tenuto a provare gli elementi costitutivi della domanda, e quindi non solo la consegna ma anche il titolo della stessa, da cui derivi l'obbligo della vantata restituzione.

CLI.P.

Tribunale di Savona, 10 marzo 2016 - Giudice Unico Acquarone - X c. Banca Z.

MUTUO - mutuo fondiario - interessi corrispettivi - usura sopravvenuta - ripetizione dell'indebito - insussistenza.

(Art. 1, L. 24/2001)

Può configurarsi cd. "usura sopravvenuta" in relazione ad alcuni periodi di vigenza di un mutuo fondiario, stipulato con un istituto

di credito a tasso variabile nel 1997, solo allorché il tasso di interesse corrispettivo praticato, valutato comunque separatamente dagli interessi moratori, superi il tasso soglia, verificandone l'ammontare al momento della stipulazione del contratto, e non già al momento del pagamento, con conseguente impossibilità di configurabilità della cd. "usura sopravvenuta", per la sussistenza della quale momento determinante risulta quindi essere solo quello relativo alla pattuizione negoziale, senza che modifiche esterne sopravvenute possano incidere, in ossequio a quanto previsto dall'art. 1 L. 24/2001.

(Conf. Cass. n. 21885/2013 e Cass. n. 3968/2014).

In caso di abbandono dei lavori di ristrutturazione di un immobile l'impresa inadempiente è condannata alla ripetizione di quanto versato in eccesso a titolo di acconto rispetto all'ammontare dei lavori effettivamente eseguiti, oltre agli interessi legali dalla domanda al saldo effettivo. Gli interessi decorrono dalla domanda ex art. 2033 c.c. dovendosi presumere, in difetto di prova contraria, che si tratti di somme percepite in buona fede.

La domanda di risarcimento del danno emergente deve essere riqualificata come domanda di ripetizione dell'indebito in quanto l'acconto risulta indebitamente versato a fronte dell'inadempimento di parte convenuta. Va rigettata la domanda relativa al risarcimento del lucro cessante, non essendo allegata la pattuizione di un termine per il completamento dei lavori e non essendo idoneo a provare il danno da lucro cessante il registro dei corrispettivi del mese. Il danno da lucro cessante, infatti, deve essere parametrato non al corrispettivo incassato ma al guadagno, al netto di tutte le spese.

E.B.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 11 dicembre 2014 n. 5154, - Giudice Unico Cannata - L. (Avv. Petrelli) c. M. (Avv. Confalonieri).

NUOVA opera e danno temuto - nozione di nuova costruzione - denuncia di nuova opera - rispetto delle distanze legali tra proprietà - riduzione in pristino - necessità.

(Artt. 873 e 1171 c.c.; L. 5/08/1978 n. 457; Cass. nn. 3391/2009, 9637/2006, 19287/2009, 22688/2009, 213/2006, 3968/2013, 7525/2002)

Preliminarmente, non avendo parte attrice dimostrato la proprietà del mappale in base ad un valido titolo di acquisto, né per usucapione, occorre determinare cosa si intende per nuova costruzione. Nella nozione di nuova costruzione, infatti, rientra non solo l'edificazione di un manufatto su un'area libera, ma anche gli interventi di ristrutturazione che, in ragione della entità delle modifiche apportate al volume ed alla collocazione del fabbricato, rendano l'opera realizzata nel suo complesso oggettivamente diversa da quella preesistente. Per la giurisprudenza, "in tema di opere edilizie, qualora siano venute meno, per eventi naturali o per demolizione, le preesistenti strutture edilizie, si ha mera ricostruzione se l'intervento si traduce nel ripristino delle strutture precedenti, senza alcuna variazione rispetto alle originarie dimensioni dell'ufficio e, in particolare, senza aumenti della volumetria né delle superfici occupate in relazione alla originaria sagoma d'ingombro; in presenza di tali aumenti, si tratta invece, di nuova costruzione come tale sottoposta alla disciplina in tema di distanze vigente al momento della medesima".

Cosicché si ha ristrutturazione quando gli interventi, che determinano modificazioni solo interne, hanno interessato un edificio mantenendo inalterate le componenti essenziali mentre si ha ricostruzione

quando non si è avuta una variazione delle dimensioni e nessun aumento della volumetria. Al contrario, in caso di aumenti, si avrà una nuova costruzione; questa dovrà considerarsi tale anche ai fini del computo delle distanze rispetto agli edifici contigui, previste dagli strumenti urbanistici nel caso in cui lo strumento urbanistico contenga una norma per la quale le prescrizioni sulle maggiori distanze per le nuove costruzioni siano previste anche per le ricostruzioni e, se non esiste la norma, solo sulle parti eccedenti le dimensioni dell'edificio originario. Sono ristrutturazioni edilizie, per la Legge 457/1978, che comportano esonero dall'osservanza delle prescrizioni sulle distanze, quegli interventi su fabbricati esistenti e su entità che hanno muri perimetrali, strutture orizzontali e di copertura che assolvano le loro funzioni di delimitazione, sostegno e protezione. Ne deriva che una costruzione, in quanto tale, deve soggiacere alle prescrizioni di cui all'art. 873 c.c. nonché alle norme e regolamenti che prescrivono una distanza dal confine per le costruzioni in quanto si tratta di norme integrative delle disposizioni codicistiche aventi la finalità di disciplinare i rapporti tra privati e di promuovere un ordinato assetto urbanistico. Nella fattispecie, però, a seguito istruttoria e dalla CTU, non si può considerare il manufatto quale nuova costruzione fatta eccezione per il c.d. loggiato.

Poiché la Cassazione, sez. II n. 3968/2103 e sez. II n. 7525/2002, ha stabilito, al riguardo, le misure necessarie quando due fondi siano separati da una striscia di terreno intermedio, ineditato o ineditabile, ne deriva che deve essere ordinata la demolizione del loggiato fino alla distanza di mt. 1,60 dal confine con il "crosino".

MA.GRI.

Consiglio Superiore della Magistratura, sez. disciplinare, 25 febbraio 2016 - Vice Pres. Legnini - P.G. Finocchi Gherzi - Rel. Palamara - Incolpato Dott.ssa Daniela Canepa.

ORDINAMENTO giudiziario - dovere di imparzialità del giudice relatore nella proposta di nomina del curatore fallimentare - proposta di soggetto non iscritto negli elenchi predisposti dal Presidente della Sezione per le nomine in periodo feriale - natura degli stessi - mere raccomandazioni - eventuale carattere vincolante attribuito dal Presidente - mancata conoscenza di tale carattere da parte del giudice relatore - rilevanza.

(Artt. 1 e 2, comma 1, lettera a) del decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109).

ORDINAMENTO giudiziario - proposta a curatore di soggetto diverso da chi rivestiva la precedente qualifica di commissario giudiziale - difformità dalla prassi seguita dall'ufficio - mancata informativa al collegio della circostanza - dichiarazione di estinzione della procedura di concordato preventivo - rilevanza.

(Art. 1 e 2, comma 1, lettera a) e d) del decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109).

ORDINAMENTO giudiziario - proposta a curatore - mancata informazione al collegio dei precedenti incarichi svolti dal soggetto indicato - induzione in errore nella nomina - conoscibilità degli incarichi in base ad apposito elenco da parte del Presidente e del collegio - rilevanza.

(Artt. 1 e 2, comma 1, lettere h) e n) del decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109).

Gli elenchi dei professionisti individuati dal Presidente della sezione, di concerto con gli altri magistrati ad essa appartenenti, e

dai quali i giudici relatori nelle procedure fallimentari possono attingere per proporre la nomina dei curatori, non rivestono carattere cogente in difetto di previsioni legislative in tal senso, rivestendo la natura di mere raccomandazioni che, nell'esercizio delle loro prerogative, i Presidenti rivolgono ai componenti dell'ufficio al fine di stabilire prassi uniformi nella rotazione degli incarichi. Pertanto, non configura violazione dei doveri generali di imparzialità, correttezza ed equilibrio di cui agli artt. 1 e 2, comma 1, lettera a) del decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109, l'indicazione al collegio di un professionista non iscritto nell'apposito elenco appositamente predisposto per le nomine da attuarsi nel periodo feriale, allorché di detta nomina si sia discusso in camera di consiglio e non risulti provato che il giudice relatore fosse stato portato a conoscenza del suddetto elenco da parte della cancelleria e che si fosse tenuta una riunione tra i magistrati della sezione fallimentare ove veniva affermato il carattere vincolante dello stesso. (Nel caso di specie il Presidente del Collegio, benché a conoscenza del suddetto elenco non ne faceva alcuna menzione. La mancata trasmissione formale dell'elenco e l'assenza di una preventiva riunione tra i componenti della sezione fallimentare sono elementi dai quali evincere la mancanza della consapevolezza di violare un atto vincolante).

Non configura illecito disciplinare l'aver proposto la nomina di detto professionista contro la prassi dell'ufficio volta a preferire chi fosse già stato nominato commissario giudiziale nell'ambito della procedura di concordato preventivo, né l'aver dato informazione al collegio di tale pregressa circostanza, allorché detta procedura risultava era stata dichiarata estinta dallo stesso magistrato con provvedimento che, in quanto emesso prima dello svolgimento della camera di consiglio e della successiva dichiarazione di fallimento della società, ben poteva essere conosciuto dal Presidente o dagli altri giudici.

Non configura l'ipotesi di induzione in errore del Presidente e degli altri componenti del collegio e, quindi, illecito disciplinare ai sensi degli artt. 1 e 2, comma 1, lettere h) e n), del decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109, l'aver riferito loro, nella camera di consiglio del 13 agosto 2014, che il professionista non era stato nominato da oltre un anno, sia perché lo stesso risultava essere stato nominato anche da altri componenti della sezione, sia perché dall'"elenco degli incarichi conferiti ai curatori" si poteva risalire al numero degli incarichi ad esso in precedenza conferiti (nella specie il medesimo risultava aver ricevuto quattro incarichi nel 2013 -l'ultimo nel mese di agosto- e durante lo svolgimento della camera di consiglio nessuno dei componenti del collegio aveva fatto riferimento all'elenco in questione).

M.TY.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 30 marzo 2016, n. 1152 - Giudice Unico Grasso - M. (Avv. Foroni) c. P. (Avv. Attinà e Rossi).

POSSESSO e azioni possessorie - turbativa - pluralità di atti - univocità - decorrenza del termine e onere della prova.

Nel caso di spoglio o turbativa posti in essere con una pluralità di atti, il termine utile per l'esperimento dell'azione possessoria decorre dal primo di essi soltanto se quelli successivi, essendo strettamente collegati e connessi, devono ritenersi prosecuzione della stessa attività; altrimenti, quando ogni atto - presentando caratteristiche sue proprie - si presta ad essere considerato isolatamente, il termine decorre dall'ultimo atto.

Qualora il ricorrente denunci un unico atto di spoglio e sia il convenuto ad eccepire l'esistenza di altro, precedente atto, oggettivamente connesso a quello riferito, in applicazione degli ordinari

criteri di ripartizione dell'onere della prova spetta al resistente fornire prova del collegamento preteso.

(Conforme: Cass., 23 maggio 2012, n. 8148; Cass., 5 giugno 2007, n. 13116)

A.BEE.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 9 aprile 2015, n. 1152 - Giudice Unico Ziccardi - S. (Avv. Bozzano) c. Condominio (Avv. Cimaschi).

PROCEDIMENTI cautelari - decreto ingiuntivo - opposizione - revoca - soccombenza virtuale - condanna alle spese.

Con l'opposizione ad un decreto ingiuntivo emesso in forza di una delibera assembleare il condomino non può far valere ragioni di annullabilità della delibera medesima (che devono, invece, essere sollevate con l'impugnazione ex art. 1137 c.c.) ma unicamente la sussistenza del debito e la documentazione posta a fondamento dell'ingiunzione.

Pertanto, sussistendo il titolo costitutivo e permanendo la sua efficacia, ma essendo stata pagata la somma ingiunta solo a seguito della notifica del decreto ingiuntivo, quest'ultimo deve essere revocato ma, sulla base della cd. "soccombenza virtuale", le spese vanno poste a carico degli opposenti.

F.BGN.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 13 aprile 2015, n. 1188 - Giudice Unico Bellingeri - V. (Avv.ti Campagna e Lambertini) c. Condominio (Avv. Olcese).

PROCEDIMENTI cautelari - decreto ingiuntivo - opposizione - revoca - poteri del giudice dell'opposizione.

L'opposizione ad un decreto ingiuntivo emesso sulla base di una delibera assembleare nel frattempo annullata in altra sede giudiziale deve essere accolta.

Peraltro, nel caso in cui il convenuto in opposizione si limiti a chiedere la conferma del decreto ingiuntivo, il giudice non ha il potere di determinare l'esatta misura del debito dell'opponente, ma deve limitarsi a verificare la perdurante esistenza ed efficacia delle relative delibere assembleari, non potendo nemmeno sindacare la loro validità.

F.BGN.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 10 dicembre 2014, n. 12354 - Giudice Unico Tuttobene - W. (Avv. La Camera) c. Zurich Insurance Plc (Avv. Scofone).

PROCEDIMENTO civile - tardiva costituzione di parte opponente - insussistenza - nullità ricorso monitorio - difetto di procura - insussistenza.

(Art. 645 c.p.c. - Cass. SS.UU. 19246/2010)

FIDEIUSSIONE - inefficacia clausole - insussistenza.

E' tempestiva la costituzione di parte opponente che avviene entro 10 giorni dalla notifica della citazione. Nel caso in esame non sussiste il dimezzamento dei termini ex art. 645 c.p.c. come in Cass. SS. UU. N. 19246/2010 in quanto l'art. 1 della legge n. 218/2011, che si applica anche alla controversia in esame, ha soppresso la disposizione dell'ultimo periodo del capoverso dell'art. 645 c.p.c. inerente alla riduzione a metà dei termini di comparizione. L'art. 2 della stessa legge, infatti, ha previsto che nei

giudizi pendenti alla data di entrata in vigore della legge, l'art. 165, 1° c., deve interpretarsi nel senso dell'opposizione a decreto ingiuntivo, se l'opponente ha assegnato all'opposto un termine di comparizione inferiore a quello ex art. 163 c.p.c. che però, nel caso di specie, non si è verificata. La legittimazione del rappresentante pro - tempore della convenuta opposta, risulta dalla procura notarile nella quale questi è nominato procuratore speciale della società amministratrice.

Le eccezioni sollevate dalla società, quale attrice opponente, non possono essere opposte in quanto l'art. 5 delle condizioni generali di assicurazione, riproduce lo schema di polizza fideiussoria approvato dal Direttore dell'Agenzia delle Entrate e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 138 del 15/06/2004. In base al medesimo articolo, infatti, la società si obbliga a versare, senza alcuna eccezione, a meno che non abbia già provveduto il garantito, le somme richieste dall'Ufficio Entrate e il garante non avrebbe potuto sollevare alcuna contestazione in merito al rapporto sottostante all'amministrazione finanziaria. Inoltre l'art. 15 delle stesse condizioni generali di assicurazione, stabilisce che il garantito è obbligato a rimborsare alla società immediatamente e a richiesta quanto pagato all'amministrazione finanziaria, non potendo far valere alcuna eccezione, comprese quelle ex art. 1952 c.c. Ne deriva che la clausola è valida ed efficace in quanto approvata specificatamente per iscritto dal contraente ex artt. 1341 e 1342 c.c. come risulta dal contratto. Non si ritiene neppure che l'inefficacia possa derivare dall'applicazione degli artt. 1469 bis e ss. del c.c., attualmente artt. 33 e ss. del D. Lgs. 206/2005 - codice del consumo, in quanto entrambi i contraenti sono persone giuridiche.

MA.GRI.

Tribunale di Genova, sez. IX civ., 4 marzo 2016, n. 801 - Pres. Costanzo - Est. Scarzella - V. (Avv.ti Cassinelli e Pardini) c. C. (Avv.ti Lovati e Chiocca).

PROCEDIMENTO civile - incompetenza territoriale e decreto ingiuntivo - declaratoria di invalidità del decreto ingiuntivo emesso dal giudice territorialmente incompetente - effetti.

(Artt. 18 e 38 c.p.c.)

PROCEDIMENTO civile - domanda riconvenzionale - ammissibilità - comunanza del rapporto giuridico.

(Art. 36 c.p.c.)

CONTRATTO in genere - contratto atipico - compresenza di elementi del contratto di appalto e di quello di edizione - sussistenza di interessi meritevoli di tutela.

(Artt. 118 - 135 L.A.; Artt. 1322 c.c. e 1655 ss. c.c.)

CONTRATTO in genere - contratto atipico - nullità - determinazione o determinabilità dell'oggetto - mancata individuazione del numero minimo di copie.

(Artt. 1322 e 1418 c.c.)

Il decreto ingiuntivo emesso da un soggetto privo della competenza territoriale idonea a pronunciarlo deve ritenersi invalido e deve pertanto essere revocato. In particolare, la sentenza con cui il giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo dichiara l'incompetenza territoriale del giudice che ha emesso il decreto contiene infatti, ancorché implicita, la declaratoria di invalidità del decreto ingiuntivo sicché la tempestiva riassunzione del giudizio dinanzi al giudice dichiarato competente non può essere riferita alla causa di opposizione al decreto, che ormai non esiste più, ma costituisce un nuovo atto di

impulso di un ordinario giudizio di cognizione avente ad oggetto la medesima domanda proposta con il ricorso in sede monitoria.

(Conforme: Cass., sez. II, 09 novembre 2004, n. 21297)

La relazione di dipendenza tra domanda riconvenzionale e titolo dedotto in giudizio dall'attore che l'art. 36 c.p.c. prescrive quale requisito indefettibile per la trattazione simultanea delle cause nello stesso processo, se anche non si configura come totale identità della causa petendi, richiede in ogni caso una comunanza della situazione o del rapporto giuridico su cui si fonda la riconvenzionale. In particolare, tale comunanza deve ritenersi sussistente con riguardo ad una pluralità di contratti di prestazione editoriale rientranti nell'ambito di un rapporto continuativo fra le Parti e caratterizzati tutti dal medesimo contenuto.

Il contratto in oggetto, essendo caratterizzato da elementi riconducibili sia a quello di edizione che a quello di appalto, deve qualificarsi come atipico. Esso appare meritevole di tutela in quanto con questo contratto l'autore persegue il suo specifico interesse a vedersi pubblicata, anche se con costi a proprio carico (a differenza di quanto accade in quello di edizione), la propria opera dell'ingegno.

I vari contratti atipici in discussione devono ritenersi nulli per indeterminatezza ed indeterminabilità dell'oggetto (nello specifico carenza assoluta di indicazione del numero di copie da stampare). Presentando i contratti in discussione maggiori affinità con quello di appalto, la determinazione contrattuale del numero minimo di copie da pubblicare costituisce la necessaria tutela per l'Autore che corrisponde un corrispettivo unitario per la produzione e pubblicazione della propria opera. In assenza di tale previsione non può infatti essere validamente effettuata un'ideale valutazione circa la sinallagmaticità delle prestazioni contrattuali, con ogni correlata conseguenza.

(Conformi: Cass., sez. III, 12 aprile 2002, n. 5281; Cass., 29 febbraio 2008, n. 5513 e Cass., sez. III, 25 novembre 2014, n. 24995)

F.L.R.M.

Tribunale di Savona, 14 settembre 2016 - Giudice Unico Princiotta - G. (Avv. Barrui) c. Banco Popolare Società Cooperativa (Avv. Zanetti).

PROCEDIMENTO civile - opposizione a decreto ingiuntivo - condizioni di procedibilità della domanda giudiziale - mediazione - obbligatorietà - sussiste.

(Artt. 645, 653 c.p.c.; art. 5, D.Lgs. n. 28/2010)

In tema di opposizione a decreto ingiuntivo, l'attivazione del procedimento di mediazione compete alla parte opponente, quale parte interessata ad introdurre il giudizio di merito; in difetto ne consegue l'improcedibilità della domanda e l'irrevocabilità del decreto ingiuntivo oggetto di opposizione (cfr. Corte di Cassazione, Sez. 3, sentenza n. 24629 del 03/12/2015).

In tema di opposizione a decreto ingiuntivo, l'onere di esperire il tentativo obbligatorio di mediazione verte sulla parte opponente poiché l'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010 deve essere interpretato in conformità alla sua "ratio" e, quindi, al principio della ragionevole durata del processo, sulla quale può incidere negativamente il giudizio di merito che l'opponente ha interesse ad introdurre". (Cfr. Tribunale Napoli, sez. IX, 21/03/2016, n. 3738, "Nel procedimento monitorio, se le parti non hanno esperito la mediazione disposta dal magistrato, il giudice deve dichiarare l'improcedibilità dell'opposizione a decreto ingiuntivo e tale improcedibilità travolge non la domanda monitoria consacrata nel provvedimento ingiuntivo ma l'opposizione ad essa").

T.BLE.

Tribunale di Genova, sez. VII civ., 8 novembre 2016, n. 3382 - Giudice Unico Bianchi - G. (Avv. Belmondo e Ghigliotti) c. L. (Avv. Eduppe e Rovero).

PROCEDIMENTO civile - precetto - omesso avvertimento della possibilità per il debitore di utilizzare l'istituto del sovraindebitamento - irregolarità formale - irrilevanza ai fini della validità del precetto.

(Art. 480, comma 2 c.p.c.)

PROCEDIMENTO civile - opposizione all'esecuzione - domanda riconvenzionale dell'opponente - inammissibilità.

(Art. 615 c.p.c.)

Il mancato avvertimento nel corpo del precetto della possibilità per il debitore di utilizzare l'istituto del sovraindebitamento non provoca la nullità del precetto, mancando un'espressa previsione legislativa in tal senso.

Nel giudizio di opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. è inammissibile la domanda riconvenzionale dell'opponente, giacché l'opponente ha la veste sostanziale e processuale di attore e non di convenuto.

A.B.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 21 luglio 2014, n. 2708 - Giudice Unico Cannata - A. (Avv. Semeria) c. G. (Avv. Bruzzone).

PROPRIETÀ - azione di regolamento di confini - natura - onere probatorio - potere del Giudice.

PROPRIETÀ - azione di regolamento di confini - scrittura di accordo circa il frazionamento - rilevanza - domanda riconvenzionale di usucapione - effetti.

SERVITÙ - condizione potestativa risolutiva - ammissibilità.

L'azione di regolamento di confini postula un'incertezza oggettiva o soggettiva, ovvero che manchi una demarcazione visibile oppure questa pur esistendo non sia idonea a separare i fondi in modo certo e definitivo, anche se non vi è in atto il possesso promiscuo della zona intermedia, ricadendo su ambo le parti l'onere probatorio di dimostrare, con ogni mezzo di prova, anche tecnico o presuntivo, quale sia l'esatta linea di confine.

(Conf. Cass. Civ. 2857/1995)

In relazione alla finalità dell'azione di regolamento di confini, che è quella di imprimere certezza a un confine obiettivamente incerto tra due fondi, l'art. 950 c.c. riconosce al giudice poteri più ampi di quelli spettanti nelle controversie di rivendica, svincolandolo per un verso dall'osservanza del principio "actore non probante reus absolvitur", poiché l'onere di indicare gli elementi utili grava su entrambe le parti e dandogli, per altro verso, ampia facoltà di scegliere gli elementi ritenuti decisivi o di avvalersi di più elementi concordanti, senza fissare alcuna graduatoria di importanza tra gli stessi, a parte il carattere di sussidiarietà esplicitamente attribuito alle risultanze delle mappe catastali.

(Conf. Cass. Civ. 5115/1993)

In tema di azione di regolamento di confini, integra mezzo di prova rilevante per il convincimento del Giudice l'atto catastale di frazionamento con identificazione dell'oggetto, allegato all'atto pubblico di compravendita, viepiù se successivamente recepito nelle mappe catastali, a nulla rilevando l'eventuale diverso accordo contenuto nel preliminare.

L'azione di regolamento di confini di cui all'art. 950 c.c., qualora sia circoscritta all'individuazione della linea di confine, essendo incontestati i titoli di proprietà, non muta la sua natura né in conseguenza della domanda riconvenzionale di usucapione avanzata dal Convenuto né per il fatto che l'accertamento del confine, una volta eliminato il conflitto tra fondi, potrà comportare il rilascio della porzione di terreno indebitamente posseduta, quale effetto dell'obbligo conseguente alla determinazione dei confini.

(Conf. Cass. Civ. 9913/2004)

La costituzione di una servitù volontaria ben può essere subordinata a condizione risolutiva, che non è incompatibile con la costituzione di una servitù poiché non incide sul requisito della permanenza, connaturale al contenuto reale dell'asservimento tra due fondi, ma si risolve in un modo convenzionale di estinzione della servitù stessa ed è perciò valida anche se meramente potestativa, in quanto l'art. 1355 c.c. limita la nullità, nell'ambito delle condizioni meramente potestative, a quelle sospensive.

(Conf. Cass. Civ. 6107/1981)

ALB.SPIN.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 21 ottobre 2016, n. 3226 – Giudice Unico Gibelli – L. (Avv. Mortara) c. U. S.p.A. (Avv. Gualeni).

PROVA testimoniale – incapacità a testimoniare – rilevanza – limiti.

(Art. 246 c.p.c.)

La deduzione della incapacità a testimoniare di soggetto che potrebbe partecipare al giudizio è una mera difesa. La relativa questione non deve quindi essere necessariamente dedotta in terza memoria, e neppure nella prima difesa successiva all'indicazione del teste. La questione deve invece essere posta dalla parte contrinteressata o rilevata d'ufficio prima della escussione. Ove tuttavia il giudice abbia proceduto all'esame la successiva eccezione di nullità deve essere ulteriormente sollevata dalla parte interessata e che non abbia dato corso alla nullità

S.BL.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 10 luglio 2015, n. 2246 - Giudice Unico Ferrari - A. (Avv.ti Beecroft e Botteri) c. B. e C. terzi intervenuti (Avv. Viotti).

RAPPRESENTANZA nei contratti - atti compiuti da falsus procurator - ratifica - limiti - domanda di risoluzione del contratto di locazione e condanna del conduttore al pagamento dei canoni - legittimazione attiva comproprietario - limiti.

La ratifica degli atti compiuti dal falsus procurator non opera nel campo processuale né, fuori dal caso previsto dall'art. 125 c.p.c., in caso di procura alle liti, e, pertanto, non comporta sanatoria delle decadenze nel frattempo maturate. Con riguardo alle domande di risoluzione del contratto di locazione e condanna del conduttore al pagamento dei canoni deve essere negata la legittimazione attiva del comproprietario del bene locato ove risulti l'espressa volontà contraria degli altri comproprietari, considerato che in detta situazione resta superata la presunzione che il singolo comunista agisca con il consenso degli altri e quindi cade il riconoscimento della sua abilitazione a compiere atti di utile gestione rientranti nella ordinaria amministrazione della cosa comune.

CE.BRU.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 11 dicembre 2015, n. 2267 – Giudice Unico Gibelli – G. (Avv. Caselli Lapeschi) c. Ministero della Difesa (Avvocatura dello Stato).

RESPONSABILITÀ civile – diligenza della P.G. nelle indagini – errore colposo - configurabilità – limiti.

Sussiste la responsabilità civile dei componenti della Polizia Giudiziaria per i danni derivanti da errori colposi commessi nel corso delle indagini, tuttavia l'ipotesi di responsabilità sussiste in limiti molto ristretti. Prima di tutto è necessaria una colpa grave, in analogia a quanto richiesto per CTU e giudice, posto che è estremamente difficile ravvisare parametri certi di "diligente compimento delle attività di indagine", inoltre, sotto il profilo causale, è necessario che l'errore commesso sia tale da coinvolgere in esso l'autorità giudiziaria che ne risulti influenzata oltre la sua capacità di controllo (il cui omesso esercizio si configura altrimenti quale fattore interruttivo del nesso causale). La seconda condizione risulta attenuata per il indagini di competenza del GDP, condotte con speciale autonomia della PG nei confronti della AG e non sussiste in toto per quei danni (discredito, stati ansiosi o spese) che derivano direttamente dall'indagine, a prescindere dall'adozione delle prime determinazioni giurisdizionali (archiviazione, citazione o rinvio a giudizio). Del danno risponde la PA cui l'ufficiale di PG appartiene organicamente ex art. 28 cost.

S.BL.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 14 aprile 2016, n. 3329 – Giudice Unico Gibelli – C. (Avv. Traverso) c. A. (Avv. Castagneto) e A.S.L. 2 Savonese (Avv. Spotorno).

RESPONSABILITÀ civile – responsabilità del sanitario - colpa medica - sussiste.

AZIONE civile in genere – rivalsa della struttura sanitaria – responsabilità contabile – difetto di giurisdizione – sussiste.

RESPONSABILITÀ civile – assicurazione del sanitario – fondo regionale di auto assicurazione – limiti.

(L. Reg. Liguria n. 258/2011)

Il ricorso frettoloso ad un trattamento chirurgico (nel caso delle emorroidi), senza previa sufficiente considerazione delle alternative rappresentate da terapie mediche, anche non del tutto satisfattive può fondare una ritenuta responsabilità del medico per il verificarsi di controindicazioni dell'intervento, anche se conseguenti ad interventi privi di errori esecutivi.

L'azione di rivalsa della struttura sanitaria avverso il medico che abbia agito con colpa è solo quella di responsabilità contabile esperibile in sede di giurisdizione contabile, non essendo spazio per l'azione di regresso civile ex art. 2055 in difetto di titoli di responsabilità fondati su fatti concorrenti, laddove l'art. 1228 del cc. indica una mera responsabilità solidale per fatto altrui.

La legge regionale Ligure n. 28 del 2011 che istituisce il fondo necessario per consentire alle ASL ed alle Aziende Ospedaliere di operare in regime di auto-assicurazione, non ha natura di assicurazione in senso proprio. Il regime di auto – assicurazione non soddisfa quindi l'obbligo delle strutture sanitarie di assicurare i dipendenti avverso la responsabilità da colpa non grave di cui all'art. 25 del CNL del comparto sanità.

S.BL.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 7 marzo 2016 – Giudice Unico Albino – L. (Avv.ti Cicchese e Facchini) c. Credit Agricole Ass.ni spa (Avv. Pantano).

RESPONSABILITÀ civile – responsabilità civile automobilistica – manovra di svolta a destra o sinistra con azionamento della freccia – sussistenza del dovere di accertarsi che tale manovra non arrechi pericolo ad altri utenti della strada – sussistenza.

RESPONSABILITÀ civile – concorso di responsabilità – prossimità di una intersezione - velocità non adeguata secondo la condizione dei luoghi da parte di un conducente – repentina svolta in altra corsia senza inserimento di indicatore di svolta da parte dell'altro conducente – scontro tra i veicoli - concorso di responsabilità – sussistenza – maggiore grado di responsabilità del conducente che si è spostato repentinamente in altra corsia – sussistenza.

In tema di circolazione stradale, in ipotesi di svolta a destra e ancor più in caso di svolta a sinistra e con azionamento della freccia, il conducente di un veicolo ha il dovere di assicurarsi con assoluta certezza che intraprendendo la manovra non crei pericolo o intralcio ad altri utenti della strada.

Nel caso di un sinistro in cui è accertato in giudizio che in prossimità di una intersezione un conducente non ha tenuto una velocità adeguata alle condizioni dei luoghi e l'altro ha repentinamente svoltato in altra corsia senza attivare la freccia e vi è stato uno scontro tra i veicoli, vi è corresponsabilità in concreto, ma di grado più elevato in relazione al conducente che ha svoltato repentinamente in altra corsia (nella specie è stata attribuita una responsabilità del 90% a carico della conducente che ha repentinamente svoltato senza freccia).

F.L.O.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 30 marzo 2016, n. 1153 – Giudice Unico Albino – M. (Avv.ti Paneri e Gremese) c. I. (Avv. Giordani).

RESPONSABILITÀ civile – sentenza di applicazione della pena patteggiata – onere della prova.

(Artt. 2043 e 2697 c.c.; art. 444 c.p.p.)

In tema di responsabilità ex art. 2043 c.c., la sentenza di applicazione della pena patteggiata, pur non essendo sentenza di condanna, presupponendo pur sempre un'ammissione di colpevolezza, esonera la controparte dall'onere della prova.

TZ.LND.

Tribunale di Genova, sez. I civ., decreto 23 giugno 2016 - Pres. Costanzo - Rel. Calcagno – Regal Produzioni Cinematografiche e Televisive S.r.l. e dott. Vittorio Cecchi Gori c. Stato Italiano.

RESPONSABILITÀ civile dei magistrati - giudizio in ordine all'ammissibilità della domanda risarcitoria – abrogazione ad opera della l. n. 18/2015 – applicazione retroattiva della norma sopravvenuta – esclusione.

(l. n. 117/1988; l. n. 18/2015)

RESPONSABILITÀ civile dei magistrati – domanda di risarcimento del danno – elementi costitutivi della responsabilità extracontrattuale – necessità.

(Art. 2043 c.c.; l. n. 117/1988)

La domanda diretta ad ottenere il ristoro di danni allegati come cagionati nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali, introdotta nella vigenza dell'art. 5 della l. 117 del 1988, deve essere delibata secondo le regole contenute nella norma in vigore al momento della sua introduzione.

(In senso conforme: Cass. n. 25216/2015)

L'articolo 2 della l. n. 117/1988 delinea una fattispecie speciale di responsabilità per fatto illecito; ne consegue che per l'ammissibilità della domanda di risarcimento del danno devono sussistere tutti gli elementi costitutivi di tale responsabilità.

(Nel caso di specie il Tribunale, pronunciandosi con decreto sull'ammissibilità della domanda di risarcimento del danno proposta ex art. 5 della legge n. 117 del 1988, ha ritenuto che la sentenza con cui veniva dichiarato il fallimento di una società non potesse considerarsi ingiusta, ancorché la decisione fosse stata deliberata da un collegio a cui partecipava un magistrato successivamente condannato per corruzione in atti giudiziari in riferimento alle vicende della procedura fallimentare posteriori alla dichiarazione di fallimento, e ha ritenuto, altresì, che tale sentenza non avesse causato alcun danno agli attori).

M.BAG.

Tribunale di Savona, 12 agosto 2016 - Giudice Unico Princiotta – A. (Avv.ti Lazzarini e Corso) c. A. s.a.s. (Avv. Bianchi).

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità per danni cagionati da cosa in custodia – non è responsabilità oggettiva, ma aggravata – ammette la prova liberatoria costituita dal caso fortuito – può costituire caso fortuito anche un comportamento anomalo ed imprevedibile da parte di chi usufruisce di un servizio.

(Art. 2051 c.c.)

Il rischio di scivolare sul bordo di una piscina, trattandosi di una superficie solitamente bagnata proprio a motivo dell'attività che vi si svolge, va doverosamente calcolato ed evitato (ad es., facendo uso di calzature adeguate). In caso di lesioni riportate a seguito di una caduta, non si può quindi invocare la responsabilità per i relativi danni del gestore della piscina, né sulla base della norma speciale contenuta nell'art. 2051, né sulla base di quella generale di cui all'art. 2043, dal momento che il rischio poteva essere scongiurato con una condotta improntata alla normale diligenza.

A. FONT.

Tribunale di Genova, sez. I civ., ord. 16 giugno 2016 - Rel. Lucca – R.g. n. 1798/2016 (Rimessione alla Corte Costituzionale).

SANZIONI amministrative – irretroattività della sanzione – incostituzionalità – manifesta fondatezza.

(Artt. 11 e 117 Cost.; Art. 7 CEDU; Art. 120 C.d.S.)

È non manifestamente infondata e rilevante la questione di costituzionalità in ordine all'art. 120 C.d.S., come modificato dall'art. 3, c. 52, L. 94/2009, nella parte in cui prevede, nell'elenco di soggetti che non possono conseguire la patente di guida (o ai quali deve essere revocata, se ne sono già in possesso), anche le persone condannate per i reati di cui agli art. 73 e 74 del T.U. di cui al D.P.R. 309/1990, per fatti antecedenti alla riferita novella del 2009, per violazione del principio di irretroattività della san-

zione sancito dall'art. 7 CEDU e per violazione del principio di ragionevolezza espresso dall'art. 3 Cost.

S.BL.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 15 settembre 2015, n. 2605 - Giudice Unico Casanova - I. (Avv. Martino) c. S. (Avv. Novelli).

SENTENZA, ordinanza e decreto in materia civile - deposito - consegna dell'originale completo della sentenza al cancelliere - certificazione del deposito da parte del cancelliere - rilevanza della sola prima data.

Il termine per l'impugnazione, cosiddetto lungo, inizia a decorrere una volta resa conoscibile la sentenza, attraverso il completamento dell'iter della pubblicazione, anche nel caso in cui le attività di deposito della sentenza e di notifica del deposito della stessa abbiano luogo in due momenti diversi.

CL.I.P.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 17 marzo 2016 - Giudice Unico Cannata - P. (Avv. De Martini) c. Condominio Via Salvago (Avv. Musso Piantelli) e c. Condominio Via Salvago (Avv. Briante) nonché c. E. (Avv. Gaeta).

SERVITÙ - passaggio carrabile - facoltà di sostare con mezzi meccanici - esclusione.

Ai sensi dell'art. 1064 cc il diritto di servitù comprende tutto ciò che è necessario per usarne. L'esercizio della servitù di passaggio non può ritenersi comprensiva anche della facoltà di sostare nel fondo con mezzi di locomozione, in quanto il parcheggio di autovetture costituisce manifestazione di un possesso a titolo di proprietà del suolo, non anche una estrinsecazione di un potere di fatto riconducibile al contenuto di un diritto di servitù, del quale difetta la "realitas", intesa come incidenza al fondo dominante dell'utilità e al fondo servente del peso.

La regola prevista dall'art. 1069 cc per cui le spese necessarie alla conservazione della cosa gravata da servitù gravano sui fondi in proporzione ai rispetti vantaggi non costituisce norma eccezionale, ma rappresenta un principio generale ispirato all'esigenza di evitare indebiti arricchimenti.

F.L.O.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. III, 23 marzo 2016 - Pres. Celle - Est. Semino - Ag. Dogana e monopoli - Ufficio delle dogane di Genova 1.

SOCIETÀ - società di capitali - estinzione - è conseguenza immediata della sua cancellazione dal registro delle imprese.

(Art. 2495 c.c.)

L'art. 2945 c.c., nel testo modificato dal D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 6 stabilisce che la cancellazione di una società di capitali dal Registro delle Imprese ne produce l'immediata estinzione indipendentemente dall'esistenza di crediti insoddisfatti o di rapporti precedenti. Eventuali diritti e beni non compresi nel bilancio di liquidazione si trasferiscono ai soci. Non si trasferiscono ai soci le mere pretese anche se azionarie o azionabili in giudizio e i diritti di credito incerti o illiquidi.

A.FONT.

Tribunale di Genova, sez. VII civ., 9 dicembre 2014, n. 3927 - Giudice Unico Bianchi.

SUCCESSIONE ereditaria - legato - giusto prezzo.

L'art. 651 cc identifica una obbligazione facoltativa dell'onerato di trasferire il bene altrui in capo al legatario o di pagarne il giusto prezzo.

I convenuti hanno optato per quest'ultima alternativa, e ciò comporta la liberazione degli stessi da ogni obbligo nei confronti della legataria, che quindi non vanta alcun diritto ai frutti derivanti dal bene, ma può pretendere solamente la naturale fruttuosità del giusto prezzo costituente il proprio credito.

C.MED.

Tribunale di Savona, 19 luglio 2016 - Giudice Unico Princiotta - G. (Avv. Vignolo) c. A. (Avv. Luciano).

SUCCESSIONE ereditaria - comunione - scioglimento - sentenza non definitiva in punto di validità del testamento olografo - rinvio ad altra decisione per la determinazione delle quote - ammissibilità.

(Artt. 769 e 737 e ss. c.c.; art. 275 e ss. c.p.c.)

SUCCESSIONE ereditaria - domanda nuova - limiti - collazione - obbligo - esclusione - onere della prova.

(Artt. 737, 769 e 1414 c.c.; art. 183 c.p.c.)

SUCCESSIONE ereditaria - fabbricato privo della identificazione catastale definitiva - trascrizione - indicazione del numero di protocollo della denuncia di variazione - ammissibilità.

Il principio dell'unitarietà del processo divisionale - come giudizio avente per finalità essenziale la trasformazione del diritto del dividendo ad una quota ideale nel corrispondente diritto di proprietà esclusiva su specifici beni oggetto della comunione - non esclude che nell'ambito di tale processo debbano distinguersi sentenze (non definitive) aventi carattere meramente strumentale, in quanto destinate a dare impulso alle successive operazioni divisionali, e sentenze (definitive) prive di tale carattere di strumentalità, in quanto esauriscono la materia del contendere, sebbene non realizzino di per sé sole la concreta attribuzione dei beni ai singoli dividendi e debbano essere seguite da ulteriori operazioni (stima, sorteggi di lotti, determinazioni di eventuali plusvalenze o minusvalenze e relativi conguagli). Pertanto, ha natura non definitiva - agli effetti degli artt. 340 e 361 cod. proc. civ. - la sentenza che, intervenendo nel corso del giudizio divisorio, risolve tutte le contestazioni insorte fra i dividendi in ordine ai rispettivi diritti, nonché ai limiti ed alle particolari connotazioni di questi (nella specie, con riguardo alla validità del testamento olografo, con il quale si disponeva per la divisione dell'asse ereditario), rimettendo ad una successiva fase esclusivamente le operazioni relative alla concreta determinazione ed all'attribuzione delle quote.

(Decisione conforme a: Cass. n. 4777/1989)

La richiesta di "frazionamento" deve considerarsi domanda nuova rispetto alla originaria domanda di divisione del fondo. La prima ha, infatti, ad oggetto la redazione di un documento tecnico indicante le particelle catastali frazionate, al fine della voltura catastale, la seconda ha ad oggetto lo scioglimento della comunione.

In presenza di donazioni fatte in vita dal "de cuius", la collazione è una operazione necessaria nel corso del procedimento divisionale, essendo diretta a ristabilire l'equilibrio e la parità di trattamento tra i vari dividendi, così da non alterare il rap-

porto di valore tra le varie quote e garantire a ciascuno degli eredi la possibilità di conseguire una quantità di beni proporzionata alla propria quota. Ne consegue che l'obbligo della collazione sorge automaticamente a seguito dell'apertura della successione e che i beni donati devono essere conferiti indipendentemente da una espressa domanda dei coeredenti, mentre chi eccipisce un fatto ostativo alla collazione ha l'onere di fornirne la prova.

Qualora sia stata presentata una denuncia di variazione, ma non sia ancora seguita l'identificazione catastale definitiva, ai fini della validità della trascrizione non occorre che la nota riporti i dati catastali con i quali l'immobile era individuato nella precedente formalità, ma basta che essa indichi il numero di protocollo della denuncia di variazione.

(cfr. Cass. n. 21115/2015)

T.BLE.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 15 aprile 2016, n. 1397 – Giudice Unico Gibelli – INAIL (Avv. Consorte) c. G. M. (Avv. Montanari) e U. S.p.A. (Avv. Balbi).

SURROGATORIA (azione) – surroga INAIL verso responsabili civili – recupero del danno patrimoniale - danno da perdita di capacità lavorativa generica e specifica – configurabilità.

L'INAIL, in caso di infortunio, eroga, ai beneficiari delle sue prestazioni previdenziali sia una indennità di natura patrimoniale che una compensativa del danno biologico se superiore al 6%. L'ente stesso può surrogarsi nei diritti degli assicurati avverso i responsabili civili del sinistro, ma la natura dell'azione implica che quanto versato a titolo patrimoniale sia recuperabile da quanto dovuto dal responsabile a titolo patrimoniale e quanto versato a titolo non patrimoniale sia recuperabile da quanto dovuto dal responsabile a tale titolo. In campo patrimoniale, tuttavia, l'abito del recupero è esteso sia al danno a perdita di capacità lavorativa specifica che a quello da perdita di capacità lavorativa generica, danno che ha natura patrimoniale, e che si somma, al fine detto al precedente.

S.BL.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 24 marzo 2016, n. 1111 – Giudice Unico Braccialini – AMIU Genova S.p.A. (Avv. Lovisolo) c. L. e altri (Avv. Ivaldi).

TRIBUTI in genere – tributi erariali indiretti – TIA – applicabilità dell'IVA – esclusione.

(Art. 18 D.P.R. 633/1972; art. 49 D.lgs. 22/12997; art. 13 Direttiva 2006/112/CE)

Data la nozione comunitaria di prestazione di servizio imponibile, la mancata individualizzazione/personalizzazione del servizio di raccolta dei rifiuti – la mancanza di rapporto di corrispettività tra il servizio reso da AMIU e il tributo – è la fondamentale ragione per la quale non si può ritenere applicabile l'IVA alla TIA, nel momento in cui si tenga in appropriata evidenza l'importanza di tale caratteristica in una dimensione comunitariamente orientata della materia impositiva.

TZ.LND.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 5 maggio 2016, n. 1589 – Giudice Unico Lucca – H. (Avv. Robotti) c. S. Srl in liquidazione (Avv. Rebagliati).

VENDITA – immobile privo di abitabilità – ipotesi di aliud pro alio – risoluzione del contratto – ammissibilità – risarcimento dei danni subiti – ammissibilità.

Nel caso in cui l'immobile compravenduto sia privo dell'imprevedibile certificato di abitabilità si configura una vendita aliud pro alio, in relazione alla quale la parte compratrice ha la possibilità di chiedere la risoluzione del contratto a fronte di tale grave vizio che non consente neppure a tale ultima parte di trarre dal bene la minima utilità. L'immobile, in effetti, nella fattispecie in esame, è risultato privo di abitabilità non per un aspetto meramente formale. Di talché, non si discute di un mero vizio o della mancanza delle qualità promesse, ma della mancanza delle caratteristiche essenziali e minime che consentono ad un appartamento di essere considerato "tale" e, sulla scorta di tale dato, non possono essere considerate fondate neppure eventuali eccezioni aventi ad oggetto prescrizione o decadenza.

Con riferimento, poi, ai danni subiti dalla parte compratrice, la stessa – nella fattispecie in esame – ha sostenuto che se l'immobile fosse stato abitabile, sarebbe stato, dunque, possibile rivendere lo stesso per un prezzo Y e, certamente, la compratrice avrebbe guadagnato la differenza rispetto al prezzo di acquisto. Il Tribunale di Genova ha ritenuto che il guadagno della rivendita sarebbe stato quello della differenza tra il valore di mercato e il prezzo di acquisto. E' stato, poi, determinato il valore presumibile della rivendita. Ed ancora, è stato precisato che: "la vendita non può essere considerata un'evenienza certa, ma una chance anche se piuttosto elevata (attese le condizioni dell'immobile, la sua metratura ed il prezzo), diciamo al 75%. Quindi il guadagno che l'attrice avrebbe avuto sarebbe stato quello della differenza tra il presumibile prezzo di vendita ed il prezzo d'acquisto, con una probabilità del 75% ... Questo il valore della possibilità di guadagno su cui si poteva fare affidamento... né evidentemente importa che il guadagno sarebbe stato più alto dell'investimento di spesa effettuato, o che l'attrice avrebbe usato questi soldi per coprire i propri debiti".

A.D.L.

Documenti

Giudici e legislatori

Note sulla prospettiva del diritto civile

Guido Alpa

Ordinario di Diritto civile, Università "La Sapienza", Roma

1. Diversi seminari, in questo periodo, riprendono una problematica assai accesa tra i giuristi, non solo italiani, tornata di attualità ma mai sopita, se si pensa che essa fu sollevata già nel primo Ottocento da Federico v. Savigny e altri esponenti della Scuola storica e poi ripresa nel dibattito sul diritto libero, sui principi generali, e via via sulle disposizioni della Costituzione, sulla interpretazione costituzionalmente conforme, sulla interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea, sulla Drittwirkung delle disposizioni costituzionali, delle disposizioni della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti umani, delle disposizioni della Carta europea dei diritti fondamentali, e, più in generale, sulla "precomprensione" e sui limiti dettati all'interprete.

Il secondo fascicolo del 2016 della rivista *Diritto pubblico* ospita un interessante dibattito su *Giudici e legislatori* (2016, p.483-623) con interventi di studiosi del diritto costituzionale di diversa formazione e di diverso orientamento, mettendo a fuoco le questioni che, secondo Paolo Grossi, sono le più connotanti del diritto "pos-moderno": il riconoscimento della giurisprudenza come fonte del diritto nel novero della molteplicità delle fonti, il rapporto tra fonti statuali ed extrastatali, la creatività della giurisprudenza e i limiti dell'interpretazione, il rapporto tra i poteri e quindi potere legislativo e potere giudiziario, a cui si potrebbero aggiungere, per includere altri temi controversi, la dominanza del diritto (anche giurisprudenziale) dell'Unione europea, l'esplosione della fattualità del diritto, la crisi della "fatti-specie", la pervasività dei principi generali, la nuova lex mercatoria, tutti aspetti di una situazione che denuncia la crisi odierna della concezione formalista e tradizionale del diritto, del ruolo del giurista e quindi di quello del giudice.

Con parole icastiche lo stesso Paolo Grossi, nella lectio magistralis tenuta qualche tempo fa all'Accademia dei Lincei, su *Il diritto oggi in Italia tra modernità e pos-modernità* ha descritto così questa fase: «(...)E prendono vigore fonti da tempo estromesse dal tiaso della creatività giuridica ma che risultano ormai abbastanza sole nella trincea della dinamica quotidiana: nessuno, ormai, se non un formalista sprovveduto, si sentirebbe di negare forza creatrice alla scienza giuridica, alla giurisprudenza pratica, o al lavoro professionalmente alto di avvocati e notai culturalmente e tecnicamente ben forniti. Il già imperante normativismo subisce sul terreno dell'esperienza la propria sconfitta, mentre il diritto riacquista quel carattere ordinamentale (che lo rende aperto e disponibile verso il basso della società) ripudiato perché rischioso secondo il programma della serrata illuministico/giacobina» (www.lin-cci.it/files/documenti/LectioBrevis_Grossi.pdf)

Questa linea interpretativa si è venuta costruendo lentamente nella nostra cultura giuridica, nonostante che sul significato e le origini della giurisprudenza nei diversi

ordinamenti, si fossero espressi, in modo eloquente, Salvatore Pugliatti, ne *La giurisprudenza come scienza pratica*, in Riv. it. scien. Giur. It., 1950, 49 ss.; Piero Calamandrei, ne *La funzione della giurisprudenza nel tempo recente*, in Riv. trim., 1955, 252 ss.; Gino Gorla, nella voce *Giurisprudenza*, in Enc. dir., Milano, 1998, 489 ss.; Vittorio Colesanti, nella voce *Giurisprudenza*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1987, 1101 ss., Giovanni Tarello, ne *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980; e tanti altri studiosi di prestigio. (v. ad es. Guastini, in *Giurisdizione e interpretazione*, in *Diritto giurisprudenziale*, a cura di Mario Bessone, Torino, 1996, p.1 ss.), o Taruffo, nella voce *Giurisprudenza* dell'Enc. Treccani in formato digitale).

Alcuni studiosi che trattano della questione come un «problema» mentre gli studiosi di ermeneutica ne trattano come una «datità», (Viola e Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2004); gli studiosi del diritto civile ne fanno oggetto di volumi, rassegne, commentari, considerando ormai la giurisprudenza come un pilastro essenziale dell'ordinamento (Sacco, *Trattato di diritto civile*, 1,2, Torino, 2005) ed una «categoria» di base della stessa formazione del giurista (Galgano, *Diritto privato*, Padova, 2013, Cap. I, Tavola 1, Area dei paesi di civil law e common law).

Nel 1996 in un libro dedicato a *L'arte di giudicare* ne avevo riassunto il dibattito, muovendo, ovviamente, dal *Saggio di diritto giurisprudenziale* di Luigi Lombardi Vallauri. Nel frattempo, importanti momenti di discussione sono stati organizzati dai giuristi coinvolti nel dibattito: val la pena di ricordare almeno il convegno del 2002 della Associazione dei Costituzionalisti (*Annuario 2002. Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*. Padova, 2003. Atti del 17° Convegno annuale di Milano, 11-12 ottobre 2002), e le lezioni magistrali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Suor Orsola Benincasa, che hanno, tra l'altro, preso in considerazione l'evolvere del diritto giurisprudenziale della responsabilità civile, del diritto penale, del diritto costituzionale, del bio-diritto, del diritto processuale, concludendosi con due lezioni molto significative: quella di Gustavo Zagrebelsky, per l'appunto intitolata «il giudice delle leggi artefice del diritto» e quella di Giuseppe Zaccaria su «la giurisprudenza come fonte del diritto».

Per l'analisi storica vorrei ricordare almeno il volume dei Quaderni fiorentini (n.40, Milano, 2011) su *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento* e i saggi su *Dialettica tra legislatore e interprete. Dai codici francesi ai codici dell'Italia unita*, (Napoli, 2013) di diversi Autori raccolti da Laura Moscati.

Nel recensire quest'ultimo volume avevo avuto modo di osservare che sono diversi i ruoli che la scienza giuridica riconosce alla giurisprudenza come fonte del diritto: il ruolo che consiste nell'anticipare l'intervento del legislatore, effettuando la valutazione di interessi che ritiene meritevoli di tutela, e creando quindi regole ad hoc, circoscritte al caso esaminato, ma potenzialmente ripetibili nel tempo; il ruolo che si risolve nell'interpretazione e nell'applicazione della legge, che consiste nel dare vita al testo normativo - creando per l'appunto il «diritto vivente» - e dando contenuto alle

clausole generali, definendo gli standard, elaborando principi generali per via induttiva, estendendo in via deduttiva un dettato spesso troppo circoscritto o poco flessibile; e ancora il ruolo che si affianca alle sollecitazioni provenienti dalle categorie interessate, dalle fasce della società civile, o semplicemente dalle esigenze più pressanti emergenti dal mercato o dai modelli di comparazione, con cui si invita il legislatore ad intervenire per introdurre nel sistema regole nuove, destinate a governare istituti, a migliorare gli assetti di interessi, a far emergere situazioni soggettive individuali e collettive precedentemente ignorate, e a dirimere i contrasti interpretativi.

Sono operazioni che il giudice è costretto a fare per l'ignavia o l'incuria del legislatore, ma certo lo fa decidendo il caso concreto e poi reiterando la regola del caso nelle successive decisioni. Di qui la questione se il diritto giurisprudenziale sia diritto vigente in quanto consuetudinario, oppure, più semplicemente, se, nella eterogeneità delle fonti, le addizioni effettuate dal giudice completino la fattispecie normativa.

Si tratta in ogni caso di una fonte che non ha quei caratteri di stabilità e di rilevanza politica che può avere solo la fonte legislativa affidata al Parlamento, in virtù del principio di tripartizione dei poteri. Ma la chiarezza del dettato normativo è ormai compromessa, e quindi l'ausilio dell'interprete – autorevole come il giudice – non può essere disatteso.

Ovviamente, ciò non significa che l'interpretazione giudiziale sia rilevante solo in caso di conflitti di interpretazione. Il testo normativo è muto e, per essere applicato, richiede l'intervento dell'interprete.

La contrapposizione netta tra i due modelli, di civil law e common law, è superata da tempo, grazie anche alla fonte comunitaria, al diffondersi della fonte normativa scritta, all'apprezzamento della fonte giurisprudenziale.

Si considera ancora che la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha modellato il diritto dell'Unione e – di conseguenza – le norme di diritto privato di derivazione europea, uniformando le regole nei settori di competenza dell'Unione: esempio eclatante sono la disciplina della concorrenza e la tutela dei diritti fondamentali. Pertanto, la nostra giurisprudenza tiene conto della giurisprudenza della Corte EDU, e l'intera disciplina dei diritti di libertà e dei diritti della persona si informa ad un regime unitario, che si irradia anche sugli altri settori del diritto privato affidati ai legislatori e ai giudici nazionali.

Oggi dunque le cose stanno cambiando in fretta. E' un fatto di cultura, di prassi, di mode, ma anche di una diversa concezione, rispetto al passato, del rapporto tra legge e diritto, legge scritta e legge non scritta, tra giurisdizione e interpretazione, tra fonti autonome e fonti eteronome. Sicché, parlare, oggi, di diritto giurisprudenziale, non è più una eresia come la si poteva considerare al comparire del libro di Walter Bigiavi nel 1933 (*Appunti sul diritto giudiziario*, ora ristampato con la prefazione di Marino Bin, Padova, 1989).

2. Seguendo l'indirizzo realistico, nel settore del diritto civile possiamo affrontare il tema esaminandolo da prospettive diverse: (i) analizzare il rapporto tra legislazione e giurisprudenza nel senso dell'adeguamento della legislazione alla giurisprudenza; in questo senso il giudice "creatore" si attegge a predisporre l'intervento del legislatore, sempre ricorrendo alle regole dell'ordinamento e sfruttandone tutte le maglie e gli spazi di operatività;

(ii) verificare come la giurisprudenza "corregge" il testo legislativo, quando esso è vago, impreciso, o addirittura er-

rato; (iii) individuare le lacune – sempre che si possa parlare di "lacune" – dell'ordinamento e il modo in cui la giurisprudenza provvede a colmarle; (iv) enumerare i casi in cui il giudice ha disapplicato la legge, non perché incostituzionale o non conforme al diritto dell'Unione europea, ma perché non ne condivideva il tenore oppure ha esteso, a fini di tutela degli interessi in gioco, il tenore del testo espandendolo fino all'estremo. Quest'ultima è la prospettiva più interessante, più coinvolgente, ma anche più problematica e ovviamente controvertibile.

3. Per prendere in considerazione solo il settore del diritto civile, dal momento che questo è il compito a me assegnato, posso offrire qualche esempio dei diversi aspetti.

Quanto al primo aspetto, la giurisprudenza ha avuto un notevole influsso sulla codificazione del 1942, non solo nell'apporto dato dai rappresentanti della Magistratura all'interno delle Commissioni che si sono occupate delle diverse redazioni dei singoli libri – a cominciare da Mariano d'Amelio, per decenni Primo Presidente della Corte di Cassazione – ma anche per la consapevolezza di tutti i giuristi dell'epoca del fatto che, dovendo svolgere il codice un ruolo di cerniera tra la realtà vivente e gli apparati legislativi, non si poteva ridurre il nuovo codice né ad una semplice versione aggiornata del codice previgente, nato già vecchio e in modo un po' concitato, né ad un trattato geometrico del diritto civile, come era avvenuto per il "codice dei professori", il B.G.B. dell'Impero prussiano del 1900 (v. Rescigno, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 1991; Grossi, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012).

Ad es., il Libro IV nel disciplinare il contratto, tenne conto della giurisprudenza che si era sviluppata dall'inizio del Novecento sulla formazione del contratto, sull'interpretazione, sulla clausola penale e la caparra, sul contratto a favore di terzi, sulla risoluzione per eccessiva onerosità (tema, questo, ripreso anche di recente da L. Moscati in *Contratto e impresa*, 2015), sul danno contrattuale ed extracontrattuale, sui diversi tipi di contratti speciali come la somministrazione e l'agenzia. Così, ancora ad es., il Libro V tenne conto della giurisprudenza formatasi sulle nozioni di impresa, azienda, concorrenza, consorzi etc.

Dal 1942 ad oggi si registra un fiorire di regole giurisprudenziali che anticipano gli interventi legislativi. In materia di società si parla addirittura di un «diritto pretorio» che precede e in qualche modo guida la riforma legislativa del 2003 (d'Alessandro, *Il diritto pretorio delle società a mezzo secolo dal codice civile*, in *Diritto giurisprudenziale*, cit., p. 221 ss.); in materia di arbitrato irrituale si consolidano orientamenti che saranno ripresi dal legislatore nella riforma del processo civile del 2009; la giurisprudenza dei «pretori d'assalto» in materia penale è fondativa degli interventi legislativi in materia di tutela ambientale, al pari della giurisprudenza amministrativa in tema di *interessi diffusi*. Per non parlare dei diritti della personalità, e in particolare, del diritto alla privacy, che sarà codificato nel 1996, oppure di taluni contratti speciali che traggono origine da modelli tralattati anche di provenienza extraeuropea e poi trovano una formale veste nelle leggi speciali (*factoring, franchising*), o della recente disciplina del contratto di rete.

Quanto alle correzioni, basta richiamare l'errore linguistico in cui è incorsa la direttiva comunitaria n.13 del 1993 sulle clausole vessatorie, sì che ora nel codice del consumo, all'art.33 c.1, l'espressione "malgrado la buona fede" viene correttamente intesa come "contraria alla buona fede og-

gettiva". Per il futuro sarà il giudice, ove non vi dovesse essere un ulteriore intervento legislativo che, ad oggi, sembra improbabile, a chiarire se la disciplina delle convivenze si applica solo alle convivenze registrate, a tutte le forme di convivenza di fatto, e se, nel caso si accolga il primo corno del dilemma, se ai conviventi di fatto siano ancora riconosciuti i diritti che la giurisprudenza aveva consolidato (ad es., il risarcimento del danno in caso di morte del convivente e la successione nel rapporto locazione).

Quanto al terzo aspetto, tutta la materia della responsabilità civile, uno dei settori più estesi e complessi del nostro ordinamento, si regge su due clausole generali contenute nel disposto dell'art. 2043 e su altre sedici disposizioni. La responsabilità oggettiva, la risarcibilità dei diritti soggettivi di credito, degli interessi legittimi, la perdita di chance, il danno biologico, il danno esistenziale, il danno da morte, e tanti altri problemi sorti dal 1942 ad oggi sono frutto della cooperazione – o, come si è detto, dell' "alleanza" – tra dottrina e giurisprudenza, ma è il giudice, nella sua funzione, che ha innovato, e il legislatore lo ha seguito, non sempre in modo accurato, nell'introdurre regole sulla responsabilità per la produzione di energia nucleare e per l'esercizio di attività pericolose in genere, per la tutela dell'ambiente, per la normazione delle tabelle di risarcimento del danno alla persona (come è avvenuto nel codice delle assicurazioni).

Le clausole generali sono essenziali all'applicazione della legge e alla evoluzione dell'ordinamento. Ma non sempre sono esaustive. Ad es., la scarsa disciplina delle trattative collocata nell'art. 1337 cod.civ. ha lasciato aperto il problema della natura della responsabilità, che si riteneva fosse extracontrattuale, ma attualmente, sulla base di orientamenti dottrinali consistenti, sta approdando ai lidi della responsabilità contrattuale.

Come si diceva, quasi tutto il "bio-diritto" è disciplinato in via giurisprudenziale, a cominciare dal diritto di autodeterminazione della persona, mediante il c.d. consenso informato, perché il legislatore non ha introdotto regole specifiche sul testamento biologico, sulle trasfusioni effettuate agli appartenenti a credi religiosi che le vietano, sulla interdizione dell'accanimento terapeutico, sulla utilizzazione di cellule staminali, o sulle limitazioni alla libera disposizione del corpo, come in materia di procreazione artificiale.

E' il quarto aspetto quello che appare più innovativo e problematico. Gli esempi non sono molti, ma si può richiamare: - in senso negativo, la giurisprudenza applicativa della legge di riforma dei suoli, n.10 del 1977, in cui la "concessione" edilizia è stata intesa nel senso di licenza edilizia, cioè nel senso opposto al significato letterale, concettuale e teleologico che il legislatore aveva assegnato a questo atto amministrativo; egualmente per quanto riguarda la riforma della disciplina sanitaria, avvenuta con l. n. 189 del 2012, in cui il regime della responsabilità medica – correttivo della giurisprudenza votata all'applicazione della finzione del "contatto sociale" – avrebbe dovuto condurre al riconoscimento della responsabilità extracontrattuale, ma lo scopo del legislatore è stato frustrato da una lettura del tutto incongrua del testo;

- in senso positivo, i casi di riconoscimento della step child adoption e i casi che hanno garantito la tutela della integrità della persona e la rettificazione del sesso senza intervento sulla identità fisica.

Siamo di fronte ad un laboratorio straordinario, in cui la cooperazione (talvolta il conflitto) tra giudice e legislatore appare essenziale. Ma non dobbiamo dimenticare che il giudice deve giudicare iuxta alligata et probata: e quindi solo

se, in materia civile, viene investito del potere di decidere da parte del difensore, e quindi può intervenire. La cooperazione dunque coinvolge necessariamente l'avvocato. Le innovazioni, le integrazioni, le correzioni non si sarebbero potute fare se non vi fosse stato un avvocato che, con fantasia, coraggio, determinazione, non avesse promosso il giudizio e sostenuto tesi poi condivise dal giudice.

4. L'intreccio tra legislazione e giurisprudenza è assai complesso. Paradossale è la vicenda dell'anatocismo e più specificamente di anatocismo bancario.

Tra la tradizione che in modo inesorabile condannava il prestito ad interesse con un atteggiamento uniforme nelle tre Religioni del Libro e il diritto francese, laico e indifferente ai valori spirituali (art. 1154 Cod.Nap.), agevolato dalle spinte del commercio liberale, in Francia era prevalsa la linea più lassista, che aveva abolito il divieto di anatocismo.

Ma verso la metà dell'Ottocento vengono in emersione i valori sociali. Sono le classi più umili che, per indigenza e ignoranza, cadono tra le spire degli avidi prestatori di danaro; l'anatocismo diviene un'arma pericolosa (Laurent, *Principes de droit civil*, XVI, Bruxelles, Paris, 1875, p. 400 e Gamba, in *Dialettica*, cit., p.76 ss.). I

Il Codice albertino aveva conservato il divieto di anatocismo (art.1245). Il Parlamento sabauda ne discusse a lungo e finalmente approvò una legge, nel 1857, che aboliva il divieto; si tratta di una scelta che rimarrà consolidata nel codice unitario, all'art. 1232, ma con qualche limitazione: nelle materie civili il tasso è quello legale o convenzionale, inclusi gli interessi sugli interessi; nelle materie commerciali si seguono anche gli usi; per i debiti civili l'anatocismo prende effetto dal compimento dell'anno intero. Nelle accurate pagine di Gamba si ripercorre tutta la vicenda pregressa, dal diritto giustiniano al dibattito dell'Età di mezzo, fino al diritto naturale e ai giuristi settecenteschi. Le due linee di intersecano, si avvicinano e si dipartono con argomenti ancora attuali. Lo spettro dell'usura giustifica il rinvio dei Codici preunitari rispetto al codice-padre; unica eccezione, il genovese Girolamo Boccardo fine giurista, colto economista, che nella voce *Anatocismo* del *Dizionario della economia politica e del commercio, così teorico come pratico*, Torino, 1857, p. 141, argomenta a favore della liberalizzazione.

Se dalle vicende storiche passiamo all'attualità, ci avvediamo che l'intervento del codificatore non è dirimente. Lunghi dall'essere una cappa soffocante, le norme codificate sono piuttosto assoggettate ad una defatigante interpretazione giurisprudenziale.

Il codice del 1942 introduce una formula nuova rispetto al codice previgente: «In mancanza di usi contrari, gli interessi scaduti possono produrre interessi solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza, e sempre che si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi».

La norma liberalizza ancor più l'impiego degli interessi anatocistici, in quanto gli usi possono derogarvi anche al di fuori dei rapporti di natura commerciale (Relazione al Re, n. 594). Il codice fissa l'ammontare degli interessi a tutela del credito al 5%, ma convenzionalmente il saggio può essere anche superiore, salve le sanzioni penali per l'usura. Insomma, tutela del credito e ragioni del commercio prevalgono sulle regole civilistiche.

Ma la storia non finisce qui. Innanzitutto, atteso il testo poco chiaro della disposizione, si discute se gli usi siano normativi oppure commerciali; in più si discute sulla data di de-

correnza del calcolo, e se sia legittima la trimestralizzazione del calcolo.

A parte il principio di carattere generale, gli interessi bancari sono stati prima oggetto di “norme bancarie uniformi”, e poi, sopresse queste, oggetto del TUB.

La data fatidica è il 22 aprile 2000, giorno in cui è entrata in vigore la delibera del CICR che ha stabilito che l’anatocismo relativo ai contratti bancari stipulati anteriormente è legittimo solo se la banca abbia specificamente pattuito con il cliente la modifica contrattuale, non essendo sufficiente la mera comunicazione da parte dell’intermediario.

Una recente sentenza di merito (Tribunale di Piacenza, sent. n. 757 del 27.10.2014) ha ricostruito la vicenda legislativa e giurisprudenziale ed ha statuito che «gli usi che consentono la deroga ai limiti fissati dall’art. 1283 cod. civ. sono usi normativi e non negoziali; (...) non sussistono elementi che autorizzino a concludere circa la sussistenza di usi normativi a proposito della capitalizzazione trimestrale degli interessi a carico di un cliente di un istituto di credito; (...) la previsione di una tale capitalizzazione è in conclusione nulla per violazione della norma imperativa dell’art. 1283 cod. civ. (cfr. Cass. n. 2374 del 1999; Cass. n.3096 de 1999 con le quali si è inaugurato tale orientamento ormai consolidato, poi confermato dalle Sezioni Unite Cass. Sez. Unite (con sentenza n. 24418 del 2010))».

Le oscillazioni giurisprudenziali sembrano chiarite dalla Suprema Corte, che con sentenza del 17.8.2016 n. 17150 ha precisato: «in tema di controversie relative ai rapporti tra la banca ed il cliente correntista, con riguardo ad un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente e negoziato dalle parti in data anteriore al 22 aprile 2000, il giudice, dichiarata la nullità della predetta clausola, per contrasto con il divieto di anatocismo stabilito dall’art. 1283 c.c., deve calcolare gli interessi a debito del correntista senza operare alcuna capitalizzazione».

Ma tutto ciò riguarda il passato, cioè i contratti conclusi anteriormente al 22 aprile 2000. Per i contratti in corso l’anatocismo è legittimo alle condizioni chiarite.

In altri termini, per il periodo successivo al luglio 2000, il dato normativo ha consentito di affermare la legittimità di una capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi, ma solo a condizione che la periodicità sia riconosciuta anche per gli interessi attivi (cfr. art. 25, comma 3 d.Lgs.342/1999 di modifica all’art. 120 D.Lgs.385/2993, c.d.T.U. Bancario; Delibera CICR9.22000; Corte Cost. 425/2000).

La vicenda degli anni successivi sempre nella motivazione della pronuncia del Trib. Piacenza, è riassunta con queste parole: «con l’art. 25 d.lgs 342/1999 il legislatore è intervenuto novellando l’art.120 T.U.B., e ribadendo la validità dell’anatocismo bancario, alla condizione della medesima periodicità nel conteggio degli interessi debitori e creditori, ed infine demandando al CICR l’incombente della determinazione delle modalità e dei criteri per la produzione degli interessi sugli interessi nelle operazioni di finanziamento attuate nel settore bancario (art.120, 2° comma, TUB, inserito dall’art.25, comma 2, d.lgs 4 agosto 1999 n.342; giova rammentare che il comma 3° del predetto art.25, il quale stabiliva che «le clausole relative alla produzione di interessi su interessi maturati, contenute nei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della delibera di cui al comma 2, sono valide ed efficaci fino a tale data e, dopo di essa, debbono essere adeguate al disposto della menzionata delibera, che stabilirà altresì le modalità ed i tempi dell’adeguamento. In difetto di adeguamento, le clau-

sole divengono inefficaci e l’inefficacia può essere fatta valere solo dal cliente», è stato dichiarato illegittimo per eccesso di delega con sentenza n.425 del 9-17 ottobre 2000 della Corte Costituzionale).

Per due volte il testo è sottoposto al vaglio della Corte costituzionale, ma senza esito.

Il legislatore aveva tentato una prima volta di dirimere le controversie con decreto n.91 del 24 giugno 2014, il quale però, seppur correttivo del testo normativo, non aveva portato a chiarimento la normativa da applicare. Comunque il decreto non è stato convertito. E’ così rimasta in vita la disposizione introdotta con la c.d. legge sulla stabilità, del 27 dicembre 2013, n. 147, che ha conferito al CICR il compito di stabilire i criteri di calcolo degli interessi nelle operazioni bancarie, disponendo tuttavia il divieto di capitalizzazione. La Corte d’Appello di Genova, con sentenza dell’11 marzo 2014 ha ritenuto che “attualmente l’anatocismo bancario risulterebbe del tutto eliminato dalla L. 27/12/2013 n. 147, che ha ulteriormente modificato il testo dell’art. 120 del TUB nel senso di consentire solo la contabilizzazione e non più la capitalizzazione degli interessi”, indipendentemente quindi dall’emanazione della disciplina secondaria.

Ma la giurisprudenza di merito è controversa, perché, secondo un orientamento, la lettera dell’art. 120 TUB era chiara e gli interessi anatocistici erano da ritenersi vietati; secondo un orientamento opposto, la fattispecie normativa non era completa, perché rinviava al parere del CICR, mai intervenuto, e quindi dovevano leciti.

In ogni caso si deve applicare il principio “tempus regit actum”. Con d.l. 14.2.2016 n. 18 (questa volta convertito in l. 8.4.2016 n. 49) il legislatore ha nuovamente modificato il testo dell’art.120 TUB disponendo tra l’altro che «gli interessi debitori maturati, ivi compresi quelli relativi a finanziamenti a valere su carte di credito, non possono produrre interessi ulteriori, salvo quelli di mora, e sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale». Ma non ha fatto alcuna precisazione in ordine agli interessi già maturati e capitalizzati anteriormente all’intervento legislativo. Per parte sua, con delibera del 3 agosto 2016, n. 343, il CICR ha stabilito che i nuovi contratti e i contratti in corso dovranno prevedere clausole conformi a quanto prescritto dall’art. 120, comma 2, del T.U.B., con modificazione unilaterale del contratto consentita dall’art. 118 del TUB.

Spetterà perciò al giudice ricostruire la vicenda legislativa e quindi chiarire la sorte degli interessi capitalizzati medio tempore.

L’andirivieni dei testi, dei pronunciamenti e delle letture della dottrina (da ultimo Maimeri F., *La capitalizzazione degli interessi fra legge di stabilità e decreto sulla competitività*, in *Riv. dir. banc.*, 2014,p.13) è sintomatica della difficoltà di individuare un corretto bilanciamento degli interessi in gioco, visto che i provvedimenti legislativi sono ispirati da centri di interesse tra loro contrapposti. Ma è evidente che queste esitazioni, che si protraggono ormai da più di due secoli (!), costituiscono non soltanto un danno per i soggetti interessati – le parti contraenti, il sistema economico – ma anche un danno per l’immagine del Paese e sono la prova concreta delle conseguenze perniciose della incertezza del diritto (da ultimo v. Grossi, *Sulla odierna “incertezza” del diritto*, in *Giust.civ.*, 2014, p.921 ss.; Alpa, *La certezza del diritto nell’età dell’incertezza*, Napoli, 2006). In ogni caso spetta al giudice l’ultima parola.

La deontologia dei Notai*

Andrea Fusaro

*Professore nell'Università di Genova
Notaio*

1. Anche i notai hanno una deontologia, i cui canoni sono fissati in un testo. Allorquando il Codice deontologico del Notariato vide la luce ci si affrettò a giustificarne l'adozione. Nell'ultimo decennio in discussione sembra piuttosto l'esistenza dei notai, specie a partire da quando il decreto sulla competitività ha sottratto loro l'esclusiva quanto all'autenticazione delle vendite di auto, nonché quella in ordine alla delegabilità delle aste immobiliari; ha pure elevato il numero dei notai intervenendo sul rapporto rispetto alla popolazione. In seguito il legislatore ha sferrato altri - forse più gravi - attacchi alla categoria, non tutti andati a bersaglio. Insomma il perseguimento della competitività passerebbe anche attraverso il ridimensionamento dell'intervento notarile: più progresso meno notaio. È quello che si sente dire in chiave comparatistica - direbbe Rodolfo Sacco "al piccolo dettaglio" - quando si assume che il notaio come c'è da noi non c'è da nessuna altra parte, soprattutto nei paesi più progrediti, e si fa l'esempio dell'Inghilterra, poi dell'America.

2. Dico qualcosa da comparatista e ribatto che è vero che in Inghilterra e negli USA non c'è il notaio, non è vero invece che non ci sia altrove in Europa o che dove ci sia un funzionario pubblico, perché al contrario c'è ovunque, più o meno florido (sembra che in Spagna se la passi benissimo, e pure in Francia non sta così male), mentre è dipendente pubblico soltanto in pochissimi Länder tedeschi (dov'è "beamtenotar"), mentre nella maggior parte degli altri è avvocato-notaio ("Rechtsanwaltnotar") oppure notaio e basta ("nur notar").

Se negli ordinamenti di common law la figura manca - il public notary o notary public non è certo accostabile, essendo una sorta di certificatore per i documenti destinati all'estero - lo si deve alle radici del sistema che affondano - come ci hanno insegnato gli studiosi di antropologia giuridica - nella cultura orale piuttosto che scritta, la quale è venuta a riflettersi nel sistema delle prove, laddove si diffida del documento e si preferisce la conferma direttamente resa dal testimone al giudice, che appunto non vuol farsi inchiodare dalle carte. In un contesto del genere non poteva certo trionfare l'atto pubblico, non c'erano davvero gli estremi per valorizzare il succedaneo di uno scrivano. Dunque una caratteristica dei sistemi, da esplorare nella loro interezza, evitando di estrapolare singoli segmenti dal contesto.

Certamente, come non hanno mancato di rilevare alcuni osservatori attenti, questo ambiente - specie quello americano - vede convergere cause contingenti, quale la diversa predisposizione verso il bene casa percepito per il valore di scambio piuttosto che per il godimento, com'è proprio sia di un popolo meno stanziale sia di un patrimonio immobiliare caratterizzato da maggiore serialità; basti riportare le villette a schiera delle coste californiane alle ville delle nostre: paragonando Sausalito a Portofino o a Capri si comprende bene come là si acquisti una casetta dotata di certe caratteristi-

che, qui quella casa ben individuata. Ed allora colà "sicurezza dei traffici" è sinonimo di quella sicurezza dell'investimento che può garantire ugualmente una copertura assicurativa; qui si aspira alla certezza dell'acquisto proprio di quell'edificio, di quell'alloggio ed allo scopo il notaio è meglio attrezzato dell'assicuratore.

3. Dunque se l'argomento comparatistico non è decisivo, neppure lo è quello economico. A ben vedere, peraltro, non ne è convinto nemmeno il nostro pur competitivo legislatore, se è vero che, a fianco di tanti ridimensionamenti dell'intervento notarile, si trova una promozione del prodotto dell'attività: la estensione alla scrittura privata autenticata dell'attitudine a fungere da titolo esecutivo, a fianco dell'atto pubblico.

In effetti, le competenze la cui esclusiva è stata sottratta sono di mera certificazione (in tema di autoveicoli), o estranee alle funzioni notarili vere e proprie (quelle relative alle aste): quindi un "vulnus" periferico; per contro è stata estesa alla scrittura privata autenticata l'idoneità a fungere da titolo esecutivo in ordine ai debiti che documentano. Questa scelta può essere iscritta nella tendenza legislativa e giurisprudenziale a valorizzare l'intervento del notaio indipendentemente dalla forma dell'atto e addirittura a prescindere dall'esercizio di certificazione. Esemplificano gli orientamenti giurisprudenziali rivolti nella direzione indicata sia le sentenze che hanno disposto l'estensione della responsabilità notarile per omissione di visure ipo-catastali alle compravendite ancorché formate per scrittura privata autenticata, e persino rispetto ai contratti preliminari non ricevuti né autenticati, cui il notaio abbia prestato assistenza come consulente. Tanta severità riposa, evidentemente, su di una concezione alta e rotonda del ruolo.

4. Non si tratta, dunque, di interventi estemporanei: al contrario tutto questo poggia sui doveri di consulenza ed imparzialità, custoditi dalla Legge Notarile e dalla deontologia, prima ancora che dalle norme civili e penali. Le prescrizioni in tema di assistenza personale all'atto, di indagine della volontà delle parti, di chiarificazione dei profili giuridici, persino di allestimento di una struttura di studio adeguata e di limiti all'apertura di studi ulteriori, sono tutti rivolti ad assicurare la qualità del prodotto finale, affinché sia all'altezza del suo rilievo probatorio.

Tutto il sistema è rivolto a proteggere questa funzione che produce atti certi non solo quanto alla paternità ma anche con riguardo alla consapevolezza del loro contenuto e della loro efficacia da parte dell'autore: non a caso il Codice deontologico prescrive sia il controllo di legalità, sia la lettura anche delle scritture private autenticate.

5. Rispetto a questo quadro le norme deontologiche possono leggersi sia quale completamento sia come rivolte a garantire l'impegno del notaio di collaborare alla giustizia, intesa nel senso aristotelico di attribuire a ciascuno il suo, ciò che gli spetta come persona. Notevole l'insistenza con cui è ribadito il dovere del notaio di occuparsi dello studio, al fine di assicurarne l'efficienza, e fornire ai clienti - e comunque alle parti dei suoi atti - tutta la consulenza del caso. Si giunge persino a diffidare dei rapporti di consuetudine tra il notaio e quello che il civilista definirebbe contraente forte (l'operatore immobiliare in specie), in quanto possibile minaccia all'imparzialità del notaio, chiamato da un soggetto (venditore o intermediario) a rendere un ministero che dovrebbe

* Relazione presentata al convegno "La deontologia degli operatori del diritto. È ancora necessaria?" organizzato in memoria dell'Avv. Giuseppe Amadeo dall'UGCI a Genova il 27 aprile 2016.

darsi carico piuttosto delle ragioni della sua controparte (qual è l'acquirente di una compravendita).

Queste norme deontologiche, certamente di ispirazione laica, evocano efficacemente occasioni in cui la "persona" che sta di fronte al notaio può vedersi negato il "suo". Il notaio constata la piena realizzazione del proprio ruolo nel ministero e nella consulenza resi verso i soggetti più deboli, meno avvertiti, ma consegue il massimo profitto nella trattazione seriale che gli consente la standardizzazione del lavoro, e perciò l'ottimizzazione del rapporto costi/benefici: egli sarebbe, pertanto, incentivato a ruotare verso questo secondo fronte, allontanandosi dal primo. Sotto questo profilo il Codice deontologico intende scongiurare il rischio che il notaio venga ad impersonare il negativo di Robin Hood, con il "prendere" - ossia riscuotere gli onorari - dai poveri (nel senso di contraenti deboli, parti di un solo negozio concluso sulla base di testi standard, non da loro congegnati), per dare (almeno consulenza) ai ricchi (i contraenti forti, collettori delle pratiche seriali).

L'ingiustizia che le regole deontologiche esorcizzano non si perpetrerebbe attraverso l'omissione degli accertamenti del caso e la redazione compiacente delle clausole contrattuali: questi comportamenti, laddove posti in essere, rappresenterebbero altrettante violazioni di legge, che verrebbero come tali qualificate e sanzionate, senza evocare la categoria dell'ingiustizia, che peraltro prenderebbe corpo. L'ingiustizia paventata risiederebbe, invece, nell'appoggiarsi ad una sola parte, fornirgli consulenza, attenzione e premure, ed alla controparte riservare invece un atteggiamento freddo e sbrigativo.

La corretta istruttoria della pratica, l'effettuazione di tutte le indagini dovute, l'inserimento nel contratto delle garanzie del caso, consentono di considerare senz'altro realizzata la legalità, ma non necessariamente la giustizia cui le norme deontologiche tendono. Non ci si riferisce solo al rispetto umano, ma anche all'illustrazione dei profili giuridici, alla segnalazione di soluzioni alternative a quelle indicate - spesso per convenienza - dalla controparte più avvertita, oppure diverse da quelle concepite dall'interessato, qualora si intuisca che egli ignora opzioni ulteriori, magari a lui più confacenti.

Quindi, da un lato, la ricerca della soluzione più adatta alla persona che si ha di fronte, ancorché non la richieda espres-

samente. Dall'altro, la preoccupazione di illustrare ad entrambe le parti i rispettivi diritti, senza reticenze od omissioni (vale il monito biblico a non allearsi con il forte contro il debole, efficacemente evocato in contesto giudiziario nel film "Il caso Wislow").

6. Se il notaio deve operare per la giustizia bisogna però anche rendergliene. Allo scopo occorre non dimenticare la delicata posizione del notaio, facilmente esposto ad aggressioni strumentali; egli, invero, per le peculiarità del suo operare, si presta a diventare veicolo di frodi in danno suo e delle assicurazioni che coprono il suo rischio professionale. Quella notarile è una professione forgiata in tempi - e atmosfere - molto lontani, improntata alla doverosità del suo ministero, alla totale prevenzione di ogni conflitto di interessi e che - specie in questi ultimi decenni - registra una schizofrenica convivenza tra la veste di pubblico ufficiale e quella di professionista. Per un verso è significativa la tendenziale preclusione a dedurre manleve a proprio favore all'interno dei rogiti (cui il Codice deontologico guarda con estremo sfavore). Per un altro verso occorre considerare la situazione del notaio protrattasi sino all'introduzione del c.d. prezzo/valore, quando nel primo ruolo commetteva il reato di falso ideologico se indicava un prezzo inferiore al reale, mentre nel secondo era tenuto ad informare le parti sul valore catastale dell'immobile la cui adozione mette al riparo da accertamenti fiscali.

La deontologia riflette quella immagine nobile in cui il notariato si rispecchia ed a ragione custodisce quale garanzia del proprio ruolo istituzionale, della sua stessa sopravvivenza; si tratta di canoni di condotta molto severi, espressione dell'attitudine paternalistica nei confronti di quanti si rivolgono ad esso e che ha contraddistinto il tratto comune delle professioni liberali, il cui rispetto da parte dei membri della corporazione è verificato sanzionando le violazioni sul piano disciplinare. Al contempo, però, si tratta di valutare attentamente la condotta notarile laddove sia in gioco la responsabilità civile o quella penale, non già invocando odiosi privilegi, bensì invitando a guardare l'effettività della prassi, ad osservare lo scenario da vicino nella concretezza delle rappresentazioni che quotidianamente offre.

*La verità (vi prego) sul processo civile
Alcune modeste proposte per impedire
che i civilisti italiani siano a carico del loro
Paese e per renderli utili alla comunità*

Andrea Del Nevo

Magistrato, Tribunale di Genova

Il pragmatismo giuridico.

“I giudici... dovrebbero prendere le decisioni che sono migliori per il futuro della comunità, senza riguardo per la prassi passata.
(Roland Dworkin, *La giustizia in toga*, Laterza, 2010, pag. 25)

“Il giudice è un distruttore di parquet plastificati
...è un violatore di sepolcri”

(Vassili Vassilikos, *Z romanzo*, Feltrinelli, 1970, pag. 225)

Sommario: 1. *Premessa.* - 2. *La preparazione dell'udienza.* - 3. *Il “mercato” della prima udienza. Proposte.* - 4. *L'abuso di memorie scritte. Un problema reale.* - 5. *La regolazione dei comportamenti dei partecipanti alle udienze.* - 6. *La scelta dei consulenti d'ufficio.* - 7. *Il processo telematico.* - 8. *Conclusioni.*

1. Premessa.

Da centinaia di anni si susseguono le lamentele di cittadini, studiosi ed operatori in ordine al funzionamento della giustizia civile.

Proprio il carattere cronico di queste lamentele non rende anacronistico il richiamo a due grandi letterati del passato, meno recente nel caso di Swift (1), e più prossimo per quanto riguarda Auden (2).

Naturalmente il riferimento al celeberrimo saggio di Swift non mantiene alcun aspetto antropofagico, ma è mirato a ripristinare quel ruolo necessariamente centrale che i giuristi che si occupano di diritto civile devono avere per il progresso civile della comunità a cui appartengono (Italia ed Europa oggi, ed il mondo intero unito probabilmente domani).

Sono peraltro consapevole che come Auden anche nel processo civile, come nell'amore, sia impossibile accertare compiutamente la verità, essendo perfettamente chiara la sua inesistenza in senso assoluto.

Le precisazioni di cui sopra non impediscono però di tentare di formulare le modeste proposte di cui sotto, perché una società civile merita un processo altrettanto civile nel suo svolgimento, soprattutto con riferimento alla sua tempistica. Esisteranno sempre fattori che renderanno impossibile concludere un processo in tempi ragionevoli.

Malattie (o peggio) dei soggetti che partecipano ad esso (avvocati, magistrati, testimoni, periti).

Testimoni che non ricevono le convocazioni, o che non si presentano spontaneamente.

Astensioni e ricusazioni di magistrati e periti.

Trasferimenti di magistrati.

Lunghe trattative con esito negativo.

Alcune cause necessitano poi di tempi lunghi, perché sono davvero complesse soprattutto in fatto (ad es. quelle con molti soggetti, o che riguardano numerosi beni mobili o immobili).

L'esperienza giudiziale insegna però che le cause complicate sono l'eccezione, e non la regola.

L'importante è non complicare ciò che è semplice, e questo è il difficile in Italia.

Purtroppo il processo civile italiano sembra caratterizzato da prassi con le quali gli operatori condividono soltanto la rimozione dell'ansia di dover risolvere problemi che per la cui risoluzione sono pagati.

È dunque alla rimozione dei parquet e dei sepolcri (nel nostro caso ansiogeni) cui si riferisce il grande scrittore greco citato nell'epigrafe (seppure con riferimento ad un coraggioso giudice istruttore penale) che si rivolge questo contributo.

2. La preparazione dell'udienza.

La verità (relativa) resta pertanto una sola.

Un Giudice che si presenti alla prima udienza preparato in ordine alle questioni controverse, sia in fatto che in diritto, è in grado di gestire un processo in un tempo medio inferiore addirittura ai due anni.

Allo stato attuale della legislazione questa preparazione preventiva del giudice risulta già implicitamente imposta dagli artt. 183 c.p.c nel rito ordinario, e 420 c.p.c. nel rito locatizio e lavoristico.

È infatti evidente dalla lettura di tutte queste norme come sarebbe impossibile per il giudice sia ordinario che del lavoro e delle locazioni non adeguatamente preparato già alla prima udienza chiedere chiarimenti, indicare le questioni rilevabili d'ufficio, autorizzare le chiamate di terzi anche ai fini dell'integrazione del contraddittorio, ed avviare eventualmente la causa ad un tentativo di conciliazione che abbia qualche speranza di successo.

Risulta invece ad oggi prassi maggioritaria quella che vede la prima udienza, soprattutto, ma non esclusivamente, nel processo civile ordinario, come momento di passaggio, nel quale i difensori si limitano a chiedere, con riscontro positivo da parte del giudice, le memorie previste dal comma VI dell'art. 183 c.p.c., o note o memorie varie.

Ritengo che proprio questa prassi costituisca uno dei nodi cruciali del malfunzionamento del processo civile italiano, che deve essere sciolto più ad opera dei giuristi che del legislatore.

Ripartiamo dalla necessità per il giudice di arrivare già preparato alla prima udienza.

Non è una scelta priva di rischi.

L'obiezione principale ricorrente è costituita dal pericolo di studiare a vuoto cause magari in fase di transazione.

Si tratta di un problema agevolmente superabile, mediante un mutamento di approccio culturale nel rapporto tra avvocatura e magistratura.

Il processo civile italiano è sempre stato caratterizzato dalla diffidenza dei giudici verso gli avvocati (3), ed anche, aggiungo io, degli avvocati verso i giudici.

Qui sta il primo problema.

Se non si instaura da parte del Giudice una comunicazione costante con gli avvocati, nel rispetto dei rispettivi ruoli, nessun risultato utile potrà mai essere conseguito.

È pertanto necessario inviare comunicazioni telefoniche o via mail ai difensori, possibilmente nel periodo tra la scadenza del termine della costituzione del convenuto e la data della prima udienza, al fine di comprendere se la causa debba essere studiata immediatamente, o se invece la stessa sia stata già conciliata, o comunque siano state avviate trattative serie per la sua definizione.

Questo metodo consente di concentrare l'attenzione del giudicante sulle questioni ancora controverse.

Naturalmente si tratta di un approccio che deve essere mantenuto in corso di causa, anche al fine di evitare che trattative in realtà solo apparenti comportino il giorno dell'udienza ulteriori rinvii, e conseguenti ritardi.

3. Il “mercato” della prima udienza. Proposte.

L'altra obiezione riguarda il numero eccessivo di cause che arrivano alla prima udienza al giudice, che ne impedirebbe un'ordinata trattazione.

Anche questo è un falso problema, agevolmente risolvibile in via organizzativa.

A tale proposito osservo che, pur esistendo ex art. 168, comma 5, c.p.c. il potere generale del giudice di differire “la data della prima udienza”, nulla nel codice vieta che tale spostamento riguardi anche soltanto l'orario, consentendo così di dedicare a ciascuna causa un tempo ragionevole di discussione con i difensori.

Si deve poi aumentare il numero di udienze.

Ha quasi natura dogmatica l'idea per cui il giudice civile italiano debba tenere non più di tre udienze a settimana.

Oltre ad essere priva di una base normativa, tale idea appare espressione di una concezione del processo, che questo scritto si propone di superare definitivamente.

Un numero limitato di giornate da dedicare all'udienza comporta di regola l'accumulazione di numerose cause in un arco temporale, limitato a 4-5 ore del mattino.

Oltre quindi a rendere impossibile una trattazione ordinata, questo modulo organizzativo si pone in contrasto con tutti gli studi ormai consolidati riguardanti la curva dell'attenzione.

Come ormai ben noto tale curva tende a piegarsi progressivamente con il passare delle ore, con performance non esaltanti nella parte finale dell'udienza.

L'alternativa a questo stato di cose risulta però peggiore del male in esame.

Chi tiene poche udienze, se vuole discuterle veramente con i difensori, dovrà inevitabilmente effettuare rinvii a lungo termine, con tutte le conseguenze ben note in termini di violazione del precetto del giusto processo.

Non resta quindi altra alternativa che quella di organizzare il proprio ruolo con udienze cadenzate in 4-5 giorni alla settimana, con conseguente eliminazione dei problemi sopra segnalati.

Molti operatori obietteranno che questo comporterebbe sottrazione di tempo per la redazione delle decisioni e per lo studio della causa.

In realtà però l'esperienza di chi scrive, che si è articolata in tribunali di tutte le dimensioni, consente di superare agevolmente tale obiezione.

Una buona gestione del processo fin dall'inizio dello stesso infatti riduce sia il numero delle sentenze da redigere, e sia la complessità della loro redazione.

In particolare l'individuazione tempestiva delle domande e delle eccezioni infondate in diritto, attuata mediante lo studio degli orientamenti di legittimità nel tempo anteriore alla prima udienza, consente di costruire la decisione finale fin da tale momento.

Con riferimento a tali domande la sentenza può infatti essere già redatta in bozza informatica, limitandosi a richiamare le pronunce di legittimità che ne manifestano l'infondatezza, naturalmente riservando ogni modifica nel caso di mutamenti della giurisprudenza della Suprema Corte.

Analoghe considerazioni valgono anche per l'infondatezza in fatto di domande ed eccezioni.

Si possono qui menzionare solo a titolo esemplificativo:

le innumerevoli domande risarcitorie (altro tipico abuso del processo italiano, perché formulate molto frequentemente in modo scriteriato), nelle quali non vengono allegati fatti specifici che consentano al giudice di operare una quantificazione del danno, anche equitativa, e le cui lacune non pos-

sono essere colmate con le prove dedotte nelle memorie istruttorie, per tardività di tali deduzioni.

la genericità dei fatti posti a sostegno di altre domande, come ad esempio l'allegazione di un possesso non meglio specificato per alcune domande di usucapione, o la mancata indicazione di precise circostanze di tempo e di luogo nelle quali il fatto illecito lamentato si sarebbe verificato.

L'immediata eliminazione di domande ed eccezioni infondate in fatto ed in diritto, con la contestuale redazione di una sintetica motivazione che le riguardi, permette quindi di abbattere fin da subito i tempi di redazione della sentenza finale, ed apre anche le porte ad un più efficace tentativo di conciliazione giudiziale.

4. L'abuso di memorie scritte. Un problema reale.

L'abuso delle memorie scritte costituisce l'ulteriore nodo cruciale del processo italiano.

Su tale argomento bisogna essere estremamente chiari.

Nella prospettiva del difensore il riflesso sostanzialmente automatico nella richiesta di memorie e note di qualunque tipo poteva ancora trovare una parziale giustificazione nel fatto che fino a pochi anni fa le tariffe professionali erano legate anche alla redazione di tali atti.

Dovrebbe perciò destare stupore il fatto che le tariffe vigenti, legate solo alle fasi processo, non abbiano determinato un radicale cambiamento delle richieste rivolte al giudice del ceto forense, sempre improntate ad ottenere la possibilità di redigere ulteriori atti scritti rispetto a quelli iniziali.

A questo punto è chiaro che le motivazioni di questo approccio al processo erano e sono altre, e non hanno nulla a che vedere con l'efficienza dello stesso.

Il difensore chiede fundamentalmente di accentuare la trattazione scritta del processo, perché vuole:

dimostrare ai clienti di aver profuso massimo impegno nella loro difesa (non è infatti possibile dare tale dimostrazione se i clienti non sono presenti alla discussione orale), al fine di ottenere un aumento della parcella anche con le nuove tariffe. cercare di prendere tempo, quando arriva (come accade non infrequentemente) non preparato per la discussione.

provare a chiarire meglio gli argomenti non adeguatamente sviluppati negli atti introduttivi, alla luce anche delle obiezioni avversarie, nel timore anche della perdita di efficacia dei propri argomenti nelle rare volte in cui vi sia stata una reale discussione orale.

sollecitare la pigrizia del giudice, nella speranza che i suoi scritti verranno ricopiati nella decisione finale (4).

Queste motivazioni vanno purtroppo a coincidere con motivazioni altrettanto non apprezzabili del giudice, il quale è quasi sempre propenso a concedere quanto chiesto da difensore, perché anch'egli non è solito arrivare preparato all'udienza, ed ha quindi tutto l'interesse a rinviare una discussione a cui non sarebbe in grado di partecipare in modo adeguato.

Accomuna poi entrambe le categorie di giuristi l'ansia di differire il giudizio.

In questo modo tuttavia il processo, ed i diritti dei cittadini coinvolti in esso, finiscono per subire un pregiudizio ben maggiore di quello che gli stessi operatori si rendono conto di provocare.

Una metafora potrà forse rendere più chiaro il concetto.

Un processo civile può essere paragonato ad un aereo di linea, che deve portare i suoi passeggeri (le parti) da un aeroporto ad un altro.

L'aeroporto di destinazione ha soltanto due piste di atter-

raggio, denominate rispettivamente transazione e decisione. Il carburante è costituito dalle risorse economiche che le parti investono nella controversia.

La caratteristica più importante di un aeroplano è la portanza, che tra i suoi significati ha quello di “capacità di sostegno di un carico”.

Apparentemente la redazione di tre memorie (quante sono quelle attualmente previste nel codice di rito ordinario) non comporterebbe un vero aggravio della portanza dell’ aereo-processo.

In pratica però non è così.

Innanzitutto nel caso di processi con molte parti la stratificazione di numerose memorie comporta subito una compromissione della leggibilità del fascicolo, anche in chiave informatica.

È però la modalità con cui vengono redatte tali memorie a rendere quasi ingestibile il processo.

La dialettica tra le parti tende infatti a non tralasciare alcuna delle obiezioni sollevate dalla parte avversaria.

Il risultato finale è l’addensamento di un numero impressionante di pagine dedicate a replicare ad argomentazioni infondate in fatto ed in diritto, e quindi irrilevanti per pervenire alla decisione finale.

Colpisce poi il fatto che sempre più spesso tali repliche vengono condotte con toni argomentativi sconvenienti ed offensivi ex art. 88 c.p.c., che generano sub- procedimenti di cancellazione e di risarcimento, che appesantiscono ulteriormente la portanza del processo.

Rispetto a quest’ultima problematica, il recupero adeguatamente regolato della discussione orale che propongo più avanti ne consente un’ efficace prevenzione.

E tutto questo nonostante fosse chiara la volontà del legislatore di circoscrivere il contenuto delle memorie di cui all’ art. 183 c.p.c..

Al numero 1) del sesto comma di tale norma si legge che le memorie previste in esso devono essere “limitate” alle precisazioni ed alle modificazioni specificate.

Nel numero 3) di tale norma si individua l’aggettivo “sole” riferito all’indicazione di prova contraria.

Il contenuto di tali memorie non è dunque libero (come ad esempio in quelle previste dal secondo comma dell’ art. 102 c.p.c., che consentono “osservazioni” in ordine alla questione rilevata d’ ufficio che può decidere la causa), ma rigorosamente predeterminato dal legislatore.

È pertanto opportuno, quando si ritenga necessaria la loro concessione, invitare per scritto le parti ad attenersi rigorosamente alle indicazioni del legislatore, non inserendo considerazioni in fatto ed in diritto non consentite dalla norma. Ci sono poi profili che investono l’aspetto legislativo, che non interessano ai fini di questo studio, come ad esempio quelli della doverosità della concessione delle memorie (5), e della rigidità ed eccessiva lunghezza dei termini (si pensi ai 30 giorni di cui alla memoria n. 1), davvero sproporzionati, considerando la sostanziale inutilità di tale atto nella stragrande maggioranza dei casi).

Dal punto di vista pratico tuttavia l’opinabile doverosità della concessione non esenta il Giudice dall’avviare una ragionata discussione con i difensori in ordine all’opportunità di redigere tali memorie.

Proprio con riferimento alla memoria n. 1) fin dalla prima udienza ho spesso invitato i difensori a riflettere in ordine all’opportunità di perdere 30 giorni per depositare o non una memoria che appariva già del tutto inutile, sulla base delle domande e delle eccezioni già svolte, ottenendo un

riscontro positivo nella stragrande maggioranza dei casi. In alcuni casi più rari si è ottenuto il consenso degli avvocati alla riduzione dei termini in questione (che non sono inderogabili, con il consenso delle parti), e addirittura alla rinuncia alla redazione di tutte le memorie nelle situazioni in cui gli atti introduttivi erano stati diligentemente redatti in modo completo anche a livello istruttorio.

I risultati sono stati molto positivi.

Una consapevole collaborazione dell’avvocatura in ordine a questi aspetti è necessaria, soprattutto se la stessa acquisirà coscienza dei vantaggi che anch’essa ottiene con il metodo di lavoro proposto.

Da un lato il professionista, dovendo redigere atti meno numerosi e più brevi, avrà più tempo da dedicare al ricevimento della clientela ed alla preparazione della causa.

La riduzione delle memorie comporta un abbattimento dei tempi processuali, con conseguente soddisfazione sia del cliente che risultasse vincitore, ma anche di quello che risultasse soccombente, il quale conterrebbe i danni ed avrebbe più tempo e più risorse per un eventuale gravame.

5. La regolazione dei comportamenti dei partecipanti alle udienze.

La riduzione delle memorie scritte ha comportato necessariamente per il rispetto del contraddittorio il rilancio della discussione orale della causa.

Ciò ha riportato all’attenzione alcune norme, sulle quali i commenti erano quasi scomparsi, dal momento che l’interesse si era concentrato sulla prevalenza della trattazione scritta del processo.

Tali norme possono essere divise in due coppie, una relativa alla condotta dei difensori e l’altra al comportamento delle parti.

Iniziamo ad esaminare la direzione del procedimento (art.175 c.p.c.), come potere-dovere specifico del giudice, relativo al più generale potere-dovere di direzione dell’udienza di cui all’articolo 125 c.p.c..

In particolare il problema principale è risultato quello di provvedere alla regolazione della discussione dei difensori, affinché la stessa si svolgesse in modo proficuo ai fini della decisione.

Prescindendo dalle solite apprezzabili eccezioni, la gran parte dei difensori impegna buona parte del tempo a loro riservato nella discussione per rivolgersi più alla controparte che al giudice.

Viene quindi visualizzato oralmente quello che emerge già nelle memorie scritte, e cioè la convinzione diffusa nel ceto forense italiano che la vittoria in una causa passi più attraverso la confutazione delle tesi avversarie che mediante la costruzione di un’efficace argomentazione della propria tesi. Si moltiplicano di conseguenza i tentativi di interruzione dell’esposizione della tesi avversaria, con toni spesso al limite della sconvenienza e dell’offensività, non di rado accentuati dalla presenza personale dei clienti, che aumenta l’aggressività di alcuni difensori.

A questo proposito l’azione del giudice deve non solo essere ferma, ma anche costruttiva, e quindi non autoritaria, ma autorevole.

Le norme di cui agli articoli 127 e 175 c.p.c. sono infatti nate in un contesto autoritario, e non risultano essere state più modificate dopo il 1940.

La loro origine tuttavia non appare ostativa ad una loro utilizzazione in chiave democratica.

Un’equa regolamentazione della discussione orale costituisce infatti, come viene sempre ricordato da chi scrive ai di-

fensori, il principio base del rispetto delle tesi altrui, e quindi della democrazia, della quale la giurisdizione costituisce un pilastro fondamentale.

Per questi motivi tutti i tentativi di interruzione vengono prontamente fermati.

Identica sorte viene riservata all'uso di espressioni sconvenienti ed offensive durante la discussione orale.

Quando il difensore trascende nelle modalità espressive il pronto intervento del giudice, il quale prospetta all'avvocato il rischio che l'espressione censurabile venga verbalizzata, con tutti i rischi conseguenti, consente di prevenire l'insorgenza di eventuali procedimenti di cancellazione che, come già detto, appesantiscono ulteriormente il processo scritto. Naturalmente deve essere anche impedita un'eccessiva prolissità dei difensori, mediante l'indicazione da parte del giudice, soprattutto all'inizio della discussione, delle tematiche ritenute veramente rilevanti per la decisione finale.

Il frequente uso della comparizione personale delle parti comporta un'applicazione rigorosa delle regole previste dal codice per il loro comportamento in udienza (articolo 129 c.p.c. e 84 delle disposizioni di attuazione).

Le parti infatti, a causa del loro comprensibile coinvolgimento emotivo, tendono facilmente a polemizzare con la controparte ed il suo difensore.

Stanno diventando non inusuali pure le situazioni nelle quali la parte tenta di soverchiare il proprio difensore, e questo appare sintomatico dell'attuale debolezza non solo economica di una buona parte dell'avvocatura italiana, che sembra aver perso molta sicurezza nella gestione del proprio cliente.

Questo comporta un onere aggiuntivo per il giudice, il quale si vede costretto sempre più spesso a richiamare energicamente le parti intemperanti, ricordando loro le possibili conseguenze del protrarsi della loro condotta scorretta ex artt. 88 e 92 c.p.c., con il raro ricorso all'allontanamento (a volte temporaneo) dall'aula di alcuni soggetti ingestibili.

Tuttavia in questi casi appare più efficace ai fini del regolare svolgimento dell'udienza far comprendere alle parti l'inutilità di comportamenti sopra le righe, che rischiano soltanto di nuocere all'accoglimento delle loro tesi.

6. La scelta dei consulenti d'ufficio.

Un altro punto da non sottovalutare a mio parere è quello della scelta oculata dei consulenti, e della sua compatibilità con l'attuale formulazione dell'articolo 23 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura.

Quest'ultima norma stabilisce come è noto che "il presidente del tribunale vigila affinché, senza danno per l'amministrazione della giustizia, gli incarichi siano equamente distribuiti tra gli iscritti nell'albo (ndr indicato nell'art. 13 delle stesse disp. att.) in modo tale che a nessuno dei consulenti iscritti possano essere conferiti incarichi in misura superiore al 10 per cento di quelli affidati dall'ufficio".

Dopo l'introduzione di tale disposizione ha iniziato ad aleggiare nella magistratura italiana l'idea che sia stato introdotto un dovere, la cui violazione sarebbe disciplinarmente rilevante, di garantire una rotazione degli incarichi di consulenza tra tutti i tecnici iscritti nell'albo del tribunale.

Escludendo alcuni casi fortunati, in cui la scelta casuale del tecnico ha portato alla scoperta di professionisti estremamente validi, nella maggior parte dei casi il giudice si è visto però costretto a rinnovare perizie di assai scarsa qualità, non essendo come noto previsto un filtro alle iscrizioni all'albo, che garantisca la competenza degli iscritti.

La scelta del consulente resta a mio parere uno dei punti centrali per un efficace funzionamento della giustizia civile. In realtà la norma in esame non impone in alcun modo di dare incarichi a tutti, ma cerca di vietare che tutti gli incarichi siano assegnati sempre agli stessi.

In questo spazio normativo deve intervenire, come già detto all'inizio di questo scritto, la capacità dell'operatore di selezionare una pletera più ampia possibile di collaboratori capaci.

Si pone quindi il problema di come individuare tali soggetti. Si possono esporre i due fondamentali metodi che hanno consentito a chi scrive di conseguire risultati molto appaganti.

Il primo è consistito nella richiesta di informazioni ai propri tecnici di fiducia.

È pertanto chiesto ai consulenti che già operavano valentemente in ambito giudiziario di indicare (e non di raccomandare...) altri professionisti con i quali gli stessi si fossero trovati a lavorare, anche in posizioni contrapposte, che avessero dimostrato serietà ed onestà nell'espletamento del loro mandato.

La scelta cioè di un tecnico da parte di altro tecnico fidato è risultata nella quasi totalità dei casi soddisfacente, perché è principalmente un tecnico ad essere in grado di giudicare la capacità di un altro tecnico.

La centralità della discussione orale ha poi fatto emergere un altro proficuo criterio di selezione tra gli iscritti all'albo. Nelle udienze di chiamata a chiarimenti del c.t.u. le modalità di critica al suo operato da parte dei consulenti di parte ha reso possibile individuare proprio tra gli stessi molti professionisti validi, che sono stati poi utilizzati come c.t.u. da chi scrive.

Più in particolare è stato considerato criterio di selezione non solo la condivisibilità delle censure, ma anche l'obiettività con cui tali consulenti hanno analizzato le tesi dei propri assistiti.

Accanto ai due metodi principali può essere utile richiedere informazioni anche ai propri professionisti di fiducia (parenti ed amici), ed osservare anche di quali professionisti si avvalgano i difensori più capaci, i quali difficilmente sono affiancati da tecnici di scarso valore.

In sostanza, e concludendo, l'art. 23 delle Disp Att. non ha incrinato il principio implicito nella normativa riguardante le consulenze tecniche, per cui il professionista deve essere scelto in modo fiduciario, sulla base di capacità già emerse in precedenza.

7. Il processo telematico.

In questo scenario ha fatto recente irruzione il processo telematico.

Non si devono negare gli indiscutibili vantaggi di tale tipo di processo.

Lo scambio diretto tra le parti degli atti e delle produzioni ha inciso positivamente sulla gestione del fascicolo, se non altro per l'eliminazione delle numerose copie degli atti destinati alle controparti, che ne hanno diminuito la confusione.

Ciò che però si vuole mettere subito in evidenza è che l'apiciamento sul telematico da parte degli operatori rischia seriamente di compromettere il conseguimento di una giusta decisione, e ciò sotto molteplici profili.

Il primo è costituito dall'idea che il fascicolo si possa studiare solo telematicamente.

Naturalmente non è possibile escludere che in futuro l'evoluzione della mente umana consenta questo.

Nel frattempo però è da escludere che l'interazione tra documenti possa trovare una sintesi nella mente del giudice solo attraverso la loro disamina in formato telematico.

Per chi decide il processo deve restare cartaceo, restando un problema solo economico quello di stabilire se alla riproduzione cartacea di atti e documenti debbano provvedere le parti o lo Stato, soggetto quest'ultimo che deve valutare anche il costo non indifferente per stampare tali atti.

Il pericolo maggiore però è di tipo concettuale.

Se "tutto è telematico" allora "tutto è scritto".

Ne conseguirebbe automaticamente la totale svalutazione del momento di confronto rappresentato dall'udienza, vista a questo punto come una perdita di tempo rispetto a quanto già contenuto degli atti.

Resterebbero soltanto le udienze per le prove orali, sempre che non si arrivi al punto di effettuarle tutte in videoconferenza.

Il ricorso alla videoconferenza costituisce però un evidente problema per l'effettività del contraddittorio giudiziale.

Pertanto il ricorso ad essa deve essere circoscritto a situazioni eccezionali, come ad esempio udienze di comparizione personale delle parti e testimoniali, in cui le parti ed i testimoni si trovino ad una tale distanza da rendere impossibile altrimenti la loro audizione.

Un vero dialogo con le parti infatti deve essere svolto alla loro presenza personale.

Allo stesso modo la valutazione dell'attendibilità di un testimone deve essere fatta nel vivo dell'udienza, e non attraverso una telecamera.

Ritenere diversamente comporta reali rischi in ordine alla giustizia della decisione che si andrebbe ad assumere, che riguarda uomini e non files.

8. Conclusioni.

Ricapitolando tutto quanto già scritto si può affermare quanto segue.

In un contesto normativo, che ci si augura non verrà modificato, caratterizzato da preclusioni processuali, un giusto processo, e una buona gestione di un ruolo civile, si ottengono per quanto riguarda il giudice principalmente, anche se non esclusivamente, con il lavoro fuori udienza, anche nelle fasi successive a quella iniziale.

A questo lavoro però non può e non deve mancare il contributo dialettico dell'avvocatura, che deve essere stimolata non a produrre contraddittorio apparente (memorie superflue e prolisse, dedicate a questioni ir-rilevanti o a critiche alle critiche avversarie alla c.t.u.), ma ad offrire un reale contributo illustrato oralmente al giudice per pervenire ad una decisione davvero ragionata.

Note:

(1) Jonathan Swift, "una modesta proposta (per evitare che i figli degli irlandesi indigenti siano di peso ai genitori o al Paese, facendone un beneficio per tutti)", Marsilio, 2015.

(2) W. H. Auden, "La verità, vi prego sull'amore", Adelphi, 1994.

(3) Piero Calamandrei, "Elogio dei giudici scritto da un avvocato", Ponte alle Grazie, 1993, pg. 205.

(4) Copiatrice per richiamo oggi peraltro consentita dalla nota sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 642 del 2015.

(5) recentemente però messa in discussione dalla Suprema Corte, con la sentenza n. 4767/16.

Prescrizione, decadenza e metodo positivo

Antonio Fontana

Sommario: 1. *Prescrizione e decadenza sono istituti affini.* - 2. *Ma ancor più avvertita è la loro diversità.* - 3. *Priorità storica della prescrizione.* - 4. *Tentativi di ricercarne la differenza nella teoria generale del diritto.* - 5. *Con la Codificazione del 1942 la decadenza diviene un istituto di diritto positivo.* - 6. *Diversità fra prescrizione e decadenza quanto all'oggetto. Diritti disponibili e indisponibili.* - 7.a. *Cause impeditive.* - 8.b. *Fonti della decadenza. In particolare, legge ed autonomia privata.* - 9. *Riepilogo. La pattuizione di un termine di decadenza in frode alla legge.*

1. Prescrizione e decadenza sono istituti affini.

Quella forza operosa che, come ci ha insegnato il poeta della natura (1) trasforma, nel corso del tempo, tutte le cose (il giurista direbbe tutte le situazioni di fatto), mette il legislatore nella necessità di prendere posizione. Egli è infatti chiamato a decidere se, in qual modo e fino a qual punto debba intervenire, modificando a sua volta le situazioni di diritto per adeguarle alle nuove esigenze della vita. Fra i numerosi istituti dei quali può avvalersi a questo scopo, due ve ne sono che rivestono particolare rilievo: per l'appunto la prescrizione e la decadenza cui è dedicata la lezione di oggi (2).

Poiché entrambi attengono a fattispecie estintive di un rapporto giuridico, inteso in senso lato, concordemente viene riconosciuta l'esistenza, fra di essi, di una stretta affinità. In questa prospettiva è stato ritenuto, ad es., che qualora di un termine perentorio la legge non abbia precisato il *dies a quo*, debba farsi riferimento alla data, a partire dalla quale il relativo atto può essere ritualmente compiuto, applicando così, per analogia, alla decadenza, una norma (l'art. 2935) dettata in materia di prescrizione.

2. Ma ancor più avvertita è la loro diversità.

Tuttavia, anche una rapida scorsa alla vasta produzione scientifica accumulatasi sulle due figure è sufficiente per accorgersi come il lavoro degli studiosi sia stato sempre diretto a mettere in luce, assai più delle somiglianze, le differenze che tra l'una e l'altra intercorrono. Questo indirizzo ha ricevuto una sorta di riconoscimento ufficiale con la Codificazione del 1942. Infatti l'art. 2964, che costituisce l'*incipit* della normativa allora introdotta per la decadenza, non fa che indicare i due aspetti sotto cui essa maggiormente diverge proprio dalla prescrizione: quello dell'interruzione – mai consentita per la decadenza – e quello della sospensione – consentita solo in via eccezionale, quando una disposizione *ad hoc* la preveda. Ma per meglio comprendere l'orientamento della dottrina nel suo complesso conviene fare almeno un passo indietro.

3. Priorità storica della prescrizione.

Il Codice del 1865, mentre aveva già dedicato ampio spazio alla prescrizione, collocandone la disciplina in un apposito Titolo (il ventottesimo del Libro terzo, artt. 2105-2147) suddiviso a sua volta in quattro Capi, secondo un disegno abbastanza organico, non aveva dato alcun assetto sistematico alla decadenza. Conteneva però alcuni articoli, sparsi qua e là, in cui stabiliva che determinate azioni producessero gli effetti loro propri solo se esercitate entro limiti di tempo del pari determinati, e non oltre: così, ad es., per quelle a tutela del possesso (un anno, rispettivamente dalla molestia o dallo

spoglio: artt. 694 e 695) e per la denuncia di nuova opera (anche qui un anno, che decorreva dall'inizio dei lavori, purché nel frattempo questi non fossero terminati: art. 698). Ancor più, l'interesse degli esecuti era stato attirato dal confronto tra gli artt. 1082, primo comma, e 1090, per il diverso modo in cui erano formulati, ancorché regolassero due ipotesi che ben potevano dirsi contigue, come lo sono ancor oggi: quelle in cui è consentito revocare la donazione. Disponeva infatti il primo: "La domanda di revocazione per ingratitudine deve essere proposta entro l'anno dal giorno del fatto che vi dà luogo o dal giorno in cui il donante ha potuto averne notizia"; ed il secondo: "L'azione di revocazione per sopravvivenza di figli al donante si prescrive col decorso di cinque anni computabili dal giorno della nascita dell'ultimo figlio". L'uso, a tutte lettere, del verbo "prescrivere" da parte dell'uno, contrapposto alla sua assenza nell'altro, infatti, poteva indurre a ritenere che alla diversa formulazione testuale corrispondesse un trattamento diverso delle rispettive fattispecie. Ovvero che soltanto la seconda il legislatore avesse inteso ricondurre nell'ambito di applicabilità della disciplina sulla prescrizione. Ma se così fosse stato, quale disciplina si sarebbe dovuto applicare invece alla prima? .

4. Tentativi di ricercarne la differenza nella teoria generale del diritto.

Il Codice del 1865 non forniva alcun elemento utile per rispondere a questa domanda. Più in generale, non forniva alcun elemento utile per distinguere la prescrizione da quella che già allora veniva chiamata decadenza. Di tale compito si è dovuta per ciò far carico l'Accademia, mettendo a profitto i soli strumenti di cui disponeva, ossia i concetti: concetti che, nella seconda metà dell'Ottocento, ed ancora nei primi decenni del Novecento, erano quelli elaborati dalla Pandettistica. Di conseguenza, le prime trattazioni del tema non potevano avere che un'impostazione spiccatamente dottrinale. Per ricordare un solo esempio, Giuseppe Pugliese (3), nelle varie edizioni del suo volume su *La prescrizione estintiva* ha sostenuto la tesi secondo la quale sarebbero soggetti a prescrizione i diritti reali frazionari e quelli di credito, a decadenza, invece, i diritti potestativi.

Questo orientamento avrebbe dominato a lungo. Ancora nel 1953 il Romano (Santi) (4) rimproverava, a coloro che prima di lui avevano cercato il fondamento razionale della distinzione fra prescrizione e decadenza, (senza trovarlo, a suo dire), di non essere stati capaci di sollevarsi oltre la "sfera del problema singolo", mentre era necessario attingere quella teoria generale del diritto per cui, com'è risaputo, egli nutrivava una spiccata propensione.

5. Con la Codificazione del 1942 la decadenza diviene un istituto di diritto positivo.

Non sarò certo io a svalutare i meriti di questi studiosi. Ma la Codificazione del 1942, introducendo, con gli artt. 2964-69, una normativa generale sulla decadenza, sconosciuta al nostro ordinamento precedente, ha significato un'autentica svolta storica, che impone, altresì, un cambiamento di metodo. Tra quanti lo hanno avvertito con maggiore lucidità ricordo Vittorio Tedeschi, ed è un ricordo al tempo stesso affettuoso e velato di nostalgia, perché anch'io ho avuto la fortuna di essere suo allievo, in anni ormai lontani. Lo scritto (5) che costituisce la *summa* del suo pensiero in argomento inizia mettendo in rilievo, per l'appunto, che nel sistema italiano attuale "la decadenza è istituto di diritto positivo, oggetto di apposita normativa da parte del Codice civile". Da

ciò la conclusione che "mentre nel diritto... previgente la caratterizzazione della decadenza, nei confronti della prescrizione, spettava, sostanzialmente, alla dottrina, di fronte al codice odierno... il giurista non può operare né secondo criteri ontologici, né, tanto meno, secondo schemi personali, ma deve procedere in base alle norme positive di legge". Nella storia dei nostri due istituti che, talvolta per analogia, più spesso per contrasto, sempre ci appaiono destinati a richiamarsi a vicenda, si apre così un nuovo capitolo.

6. Diversità fra prescrizione e decadenza quanto all'oggetto. Diritti disponibili e indisponibili.

Il metodo positivo, così energicamente propugnato da Tedeschi, richiede in primo luogo un attento esame del testo, per procedere quindi alla sua interpretazione, con una spiccata preferenza per l'argomento *a contrario*. Nel nostro caso, dal Titolo V dell'ultimo Libro del Codice, considerato nel suo insieme risulta che: a) la prescrizione può avere ad oggetto solo diritti disponibili: è facile desumerlo, per l'appunto a contrario, dall'art. 2934, secondo comma (6); b) la decadenza, invece, può avere ad oggetto sia diritti disponibili, sia diritti indisponibili, ovvero, secondo il linguaggio del legislatore, materie sottratte alla disponibilità delle parti (cfr. artt. 2968 e 2969)(7).

Sotto il profilo obbiettivo, l'ambito di applicabilità della decadenza è dunque più ampio di quello della prescrizione. La dottrina prevalente spiega questo divario sostenendo che, mentre la prescrizione è stabilita sempre e soltanto a tutela di un interesse generale (da cui la nullità di ogni patto diretto a modificarne il regime legale, comminata dall'art. 2936), la decadenza può essere prevista anche a tutela di un interesse del singolo. Si distingue così fra decadenze d'ordine pubblico e decadenze d'ordine privato. Di questa diversità il legislatore ha tenuto conto, dettando normative che in vari, importanti punti, divergono. Perciò, prima di procedere ad una comparazione fra prescrizione e decadenza *tout court*, è opportuno, a mio avviso, fornire un quadro delle disparità di trattamento che si rinvengono all'interno dei due rami in cui si biparte la disciplina concernente la decadenza stessa. Altrimenti si corre il rischio che il lettore frettoloso, quando si trova di fronte ad un saggio intitolato, *sic et simpliciter*, "prescrizione e decadenza" (e quanti ce ne sono!) ne tragga l'impressione che i termini da porre a confronto siano solo due, mentre in realtà sono tre.

S'intende che, per ovvie ragioni di tempo, qui dovrò limitarmi a qualche esempio.

7.a. Cause impeditive.

L'esistenza di diritti indisponibili, soggetti a decadenza, cui i già citati artt. 2968-69 fanno esplicito riferimento, risulta anche dall'art. 2966. Questa norma è anzi di particolare interesse perché comprende nella sua previsione, oltre ad essi, anche i diritti disponibili, tratteggiandone le rispettive posizioni per quanto attiene alle cause impeditive, sicché il divario, fra l'una e l'altra, appare ancor più evidente. In *limine* viene indicata la sola causa comune ad entrambe le categorie: quella costituita dal "compimento dell'atto previsto dalla legge o dal contratto". Atto che può consistere, a sua volta, sia nell'esercizio dello stesso diritto soggetto a decadenza, sia in una diffida, o denuncia, o riserva ecc., rientranti nella categoria, che la dottrina ha da tempo costruito, degli "atti singolari". Segue un'altra causa impeditiva della decadenza, la cui efficacia è invece dall'art. 2966 limitata ai soli diritti indisponibili: il riconoscimento del diritto da parte della persona

contro cui questo dev'essere fatto valere. La *ratio* di questa seconda parte della norma è ben nota: si è voluto risparmiare all'interessato l'onere di compiere, entro il relativo termine, l'atto voluto dalla legge o dal contratto: onere che può risultare assai gravoso, ad es., quando si tratti di promuovere un'azione giudiziaria. Ma una simile agevolazione può essere giustificata solo finché siano in giuoco questioni di modesto rilievo, che non eccedono la sfera personale. Infatti dal medesimo articolo si desume, ancora una volta a contrario, che il riconoscimento ivi previsto, qualora avesse ad oggetto un diritto indisponibile, sarebbe privo d'ogni valore. In questo caso il rigore della disciplina attinente alla decadenza è tale da non ammettere alcun equipollente del compimento dell'atto, cui ho appena accennato.

8.b. Fonti della decadenza. In particolare, legge ed autonomia privata.

Per i diritti indisponibili soltanto la legge può stabilire un termine di decadenza. Per quelli disponibili la gamma delle fonti si estende: accanto alla legge troviamo il provvedimento del giudice (cfr., ad es., l'art. 481, in tema di accettazione dell'eredità), quello dell'autorità amministrativa (si pensi alle licenze edilizie, con le quali può essere disposto che la costruzione venga ultimata entro una certa scadenza) e l'autonomia privata. Quanto ai modi in cui quest'ultima si esplica, la normativa in esame pone l'accento sul contratto. L'art. 2965 si riferisce, infatti, alla stipulazione di un "patto", mentre dall'art. 2968, applicando il solito argomento a contrario, si deduce che solo "le parti", e non altri, possono modificare la disciplina legale della decadenza. Perciò anch'io mi limiterò ad un rapido cenno su di esso, rinviando ad altra occasione l'esame del negozio giuridico unilaterale *inter vivos* (si pensi alla promessa al pubblico, art. 1989) o *mortis causa* (di cui un vero e proprio topos è il dibattito sull'ammissibilità o meno di un termine ex *voluntate testatoris*, in sostituzione di quello legale previsto dall'art. 480.).

Ciò che risalta a prima vista è l'intento del legislatore di mantenere sotto rigido controllo il ricorso a questo strumento, anche quando non venga in questione l'ordine pubblico. L'art. 2965, appena citato, commina infatti la nullità del termine che renda l'esercizio del diritto troppo difficile ad una delle parti. Ed è quasi superfluo aggiungere che la valutazione di questo limite viene rimessa al giudice di merito, il quale deciderà caso per caso, con prudente apprezzamento che non sarà censurabile in sede di legittimità, se sostenuto da motivazione adeguata: siamo perciò di fronte ad una vera e propria "frontiera mobile".

Si può ricordare altresì l'art. 1341, secondo comma, richiamato dall'art. 1342 per i contratti conclusi mediante moduli o formulari, il quale include fra le clausole vessatorie, che hanno effetto solo se specificamente approvate per iscritto, quelle che sanciscono decadenze a carico dell'altro contraente ossia di chi, secondo *id quod plerumque accidit*, si trova nella posizione economico-sociale più debole.

Vi sono poi fattispecie in cui la deroga è consentita soltanto in *melius*, ovvero soltanto nel senso dal legislatore ritenuto più consono all'interesse che vuol tutelare. Tipico l'art. 1501 che, in tema di vendita con patto di riscatto dispone che il relativo termine non può essere maggiore di due anni nella vendita di beni mobili e di cinque in quella di beni immobili. Qui abbiamo un limite massimo, che le parti non possono superare perché un'eventuale pattuizione in tal senso verrebbe colpita dal meccanismo di sostituzione automatica delle clausole difformi operante ex art. 1419, secondo comma.

L'autonomia privata potrà quindi esplicitarsi solo concordando termini più brevi. Infine, abbiamo casi in cui questa può unicamente avviare la procedura che conduce, bensì, alla fissazione del termine, ma da parte di un organo dello Stato. Pensiamo, ancora, all'art. 481, ov'è disciplinata attualmente l'*actio interrogatoria*: l'interessato potrà solo rivolgere un'istanza al giudice, e spetterà a quest'ultimo stabilire il termine entro cui il chiamato all'eredità dovrà dichiarare se l'accetta oppure no.

9. Riepilogo. La pattuizione di un termine di decadenza in frode alla legge.

Riassumo, come in una tavola sinottica, i rapporti fra legge ed autonomia privata, per quanto attiene sia alla prescrizione sia alla decadenza. La legge a) può stabilire termini di decadenza, ma non di prescrizione, per i diritti indisponibili; b) può stabilire termini di decadenza per i diritti disponibili; c) può stabilire termini di prescrizione per i diritti disponibili. L'autonomia privata d) non può mai stabilire termini di prescrizione, perché unica fonte di prescrizione è la legge; e) non può stabilire termini di decadenza per i diritti indisponibili; f) può stabilire termini di decadenza per i diritti disponibili.

Combinando fra loro i due elenchi, ed in particolare confrontando la lett. c) con la lett. f) si giunge alla conclusione che legge ed autonomia privata possono in parte coesistere nella disciplina della medesima fattispecie, nel senso che può aversi un diritto disponibile soggetto ad un termine di prescrizione stabilito dalla legge e ad un termine di decadenza stabilito dall'autonomia privata. Da ciò la domanda: *quid iuris* se, per il diritto disponibile x, le parti convengono un termine di decadenza, allo scopo di eludere l'applicazione della norma di legge che per lo stesso diritto ha sancito un termine di prescrizione? È intuitivo che la risposta dovrà cercarsi nella tematica del negozio in frode alla legge. Ma con ciò siamo appena agli inizi dell'indagine: di un'indagine che, ancora una volta, spero di poter riprendere ed approfondire in altra sede.

Note:

- (1) Lucrezio, *De rerum natura*, I, 264-5, ripreso da Foscolo, *I sepolcri*, vv. 19-22.
- (2) Si tratta della lezione tenuta alla Scuola Forense Mauro De André di Genova il 29.11.2016, di cui qui si pubblica il testo, senza modifiche.
- (3) Ampiamente citato da Trimarchi, *Prescrizione e decadenza*, in *Jus*, 1956, pp. 219 ss., al quale rinvio per ulteriori citazioni, anche di opere successive alla Codificazione del 1942.
- (4) *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, s.v. *Decadenza*, pp. 46 ss. L'Autore richiamava la "distinzione e contrapposizione fra la figura del diritto soggettivo e quella del potere o potestà che dir si voglia" (p. 48), e così concludeva: "La prescrizione determina l'estinzione di un diritto; la decadenza, non l'estinzione di un potere, ma l'impossibilità di esercitarlo in un singolo caso, nonostante che il potere medesimo rimanga in vita per tutti gli altri casi in cui ricorre".
- (5) Voce *Decadenza (Diritto e procedura civile)* in *Encicl.dir.*, XI, Milano, 1962, pp. 770 sss., ove sono ricordati i numerosi scritti precedenti. Un'accurata rassegna, che giunge fino agli inizi del secolo attuale in Ruperto, *La giurisprudenza sul Codice civile coordinata con la dottrina*, Libro VI, *Della tutela dei diritti*, Milano, 2011, sub artt. 2964 ss., pp. 907 ss.
- (6) Nella letteratura più recente cfr. Vitucci e Roselli, nel *Commentario* a cura di Schlesinger e Busnelli, Milano, 2012, sub art. 2934, pp. 68 ss.
- (7) Per tutti cfr. già Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964, pp. 121 ss.

Sulla misura e sulle modalità di uso dei servizi condominiali e sulla applicazione dell'art. 844 c.c. nel condominio.

Il Giudice di Pace tra attribuzioni codicistiche e sussidiarietà e/o supplenza.

Marco Tiby

Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. *Misura e modalità d'uso dei servizi condominiali. La competenza del giudice di pace.* - 1.1. *Misura d'uso.* - 1.2. *Modalità d'uso.* - 1.3. *Problemi processuali (effetto devolutivo).* - 2. *Le immissioni intollerabili. La competenza.* - 2.1. *Raffronto tra l'art. 7 c.p.c. e l'art. 844 c.c..* - 2.2. *Soggetti (allargamento) e natura delle immissioni (restrizione).* - 2.3. *Immissioni intollerabili e divieti regolamentari.* - 2.4. *Inibitoria e risarcimento del danno.* - 3. *La responsabilità del proprietario locatore: limiti.* - 4. *Il concetto di intollerabilità.* - 5. *Il giudice di pace, sussidiario e supplente.*

1. La misura e modalità d'uso dei servizi condominiali. La competenza del giudice di pace.

Il Giudice di Pace è competente per le cause relative alla misura (*ex pretore*) e alle modalità d'uso (*ex conciliatore*) dei servizi di condominio di case, qualunque sia il valore della controversia (art. 7 comma 3, punto 2, c.p.c.).

All'unificazione dell'organo giudicante resiste quindi la duplicità del concetto con la conseguenza che oggi, la sua definizione, risulta necessaria per evitare di portare in tribunale controversie di competenza del magistrato onorario.

La distinzione tra "misura", termine che valorizza l'aspetto quantitativo dell'uso di un determinato servizio, e "modalità", termine che pone quest'ultimo sotto la diversa ottica della "qualità" dello stesso, ha perso quindi gran parte della rilevanza pratica che aveva un tempo.

Ciononostante il tentativo di individuare i confini tra l'una e l'altra consente di mettere in evidenza un requisito positivo, sotteso ad entrambi i concetti: l'esistenza del diritto del condomino ad un determinato uso della cosa comune. Un diritto può essere limitato o compresso nelle sue facoltà, ma è pur sempre un diritto. Se invece tale diritto non esiste, o meglio, se vi è contestazione sulla sua stessa esistenza, la controversia sfugge alla competenza del giudice di pace.

Un rapido sguardo alla più recente giurisprudenza di legittimità ci consente di calare nel concreto quanto appena detto, offrendoci spunti di riflessione in ordine al procedimento di qualificazione giuridica delle diverse situazioni di fatto.

1.1. misura d'uso.

Le controversie ad essa relative, generalmente, hanno per oggetto provvedimenti dell'assemblea o dell'amministratore che incidono, appunto, sulla misura del godimento riconosciuto ai singoli condomini (1): si pensi alla delibera condominiale che neghi al condomino l'autorizzazione a collegare all'impianto di riscaldamento centralizzato condominiale due corpi scaldanti in aggiunta ai non adeguati pannelli radianti già esistenti nei locali della sua unità immobiliare (2).

1.2. Modalità d'uso.

Due condomini aprono un bar nei loro locali posti al piano terra e collocano sedie e tavolini sull'area condominiale an-

tistante. Gli altri condomini si oppongono sostenendo che tali aree possono soltanto essere concesse in locazione, così come a suo tempo stabilito da una delibera assembleare.

La Cassazione (3), rilevando che detta controversia (iniziata in tribunale) attiene a diritti comuni, la ritiene di competenza del giudice di pace, nella quale competenza rientrano, appunto, tutte le controversie ove si discuta:

o di riduzioni quantitative del diritto di godimento dei singoli condomini sulle parti comuni (misura d'uso);
o di limiti qualitativi di esercizio delle facoltà comprese nel diritto di comunione (modalità d'uso).

Nella fattispecie presa in esame non è in discussione il diritto dei condomini all'utilizzo dello spazio comune antistante le loro unità mobiliari, ma la regolamentazione del suo esercizio. Diverso è il caso in cui il regolamento vieti, ad esempio, il parcheggio di veicoli in un'area condominiale. Qui la domanda volta a far dichiarare illegittimo l'uso a parcheggio del bene da parte di altri, presuppone la contestazione in radice del diritto ad un determinato uso della cosa comune.

In relazione ad esso, la Cassazione (4) ha precisato: "Non si tratta, quindi, di decidere in merito alla modalità d'uso dei beni comuni, ma di valutare (o meno) se uno specifico uso sia o meno consentito: di qui la competenza del Tribunale adito (Cass. 19 aprile 2011, n. 8941; Cass. 4 giugno 2014, n. 12597; Cass. 10 aprile 2015, n. 7329)".

Ad analoga conclusione è pervenuta (5) nel caso di trasformazione, in violazione dell'obbligo richiamato nel regolamento condominiale, della destinazione di un appartamento da abitazione a studio professionale (nella specie un laboratorio fotografico).

1.3. Problemi processuali (effetto devolutivo).

I conflitti e i problemi relativi alla competenza che abbiamo visto offrono lo spunto per aprire una piccola parentesi di carattere più strettamente processuale relativa ai rapporti tra giudice di pace e tribunale allorché il primo declini la propria competenza e la sua decisione venga appellata.

È stato di recente affermato (6) che il tribunale, sia nel caso in cui l'appello contro la sentenza del giudice di pace venga rigettato in punto competenza, sia nel caso in cui venga accolto, decide sempre nel merito come giudice di secondo grado.

Infatti, nell'ipotesi di rigetto, il tribunale è investito dell'esame del merito quale giudice di appello, mentre nell'ipotesi di accoglimento dell'appello non vi è più una regola analoga a quella stabilita per il conciliatore (7).

2. Le immissioni intollerabili. La competenza.

2.1. Raffronto tra l'art. 7 c.p.c. e l'art. 844 c.c.

Il giudice di pace è competente, "qualunque ne sia il valore" "per le cause relative a rapporti tra proprietari o detentori di immobili adibiti a civile abitazione in materia di immissioni (844 c.c.) di fumo o di calore, esalazioni, rumori, scuotimenti e simili propagazioni che superino la normale tollerabilità" (art. 7 comma 3 n. 3 c.p.c.).

Si tratta di un'elencazione non tassativa di tutta una serie di disturbi al quieto vivere che costituisce il riflesso processuale dell'art. 844 c.c., la norma sostanziale in tema di immissioni. Vi sono peraltro alcune varianti (sia soggettive che oggettive) le quali sfalsano l'apparente simmetria e impediscono alle due disposizioni di sovrapporsi in modo perfetto.

2.2. Soggetti (allargamento) e natura delle immissioni (restrizione).

Da un lato, infatti, l'art. 7 del c.p.c. allarga il novero dei soggetti che possono attivarsi per far cessare le immissioni: oltre

al proprietario, la disposizione contempla anche il detentore di immobile; dall'altro, restringe il campo di applicazione agli immobili adibiti a civile abitazione, escludendo così dalla competenza del giudice di pace le immissioni c.d. industriali, ossia le immissioni derivanti dalla produzione industriale, agricola o commerciale.

Al giudice di pace si possono dunque rivolgere proprietari e detentori di immobili per far cessare immissioni che, per usare un'espressione giurisprudenziale, vengono chiamate, in contrapposizione a quelle industriali, "inter-private".

Pertanto, qualora si voglia iniziare un contenzioso che abbia come fine quello di inibire le immissioni intollerabili provenienti dall'immobile del vicino, occorre, per prima cosa, individuare la natura.

Dovremo quindi rivolgerci al Tribunale allorché lamentiamo, ad esempio, immissioni di fumo o di calore promananti da un esercizio commerciale (frequente è il caso delle pizzerie e dei ristoranti) o quelle di rumore provenienti dalla vicina discoteca o palestra, oppure dal campanile della chiesa.

2.3. Immissioni intollerabili e divieti regolamentari.

Più sottile è un secondo profilo che ha a che vedere con un presupposto processuale, idoneo da solo a spostare la competenza dal giudice di pace al tribunale.

Il seguente caso (8) offre lo spunto per chiarire il concetto. Tizio, esasperato a causa dei rumori e delle vibrazioni provenienti dall'appartamento del vicino il quale ha preso ad utilizzare particolari macchinari per cucire pellami a domicilio, si rivolge al suo legale facendogli notare che il regolamento condominiale, di natura contrattuale, vieta, all'interno delle singole unità abitative, l'esercizio di attività rumorose o maleodoranti.

A questo punto si presentano due vie di tutela.

O si agisce per far dichiarare l'intollerabilità delle immissioni e degli scuotimenti, oppure per far accertare la violazione da parte del convenuto dell'obbligo di non fare di cui alla disposizione regolamentare.

E vero che, in entrambi i casi, si chiederà al giudice di ordinare la sospensione di qualsiasi attività lavorativa, ma un conto è fondare la domanda perché tale attività è fonte di rumore intollerabile, un conto perché abusiva, illegittima, contrastante cioè con il regolamento.

Entrambe le domande sono di accertamento: una sulla intollerabilità delle immissioni, l'altra sulla violazione dell'obbligo regolamentare. Entrambe si accompagnano ad una domanda di condanna (*petitum* immediato). Entrambe hanno come fine un bene della vita, che è appunto la tranquillità, il viver bene senza essere disturbati (*petitum* mediato).

Ma la ragione del domandare (la *causa petendi*) è diversa.

Una si fonda su di un presupposto di fatto della norma sostanziale in tema di immissioni (la pretesa intollerabilità di cui all'art. 844 c.c.), l'altra sulla opponibilità di uno specifico divieto contenuto nella clausola del regolamento condominiale.

Ora, secondo la Cassazione, allorché il turbamento del bene della tranquillità degli altri partecipanti al condominio sia espressamente tutelato da disposizioni contrattuali del regolamento condominiale "non occorre accertare, al fine di ritenere l'attività stessa illegittima", se le immissioni siano o meno intollerabili, ma è sufficiente verificare se sussista o meno la violazione del regolamento.

Considerato che il regolamento potrebbe imporre limitazioni anche "maggiori di quelle stabilite dall'indicata norma generale sulla proprietà fondiaria" è chiaro che, dal punto

di vista strategico, è meglio far valere questo tipo di azione. Ma per fare ciò, una volta individuata la disposizione regolamentare, non ci dovremo rivolgere al giudice di pace, ma al tribunale in quanto la legittimità dell'immissione non verrà valutata "sotto la lente dell'art. 844 c.c., ma esclusivamente in base al tenore delle previsioni negoziali di quel regolamento".

Questa soluzione appare coerente con il principio per cui al giudice di pace, salvo questo caso eccezionale di azione reale (previsto tra l'altro nei limiti di cui abbiamo detto), sfuggono le controversie inerenti il diritto di proprietà e gli altri diritti reali (9).

2.4. Inibitoria e risarcimento del danno.

Un altro problema, sempre in punto competenza, si pone allorché, in concorso con la domanda ex art. 844 c.c., venga formulata anche quella di risarcimento del danno ex art. 2043 c.c. per un importo superiore alla soglia di cui al primo comma dell'art. 7 c.p.c.

Detta disposizione stabilisce che "Il giudice di pace è competente per le cause relative a beni mobili di valore non superiore a cinquemila euro, quando dalla legge non sono attribuite alla competenza di altro giudice".

Come noto, è pacifica la possibilità di agire simultaneamente, incardinando un unico giudizio, tanto per la tutela inibitoria, quanto per il risarcimento del danno (es. danno alla salute, ma anche un danno patrimoniale).

Quando la domanda accessoria di danni è superiore ai cinquemila euro, si pone un problema di competenza le cui possibili soluzioni, in astratto, sono tre:

- attrazione di tutta la causa, compresa quindi anche quella riguardante l'intollerabilità delle immissioni, presso il tribunale (ex art. 40, comma 7, c.p.c.);
- separazione delle cause (al giudice di pace le immissioni, al tribunale il risarcimento);
- competenza del giudice di pace anche per la domanda accessoria di danni qualunque ne sia il valore.

Al riguardo va ricordato che con l'istituzione del giudice unico, e cioè a partire dal 1999, è stato abrogato il secondo comma dell'art. 31 dedicato alle cause accessorie, il quale disponeva che la domanda accessoria poteva essere proposta allo stesso giudice anche se eccedente la sua competenza per valore quando quella principale fosse attribuita al primo *ratione materiae*.

In virtù di questa abrogazione sembrerebbe che il giudice di pace si debba tenere le immissioni e dichiararsi incompetente sul danno.

Considerato che il risarcimento dipende dalla intollerabilità delle immissioni, il giudizio eventualmente riassunto in tribunale dovrebbe però essere sospeso in attesa della decisione del giudice di pace.

Questa via non sembra ragionevole ed infatti non è stata seguita dalla Cassazione (10) in una fattispecie in cui l'attore aveva convenuto davanti al giudice di pace (il quale poi si era dichiarato incompetente) il proprietario dell'appartamento soprastante al suo, dal quale provenivano immissioni nocive derivanti dall'uso di collante per pavimenti, per chiedere il risarcimento del danno, quantificato in circa 25.000,00 euro, pari all'ammontare dei canoni di locazione non percepiti a causa del recesso del suo conduttore.

È stato così affermato che l'attribuzione al giudice di pace, "qualunque ne sia il valore", delle cause indicate al n. 3, comma 3, dell'art. 7 c.p.c. va affermata sia quando la domanda è diretta ad ottenere l'inibitoria di cui all'art. 844

c.c., sia quando l'azione è proposta per conseguire il risarcimento del danno sofferto a causa delle immissioni; e che tale competenza per materia "sussiste non solo in caso di azione diretta a far cessare le immissioni ritenute eccedenti la normale tollerabilità, ma anche quando l'attore domandi, in via accessoria o esclusiva, la condanna del convenuto al risarcimento dei danni patiti a causa delle immissioni stesse."

3. La responsabilità del proprietario locatore: limiti.

Può capitare che le immissioni abbiano origine da un immobile condotto in locazione e che l'autore delle stesse sia appunto il locatario. Si pensi al conduttore di un immobile adibito a civile abitazione che ama suonare la batteria e provoca immissioni di rumore in danno del vicino oppure al caso (di competenza del tribunale) in cui Tizio prende in locazione un locale e vi installa un ristorante, producendo, attraverso la canna fumaria, immissioni intollerabili di fumo in danno dell'appartamento soprastante.

Ipotizziamo che il proprietario sia a conoscenza dell'intenzione di Tizio di installare nei locali concessigli in locazione un ristorante oppure sia stato portato a conoscenza dai vicini della problematica relativa alle immissioni provenienti dalla canna fumaria. E ipotizziamo pure che i vicini lo abbiano invitato a prendere provvedimenti nei riguardi del suo conduttore e lui non abbia fatto nulla.

Ora è chiaro che se si promuove un'azione per fare accertare l'illegittimità delle immissioni e contestualmente far realizzare delle modifiche strutturali (ad esempio alla canna fumaria) occorre citare il proprietario del locale, avendo l'azione natura reale.

Ma se si formula una domanda risarcitoria ex art. 2043 c.c., ci si chiede se anche il proprietario possa ritenersi passivamente legittimato.

Traendo spunto da un precedente del 2010 che faceva però riferimento ad una fattispecie relativa all'art. 2051 c.c., la Cassazione (11) ha affermato che il solo fatto di essere proprietari, ancorché consapevoli della esistenza delle immissioni prodotte dal conduttore, non è idoneo, neppure in astratto, a realizzare una responsabilità o corresponsabilità aquiliana.

In altre parole, solo l'autore materiale delle immissioni potrà essere condannato al risarcimento del danno, a meno che il proprietario non concorra anche lui, materialmente, alla realizzazione del fatto dannoso.

4. Il concetto di intollerabilità.

In tale ambito, la giurisprudenza di legittimità ha fissato alcuni principi (12) valevoli, in generale, per tutti i tipi di immissione.

Intanto, com'è facile intuire, la valutazione della tollerabilità o meno delle immissioni non può essere fatta in astratto, ma deve essere compiuta in concreto. Occorre quindi tenere conto, ad esempio, per quelle sonore, della rumorosità di fondo della zona, delle caratteristiche di questa (es. residenziale o industriale), delle abitudini degli abitanti, etc. Il limite di tollerabilità delle immissioni, pertanto, non è mai assoluto, ma relativo alla situazione ambientale.

Esso va individuato, sempre secondo la giurisprudenza, mediante l'utilizzo del c.d. criterio comparativo.

Il giudice, in forza di detto criterio, nelle immissioni rumorose ad esempio, deve operare un confronto tra il livello medio dei rumori di fondo (si parla al proposito di "fascia rumorosa costante") e il livello del rumore rilevato nel luogo interessato dalle immissioni.

Sempre facendo riferimento alle immissioni di rumore, la

prassi giudiziaria ha poi individuato il superamento della normale tollerabilità allorché il rumore provocato dalle immissioni superi di 3 decibel quello di fondo anche nelle ore diurne.

Questa misura è stata presa a parametro di riferimento tenendo conto di quanto stabilito dal Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 1° marzo 1991.

Detto decreto persegue finalità di carattere pubblico ed opera nei rapporti fra i privati e la p.a. fissando, quale misura da non superare per le zone non industriali, una differenza, rispetto al rumore ambientale, pari a 3 db in periodo notturno e in 5 db in periodo diurno.

Va chiarito, al riguardo, che il rispetto di tali limiti oggettivi, in quanto avulsi dalla situazione ambientale concreta, non ha alcuna incidenza nei rapporti tra proprietà private vicine o in ambito condominiale. Del resto, come visto, la giurisprudenza ha preso spunto da esso per utilizzare la misura dei 3db anche in orario diurno e non solo in orario notturno.

Pertanto, il vicino che provoca rumori non potrà difendersi adducendo il rispetto dei limiti contenuti in detto decreto in quanto il giudizio sulla tollerabilità delle immissioni deve essere comunque condotto con riferimento alla situazione concreta (13).

D'altra parte, va considerato senz'altro il superamento dei livelli di accettabilità stabiliti dalle leggi e dai regolamenti che, disciplinando le attività produttive, fissano nell'interesse della collettività le modalità di rilevamento dei rumori e i limiti massimi di tollerabilità.

Va quindi ribadito come l'eventuale rispetto degli stessi non può far considerare senz'altro lecite le immissioni, dovendo il giudizio sulla loro tollerabilità formularsi a stregua dei principi di cui all'art. 844 cod. civ. (14).

Stesso discorso vale anche per la L. 26 ottobre 1995, n. 477 sull'inquinamento acustico che, al pari delle norme contenute nei regolamenti locali, persegue interessi pubblici, disciplinando, in via generale ed assoluta, e nei rapporti c.d. verticali fra privati e la p.a., i livelli di accettabilità delle immissioni sonore al fine di assicurare alla collettività il rispetto di livelli minimi di quiete.

5. Il giudice di pace, sussidiario e supplente.

Si è detto delle attribuzioni codicistiche e di come esse sono interpretate dalla giurisprudenza.

Ci si chiede ora se, nell'ambito dei compiti istituzionali assegnati al giudice di pace, si possa parlare di sussidiarietà e/o supplenza.

Come noto, il principio di sussidiarietà (15) impone agli enti territoriali (Regioni, Città Metropolitane e Comuni) di intervenire in sussidio, cioè in aiuto, sia dei cittadini che delle organizzazioni ad essi sottostanti, quando queste perseguano e attuino scopi di carattere generale e soddisfino esigenze di natura pubblica. Da un altro punto di vista, detto principio sancisce un potere di avocazione delle funzioni proprie degli enti territoriali più vicini ai cittadini, da parte degli enti superiori, quando questi siano in grado di rendere il servizio in modo più efficiente dei primi.

Si tratta quindi di un principio che ha a che vedere con l'organizzazione del potere pubblico in rapporto sia ai cittadini che alle istituzioni private e non è evidentemente in questo contesto, tipico del diritto costituzionale/amministrativo, che possiamo innestare un discorso sulla sussidiarietà di un organo giurisdizionale.

Ciò nonostante, parlare di sussidiarietà del giudice di pace è possibile se si va alle radici etimologiche e a quelle antropologiche sottese a tale principio: le prime indicano come l'es-

senza della sussidiarietà sia l'ausilio, l'aiuto, il supporto; le altre hanno a che vedere con un concetto di persona come "essere in relazione" e spingono nella direzione per cui le funzioni pubbliche vanno svolte da quelle organizzazioni e da quegli enti che più sono vicine ai cittadini e ai loro bisogni.

Ora, con riferimento alla figura e al ruolo del giudice di pace si è parlato e si parla, correttamente, di "magistrato di prossimità" con l'intento appunto di porre in rilievo la peculiarità di tale magistrato: quella di essere vicino alle persone che vivono conflitti e che domandano giustizia. Vi è quindi questo primo anello di congiunzione con la sussidiarietà costituito, appunto, dalla prossimità.

Il secondo anello è dato invece dalle materie assegnate alla competenza esclusiva di questo magistrato e di cui si è appena detto.

In particolare, la materia condominiale e i rapporti di vicinato, ancorché circoscritta e generalmente di scarso contenuto economico, è spesso in grado di alterare, stante la forzata convivenza, le relazioni tra le persone, a volte rendendole addirittura impossibili.

Tale conflittualità è la prova che le persone, da sole, non riescono a risolvere in modo amichevole le questioni che riguardano la loro convivenza.

È poi un dato di fatto che a situazioni di questo tipo difficilmente si pone rimedio con delle sentenze le quali, anzi, finiscono spesso per alimentare le divisioni e inasprire gli animi.

Occorre perseguire, in questi casi, tenuto conto che la vocazione del giudice di pace è quella di porsi in mezzo alle parti per ascoltarle, un'altra via e dar modo di trovare insieme una soluzione condivisa.

In questo particolare contesto il giudice di pace è tale nella misura in cui ispira la sua funzione alla sussidiarietà attraverso la funzione di conciliazione che la legge gli attribuisce. Il primo comma dell'art. 320 c.p.c., stabilisce infatti che "Nella prima udienza il giudice di pace interroga liberamente le parti e tenta la conciliazione".

La lettera della disposizione lascia intendere che sentire le parti e tentare la conciliazione è il primo passo che il giudice deve compiere, a prescindere dal tipo di controversia che gli venga sottoposta.

Certamente, l'oggetto del contendere e la natura della stessa, possono rendere più o meno facile questo compito (16), ma non può essere messo in dubbio che lo spirito, nell'ambito di giurisdizione che ci riguarda, sia quello di indurre il giudice a farsi vicino alle parti, ascoltandole e aiutandole a trovare un punto d'incontro, suggerendo delle soluzioni, elaborando delle proposte.

Per fare ciò, soprattutto nella materie di cui si è detto, appare così imprescindibile un cambio di mentalità: è il giudice che deve andare verso le parti, incontro alle parti, calarsi dentro il conflitto e non soltanto giudicarlo da fuori.

Uno strumento da valorizzare, sotto questo profilo e in queste materie, è l'ispezione dei luoghi e delle cose immobili prevista dall'art. 258 c.p.c. In questo tipo di controversie il c.d. sopralluogo non deve essere l'eccezione, ma la regola e ciò per un duplice ordine di ragioni: intanto perché consente

al giudice di entrare dentro il conflitto e di capirne meglio i motivi anche alla luce del contesto spazio temporale in cui lo stesso è radicato; inoltre perché questo avvicinarsi alla realtà vissuta dalle parti, questo farsi... sussidiario rispetto a situazioni dove le relazioni sono più o meno alterate, ha, generalmente, un effetto benefico e facilita la conciliazione.

Dietro le questioni di fatto e di diritto c'è sempre un sottofondo personale, soggettivo, per lo più inespresso e nascosto. Sentire il giudice vicino accomuna e avvicina le parti smorzando prese di posizione a volte fondate su equivoci o pregiudizi che nulla hanno a che vedere con la questione giuridica.

Nella logica quindi di aiutare le parti a condividere ragionevoli soluzioni depurate dal pregiudizio, si può dunque parlare non solo di sussidiarietà ma anche, in un certo qual modo, di supplenza.

E ciò non perché il giudice compie l'ufficio di qualcuno che manca, ma perché, così facendo, sovviene (o perlomeno tenta di sovvenire) al difetto di comprensione spesse volte sotteso a questo tipo di controversie, nella consapevolezza che la soglia di tolleranza si alza allorché i protagonisti del processo siano aiutati non tanto e non solo ad essere dei buoni vicini, ma, soprattutto, a stare vicini.

Note:

(1) Cfr. Cass. 22.05.2000 n. 6642.

(2) Cass. ord. 02.09.2014, n. 17660.

(3) Cass. ord. 27.10.2015, n. 21910.

(4) Cass. ord. 10.08.2015, n. 16650.

(5) Cass. 23.10.2014, n. 23297.

(6) Cass. ord. 02.07.2015, n. 13623.

(7) Si trattava dell'art. 353 c.p.c. 4° comma, abrogato con la riforma del processo civile del 1990, a decorrere dal 1° gennaio 1993. Secondo tale disposizione la rimessione al primo giudice si applicava anche quando il pretore, in riforma della sentenza del conciliatore, dichiarava la competenza di questo.

(8) Tratto da Cass. 18.01.2011, n. 1064.

(9) Del resto, le clausole regolamentari che impongono limiti o compressioni alle facoltà dei condomini sui piani o sulle porzioni di piano in proprietà esclusiva (tipo quella di non esercitare attività rumorose all'interno dei singoli appartamenti) sono, come affermato dalla sentenza citata, "costitutive di un vincolo di natura reale assimilabile ad una servitù reciproca (cfr. Cass. 25 ottobre 2001, n. 13164; Cass. 4 febbraio 2004, n. 2106; Cass. 8 marzo 2006, n. 4920)".

(10) Cass. ord. 10.04.2015 n. 7330.

(11) Cfr. Cass. 28.05.2015, n. 11125.

(12) Riepilogati in Cass. 5 agosto 2011, n. 17051.

(13) Cfr. Cass. 03.08.2001 n. 10735 che ha ritenuto corretta la fissazione del limite di 3 db anche nelle ore diurne, nel caso di specie superato dal suono proveniente dai pianoforti utilizzati per ragioni di studio e di insegnamento, avuto anche riguardo alla circostanza che l'ambiente interessato alle immissioni rumorose, dapprima utilizzato come magazzino, era stato poi adibito a camera da letto.

(14) Cass. 25.01.2006, n. 1418.

(15) Che ha trovato la sua consacrazione nell'ordinamento costituzionale a partire dal 2001 all'art. 118.

(16) Come del resto indicato dall'art. 185 bis c.p.c. relativo alla proposta di conciliazione.

L'impugnazione per nullità del lodo rituale*

Cesare Bruzzone

Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. *Vicende delle norme.* - 2. *Le caratteristiche dell'impugnazione per nullità.* - 3. *I motivi di impugnazione (cenni).* - 4. *Il procedimento (cenni).* - 5. *Conclusioni.*

1. Vicende delle norme.

L'impugnazione per nullità del lodo rituale è regolata dagli artt. 827-831 del codice di procedura civile, così come riformati dall'art. 23 del D.Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40.

Ai sensi dell'art. 27 c. 4 dell'appena citato D.lgs. 40/2006 le nuove norme si applicano ai procedimenti arbitrali nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente al 2 marzo 2006.(1)

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono recentemente intervenute, come vedremo infra, in ordine all'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto relative al merito.(2)

2. Le caratteristiche dell'impugnazione per nullità.

L'art. 827 c.p.c. stabilisce che il lodo arbitrale è soggetto all'impugnazione per nullità, per revocazione o per opposizione di terzo.

Si è esclusa la proponibilità dell'appello in quando si aggirerebbero i limiti relativi ai motivi di impugnazione previsti dall'art. 820 c.p.c., e si è altresì esclusa l'ammissibilità del ricorso per cassazione in quanto la previsione dell'impugnazione per nullità impedisce di considerare il lodo rituale una sentenza di secondo grado, il ricorso per cassazione è inammissibile anche nella forma del ricorso ex art. 111 Cost. mancando al lodo rituale la caratteristica della definitività.

A seguito della riforma del 2006 discussa è l'ammissibilità del regolamento di competenza e della revocazione ad istanza del P.M. ai sensi dell'art. 397 c.p.c.

I mezzi di impugnazione del lodo rituale, almeno per quanto riguarda il merito, sono pertanto solo tre e quello per nullità dal punto di vista numerico è il più importante.

Le uniche due Corti d'Appello di cui abbiamo dati certi dell'ultimo decennio, Genova e Torino, evidenziano infatti un solo caso di impugnazione per opposizione di terzo e nessuno per revocazione.(3)

I predetti mezzi di impugnazione possono essere proposti indipendentemente dal deposito del lodo.

Il lodo che decide parzialmente il merito della controversia, quale ad esempio il lodo che pronuncia condanna generica, è immediatamente impugnabile, non è infatti ammessa la riserva di impugnazione in quanto non prevista dalla norma, ed essendo il sistema processuale informato al principio generale dell'impugnazione immediata.(4)

Il lodo che risolve invece alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale è impugnabile solo unitamente al lodo definitivo.

(*) Articolo tratto dalla relazione "L'impugnazione del lodo rituale" al convegno "Il vantaggio della scelta arbitrale: rapidità della soluzione, stabilità della decisione. Un'indagine a dieci anni dalla riforma" tenutosi a Genova il 30 giugno 2016.

Oggetto della impugnazione è il lodo rituale, e cioè quello ritenuto tale dagli arbitri, anche se tale qualifica è stata contestata o gli arbitri l'abbiamo ritenuta erroneamente tale.(5) L'impugnazione per nullità è irrinunciabile in via preventiva, è infatti sempre ammessa anche quando le parti, nella clausola compromissoria o nel compromesso, hanno dichiarato il lodo inappellabile, inimpugnabile, definitivo o altre espressioni equivalenti; è ammessa però la rinuncia successiva alla pronuncia del lodo o al decreto di esecutorietà dello stesso.

Il sistema previsto dalla riforma del 2006, da un lato, prevede un rigido sistema di preclusioni, e, dall'altro, una generalizzata limitazione della censurabilità del lodo.

In ordine al primo aspetto la parte, in costanza di procedimento, è onerata di una serie di attività preventive e necessarie all'impugnazione.

La parte infatti che non eccede nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri l'incompetenza di questi per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato, non può per questo motivo impugnare il lodo, salvo il caso di controversia non arbitrabile; ancora la parte che non eccede nel corso dell'arbitrato che le conclusioni delle altre parti esorbitano dai limiti della convenzione arbitrale, non può, per questo motivo, impugnare il lodo.

La parte inoltre che ha dato causa ad un motivo di nullità o vi ha rinunciato o non ha eccepito nella prima istanza o difesa successiva la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale, non può per questo motivo impugnare il lodo

Il decorso del termine per il deposito del lodo non può infine essere fatto valere come causa di nullità del lodo se la parte, prima della deliberazione del lodo risultante dal dispositivo sottoscritto dalla maggioranza degli arbitri, non abbia notificato alle altre parti e agli arbitri che intende far valere la loro decadenza.

E veniamo ora all'aspetto forse più delicato oggetto del menzionato intervento delle Sezioni Unite della Cassazione: l'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalla parti o dalla legge.

Le Sezioni Unite hanno stabilito che se la convenzione d'arbitrato è anteriore al 2 marzo 2006, data di entrata in vigore del D.lgs. n. 40/2006, e le parti nulla hanno previsto in essa, il lodo sarà impugnabile anche per violazione delle regole di diritto sostanziale.

Secondo la Suprema Corte non è infatti possibile che una norma sopravvenuta ascriva al silenzio delle parti un significato convenzionale che le vincoli per il futuro in termini diversi da quelli definiti dalla legge vigente al momento della conclusione del contratto.(6)

Il secondo aspetto, come detto, è costituito da una generalizzata limitazione della censurabilità del lodo.

L'impugnazione per nullità è infatti un mezzo di impugnazione a critica limitata e vincolata ammissibile solo per specifici e tassativi motivi indicati nell'art. 829 c.p.c. e corrispondenti ad altrettanti vizi riconducibili a c.d. vizi di attività e ai vizi di giudizio.(7)

Corollario di tutto ciò è la necessità di indicare, a pena di inammissibilità, l'esatto motivo o motivi di cui all'elenco previsto dall'art. 829 c.p.c. in forza del quale si impugna il lodo.(8)

I motivi di impugnazione, salvo quello previsto al n. 1 dell'art. 829 c.p.c. - convenzione di arbitrato invalida -, non possono poi essere rilevati d'ufficio.(9)

3. I motivi di impugnazione (cenni).

Il quadro di carattere generale che si presenta a seguito della riforma è in seguente(10).

Violazione della normativa processuale.

Motivi di nullità assoluta:

pronuncia da parte di chi non poteva essere nominato arbitro; mancata pronuncia su alcuna delle domande ed eccezioni proposte dalle parti in conformità alla convenzione di arbitrato; disposizioni contraddittorie;

mancanza nel lodo dell'esposizione sommaria dei motivi, del dispositivo e della sottoscrizione degli arbitri; la mancanza invece del nome degli arbitri, della sede dell'arbitrato, delle parti e della convenzione di arbitrato da luogo alla possibilità di correzione del lodo;

violazione del principio del contraddittorio;

pronuncia fuori dei limiti della convenzione di arbitrato o ha deciso il merito della controversia in ogni altro caso in cui il merito non poteva essere deciso;

pronuncia che conclude il procedimento senza decidere il merito della controversia e il merito doveva essere deciso dagli arbitri.

Motivi di nullità soggetti alle predette preclusioni:

invalidità della convenzione di arbitrato;

nomina degli arbitri non in conformità con le forme e i modi prescritti;

pronuncia del lodo dopo la scadenza del termine;

non osservanza delle forme prescritte per il giudizio sotto pena di nullità;

pronuncia di un lodo contrario ad altro lodo non più impugnabile o a sentenza passato in giudicato, purchè tale lodo o tale sentenza siano stati prodotti nel procedimento.

Violazione della normativa sostanziale che regola il merito della controversia.

Nullità ammessa solo se espressamente disposta dalla legge o dalle parti, ammessa inoltre sempre ove la decisione sia contraria ad ordine pubblico, nonché in controversie di lavoro, compresa la violazione di contratti o di accordi collettivi, e se la violazione della regola di diritto concerne la soluzione di questioni pregiudiziali su materia che non può essere oggetto di convenzione arbitrale. Sul punto si richiama intervento delle Sezioni Unite della Cassazione ut supra.

Dall'analisi dei motivi di impugnazione emerge l'assoluta assenza di una norma che preveda come motivo di impugnazione del lodo la sua erroneità di fatto, l'errore nella valutazione delle prove, della *ctu*, delle risultanze processuali, nella ricostruzione di una situazione di fatto o di uno svolgimento dei fatti che si voglia censurare come errata, di interpretazione del contratto(11).

4. Procedimento (cenni).

L'impugnazione per nullità si propone, nel termine di novanta giorni dalla notificazione del lodo, davanti alla Corte d'Appello nel cui distretto si trova la sede dell'arbitrato. L'impugnazione non è più proponibile decorso un anno dalla dell'ultima sottoscrizione.

L'istanza di correzione del lodo non sospende il termine per l'impugnazione, tuttavia il lodo può essere impugnato relativamente alle parti corrette nei termini ordinari, a decorrere dalla comunicazione dell'atto di correzione.

I termini predetti sono di natura processuale e quindi sottoposti alla disciplina della sospensione feriale di cui alla l. 742/1969(12).

In entrambi i casi il mancato rispetto determina l'inammissibilità dell'impugnazione rilevabile d'ufficio(13).

Per far decorrere il termine breve il lodo deve essere notificato alternativamente alla parte o al difensore nel corso del giudizio arbitrale; il termine invece non decorre in caso di comunicazione o notificazione alle parti del lodo ad opera degli arbitri(14).

Legittimate all'impugnazione per nullità sono le parti del giudizio arbitrale e i loro successori a titolo universale e a titolo particolare(15). L'interesse ad impugnare è data dalla soccombenza.

La giurisdizione spetta sempre al giudice ordinario anche se il lodo impugnato ha per oggetti rapporti giuridici soggetti alla giurisdizione, esclusiva o di merito, del giudice amministrativo(16).

La competenza della Corte d'Appello è funzionale e inderogabile(17), pertanto è inammissibile e non può essere riassunta l'impugnazione erroneamente proposta davanti al Tribunale(18).

La competenza per territorio spetta necessariamente alla Corte d'Appello nella cui circoscrizione ha avuto al sede dell'arbitrato(19).

L'impugnazione per nullità si propone con atto di citazione, discusso se nelle materia di cui art. 409 *c.p.c.* si debba utilizzare il ricorso.

Si applica interamente l'art. 163 *cpc*, non si applica l'art. 342 in quanto, come detto, chi impugna il lodo non può censurare la ricostruzione del fatto compiuta dagli arbitri.

L'art. 342, comma 1o, n. 2 *c.p.c.* impone poi di indicare «*le circostanze da cui deriva la violazione di legge e della loro rilevanza ai fini della decisione impugnata*», ma questo onere deriva già dall'art. 829 *c.p.c.*

Secondo la migliore dottrina l'art. 342 non ha alcuna valenza nella fase rescissoria, in quanto il giudizio di merito che si svolge a seguito dell'esito meramente rescindente dell'impugnazione del lodo è così, al pari del giudizio di rinvio di tipo restitutorio, un vero e proprio nuovo giudizio svincolato dalle ragioni dell'annullamento del provvedimento impugnato: chi è chiamato a decidere, in entrambi i casi, non si trova di fronte ad alcun imperativo e procede ad una vera e propria rinnovazione del giudizio su tutte le domande, le eccezioni e le difese svolte nel grado precedente senza preclusione alcuna.

Si applica l'art. 348 *c.p.c.* la giurisprudenza ha infatti stabilito l'improcedibilità per tardiva iscrizione a ruolo dell'impugnazione(20).

Non appare applicabile invece l'art. 348-bis *c.p.c.* in quanto la disciplina dei filtri non è pensata per l'impugnazione per nullità(21).

Fra le ragioni che ostano direi che la più importante la seguente: il lodo diverrebbe impugnabile davanti alla Cassazione, e per motivi di legittimità diversi da quelli dell'art. 829 *c.p.c.* e più ampi in sede di legittimità è infatti sempre concessa l'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia.

La L. 183/2011 ha stabilito che la Corte d'appello possa provvedere ai sensi dell'art. 281 *sexies c.p.c.* ove la soluzione dell'impugnazione appaia *prima facie* immediata, non applicandosi così il rito pieno; dall'altro ha previsto la possibilità di delegare l'assunzione dei mezzi istruttori ad un componente del collegio.

In proposito va pienamente condiviso l'orientamento secondo il quale entrambe queste norme possono essere applicate nel giudizio di impugnazione per nullità del lodo; si

tratta, infatti, di disposizioni che riguardano lo svolgimento del giudizio di appello, non già il suo oggetto.

Su istanza di parte anche successiva alla proposizione dell'impugnazione, la Corte d'Appello può sospendere con ordinanza l'efficacia del lodo, quando ricorrono gravi motivi. La Corte d'Appello decide sull'impugnazione per nullità e, se l'accoglie, dichiara con sentenza la nullità del lodo.

Se il vizio incide su una parte del lodo che sia scindibile dalle altre, dichiara la nullità parziale del lodo.

Se il lodo è annullato per i motivi di cui all'articolo 829, commi primo, numeri 5), 6), 7), 8), 9), 11) o 12), terzo, quarto o quinto, la corte d'appello decide la controversia nel merito salvo che le parti non abbiano stabilito diversamente nella convenzione di arbitrato o con accordo successivo.

Tuttavia, se una delle parti, alla data della sottoscrizione della convenzione di arbitrato, risiede o ha la propria sede effettiva all'estero, la corte d'appello decide la controversia nel merito solo se le parti hanno così stabilito nella convenzione di arbitrato o ne fanno concorde richiesta.

Quando la Corte d'Appello non decide nel merito, alla controversia si applica la convenzione di arbitrato, salvo che la nullità dipenda dalla sua invalidità o inefficacia.

La Corte deve tenere distinta logicamente e giuridicamente la fase rescindente da quella rescissoria e quindi deve prima pronunciare sulla nullità e successivamente esaminare le conclusioni di merito ritualmente precisate dalle parti sulla base degli elementi di prova già acquisiti al processo arbitrale e alle contestazioni compiute agli arbitri(22).

Si esclude l'ammissibilità di nuove domande, si discute invece in ordine alle nuove eccezioni e nuove prove anche se la riforma del 2006 ha escluso una nuova istruzione.

La Corte decide sempre secondo diritto anche laddove le parti avessero chiesto agli arbitri di giudicare secondo equità(23).

La sentenza con la quale la Corte d'Appello decide sull'impugnazione per nullità può essere impugnata con regolamento di competenza, revocazione, ricorso per cassazione, opposizione di terzo.

5. Conclusioni.

Il sistema predisposto dalla riforma del 2006 a dieci anni dall'entrata in vigore consente una serie di considerazioni.

La prima ha assicurato al lodo rituale, soprattutto nell'ipotesi in cui la convenzione di arbitrato non preveda l'impugnazione per violazione di norme che regola il merito della controversia, una grandissima stabilità: la Corte d'Appello di Genova ha accolto solo il 9% delle impugnazioni per nullità.

La seconda le parti sono libere di scegliere i propri arbitri in base alla competenza per materia trattata – ai sensi dell'art. 815 c.p.c. un arbitro può essere ruscato se non ha le qualifiche espressamente convenute dalle parti -, e sono libere di scegliere le norme che gli arbitri devono osservare nel procedimento (art. 816-bis c.p.c.).

La terza le parti stabiliscono il termine entro il quale gli arbitri devono rendere la decisione.

La quarta i costi, soprattutto in caso di arbitrato amministrato, sono predeterminati rispetto al procedimento.

La quinta in caso di impugnazione davanti all'A.G.O. le parti conoscono in anticipo e con precisione quali sono i motivi di impugnazione; il margine di discrezione per il Giudicante è ridotto al minimo.

In un tempo in cui gli operatori economici del settore civile e commerciale orientano le proprie scelte esclusivamente in base ai due parametri dei costi predeterminati e della rapidità e certezza della decisione, direi che l'arbitrato, nella versione rituale ed amministrato, può essere veramente uno strumento efficace da utilizzare in caso di controversia.

Note:

(1) Art. 27 *Disciplina transitoria* "... Le disposizioni dell'articolo 20 si applicano alle convenzioni di arbitrato stipulate dopo la data di entrata in vigore del presente decreto. Le disposizioni degli articoli 21, 22, 23, 24 e 25 si applicano ai procedimenti arbitrali, nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto".

(2) Cass. SS.UU. n. 9341, 9284, 9285 del 9 maggio 2106.

(3) Cfr. *Arbitrato e imprese. Dieci anni di sentenze e statistiche della Corte di Appello di Genova*, a cura di Tomaso Galletto, Erga Edizioni 2016; *L'impugnazione del lodo arbitrale: Massimario della Giurisprudenza della Corte d'Appello di Torino*, Unioncamere Piemonte 2011.

(4) Cfr. Cass. 2444/2006.

(5) Cfr. Cass. 19129/2006; Cass. 6842/2011.

(6) Vittorio Pisapia, *Le Sezioni Unite sull'azione di nullità del lodo per violazione delle regole di diritto relative al merito: rilevanza del principio e note minime in tema di redazione di clausole arbitrale* in www.dirittobancario.it.

(7) Crr. Cass. 5466/2006.

(8) Cfr. Cass. 1540/2013.

(9) Cfr. Cass. 6425/2006.

(10) Cfr. Mauro Rubino Sammartano, *Il Diritto dell'Arbitrato*, Cedam.

(11) Cfr. La China, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, III edizione Giuffrè Editore, Milano 2007.

(12) Cfr. Cass. 12392/2000.

(13) Cfr. Cass. 5649/2000.

(14) Cfr. Cass. 17420/2004.

(15) Cfr. Cass. S.U. 3117/1987.

(16) Crr. Cass. S.U. 15204/2006.

(17) Cfr. Cass. 952/1992.

(18) Cfr. Cass. 4159/2011.

(19) Crr. Cass. 10859/2002.

(20) Cfr. Cass. 13898/2014.

(21) Cfr. App. Milano ord. 12.3.2013 in R. Arb. 2014, 184.

(22) Cfr. Cass. S.U. 24785/2008.

(23) Cfr. Cass. 6456/1981.

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Massime

T.A.R. Liguria, sez. I, 31 agosto 2016, n. 923/2016 - Pres. Daniele – Est. Goso – Towertel S.p.a. (Avv. Avolio) c. Comune di Noli (Avv. Maoli).

FORMAZIONI sociali – esercizio del potere di avocazione – definizione della straordinarietà della fattispecie.

I presupposti che legittimano l'esercizio dello straordinario potere di avocazione attribuito al Sindaco, di affidamento dei compiti avocati ad un altro funzionario comunale ovvero ad un commissario ad acta appositamente nominato (che il richiamato articolo identifica nei "particolari motivi di necessità ed urgenza") devono essere esplicitati nello stesso provvedimento di avocazione. Invero, i cennati provvedimenti devono definire la straordinarietà della fattispecie e rendere conto dell'esistenza dei presupposti individuati da regolamento comunale, non essendo sufficiente un generico cenno alla pretesa complessità della fattispecie. (1)

T.A.R. Liguria, sez. I, 26 luglio 2016, n. 893/2016 - Pres. Daniele – Est. Ponte – Comitato Porto Aperto (Avv. Righi, Morbidelli e Barabino) e Onlus Associazione Verdi e Ambiente e Società - V.A.S. (Avv. Prof. Granara) c. Comune di Genova (Avv. Masuelli).

FORMAZIONI sociali - valorizzazione delle formazioni sociali nell'ambito del procedimento amministrativo – tutela ambientale – procedura intervento l'intervento statale a tutela dell'ambiente - risarcimento del danno subito a causa del ritardo nell'attivazione.

L'apporto dei singoli e delle formazioni sociali va valorizzato nell'ambito del procedimento, non solo in termini di mera collaborazione ma anche ai più generali fini della gestione stessa della funzione amministrativa per renderla più adeguata rispetto agli interessi pubblici perseguiti in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale ex art. 118 Cost., (cfr. Tar Liguria n. 747/2004). Pertanto, dinanzi a dati di particolare rilevanza e profondità, seppur forniti da semplici cittadini o da associazioni, anche prive di riconoscimento formale, è ben difficile ipotizzare che una p.a. responsabile, pur nell'esercizio delle proprie prerogative di merito (a partire dal livello programmatico sino a quello gestionale), resti del tutto indifferente od inerte. (2)

L'azione di tutela ambientale riceve dall'ordinamento vigente uno specifico riconoscimento ed una conseguente appropriata tutela nell'ambito degli artt. 309 e 310 d.lgs. 152/2016, ancora di recente valorizzati dallo stesso Giudice delle leggi (cfr. sentenza Corte Costituzionale, 19 aprile 2016, n. 126/2016). In proposito, la normativa richiamata prevede che una vasta platea di enti e soggetti (compresi persone fisiche o giuridiche che sono o che potrebbero essere colpite dal danno ambientale o che vantano un interesse legittimante la partecipazione al procedimento relativo all'adozione delle misure di precauzione, di prevenzione o di ripristino previste dalla parte sesta del presente decreto) possa presentare al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, depositandole presso le Prefetture - Uffici territoriali del Governo, denunce e osservazioni, cor-

redate da documenti ed informazioni, concernenti qualsiasi caso di danno ambientale o di minaccia imminente di danno ambientale e chiedere l'intervento statale a tutela dell'ambiente a norma della parte sesta del presente decreto. (3)

Invero, in termini di tutela, il successivo art. 310 appare esplicito nel riconoscere agli stessi soggetti la legittimità ad agire, secondo i principi generali, per l'annullamento degli atti e dei provvedimenti adottati in violazione delle disposizioni di cui alla parte sesta del presente decreto nonché avverso il silenzio inadempimento del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e per il risarcimento del danno subito a causa del ritardo nell'attivazione, da parte del medesimo Ministro, delle misure di precauzione, di prevenzione o di contenimento del danno ambientale. (4)

(1-4) Nota.

Il T.A.R. Liguria risolve i casi in esame richiamando la sentenza della Corte Costituzionale n. 126 del 2016, evidenzia come innanzi ad interessi di assoluta rilevanza per l'ordinamento costituzionale operi, quella che potremmo definire, una chiamata in sussidiarietà verticale, individuando nel Ministero il soggetto preposto ad assolvere quei compiti di amministrazione attiva in materia.

Invero il quadro normativo è profondamente mutato con la direttiva 21 aprile 2004, n. 2004/35/CE (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale) che, nel recare la disciplina del danno ambientale in termini generali e di principio, afferma che la prevenzione e la riparazione di tale danno nella misura del possibile «[contribuiscono] a realizzare gli obiettivi ed i principi della politica ambientale comunitaria, stabiliti nel trattato»; tenendo fermo, peraltro, il principio «chi inquina paga», pure stabilito nel Trattato istitutivo della Comunità europea (n. 1 e n. 2 del "considerando").

In particolare, nell'Allegato II della direttiva, che attiene alla «Riparazione del danno ambientale», si pone in luce come tale riparazione debba essere perseguita riportando l'ambiente danneggiato alle condizioni originarie tramite misure di riparazione primaria, che sono costituite da «qualsiasi misura di riparazione che riporta le risorse e/o i servizi naturali danneggiati alle o verso le condizioni originarie». Solo qualora la riparazione primaria non dia luogo a un ritorno dell'ambiente alle condizioni originarie, si intraprenderà la riparazione complementare e quella compensativa.

Quanto sopra rammentato ha portato ad un cambiamento di prospettiva, con la conseguente collocazione del profilo risarcitorio in una posizione accessoria rispetto alla riparazione. Infatti, il legislatore nazionale in sede di attuazione della direttiva, con il d.lgs. n. 152 del 2006, ha statuito la priorità delle misure di "riparazione" rispetto al risarcimento per equivalente pecuniario, quale conseguenza dell'assoluta peculiarità del danno al bene o risorsa "ambiente".

In tale ottica, assume particolare rilievo l'individuazione dei soggetti tenuti al ripristino. Invero, l'adozione delle misure necessarie è in prima battuta a carico del responsabile del danno, ai sensi dell'art. 311 del d.lgs. n. 152 del 2006, tuttavia il medesimo articolo, al comma 2, prevede che, quando le misure risultino in tutto o in parte omesse, o comunque realizzate in modo incompleto o difforme dai termini e modalità prescritti, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare procede direttamente agli interventi necessari, determinando i costi delle attività occorrenti per conseguire la completa e corretta attuazione e agendo nei confronti del soggetto obbligato per ottenere il pagamento delle somme corrispondenti.

Le conseguenze del processo evolutivo indotto dalla normativa comunitaria sono state recepite dalla Corte costituzionale, attraverso l'affermazione del fondamento della legittimazione attiva dello Stato che deve rinvenirsi «nella funzione di tutela della collettività [...] e degli interessi all'equilibrio ecologico, biologico e sociologico del territorio».

La qualificazione in termine di «funzione» manifesta il carattere pubblicistico del ruolo di chi è preposto alla tutela del bene ambientale, carattere, del resto, confermato dalla modalità del suo esercizio. L'art. 311, infatti, riconosce al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare la possibilità di scegliere tra la via giudiziaria e quella amministrativa. Nel secondo caso (artt. 313 e 314 del codice dell'ambiente), attraverso lo strumento dell'ordinanza immediatamente esecutiva, con la quale il Ministero ingiunge a coloro che siano risultati responsabili del fatto il ripristino ambientale a titolo di risarcimento in forma specifica entro un termine fissato.

Qualora questi non provvedano in tutto o in parte al ripristino nel termine ingiunto, o all'adozione delle misure di riparazione nei termini e modalità prescritti, il Ministro determina i costi delle attività necessarie a conseguire la completa attuazione delle misure anzidette secondo i criteri definiti con il decreto di cui al comma 3 dell'art. 311 e, al fine di procedere alla realizzazione delle stesse, con ordinanza ingiunge il pagamento, entro il termine di sessanta giorni dalla notifica, delle somme corrispondenti.

Con Sentenza n. 235 del 2009, la Corte Costituzionale ha affermato che «la scelta di attribuire all'amministrazione statale le funzioni amministrative trova una non implausibile giustificazione nell'esigenza di assicurare che l'esercizio dei compiti di prevenzione e riparazione del danno ambientale risponda a criteri di uniformità e unitarietà, atteso che il livello di tutela ambientale non può variare da zona a zona e considerato anche il carattere diffusivo e transfrontaliero dei problemi ecologici, in ragione del quale gli effetti del danno ambientale sono difficilmente circoscrivibili entro un preciso e limitato ambito territoriale».

Il mancato rispetto di tali principi contrasterebbe con l'esigenza di una tutela sistemica del bene che, al contrario, richiede sempre più una visione improntata a strategie sovranazionali, come posto in evidenza, oltre che dalla disciplina comunitaria, dall'ultima Conferenza internazionale sul clima tenutasi a Parigi nel 2015, nonché secondo quanto previsto dalla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici.

È in questo contesto normativo e giurisprudenziale che si inserisce la nuova disciplina del potere di agire in via risarcitoria (d.lgs. n. 152 del 2006), che ha riservato allo Stato, ed in particolare al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, il potere di agire, anche

esercitando l'azione civile in sede penale, per il risarcimento del danno ambientale (art. 311), e ha mantenuto «il diritto dei soggetti danneggiati dal fatto produttivo di danno ambientale (nella loro salute o nei beni di loro proprietà), di agire in giudizio nei confronti del responsabile a tutela dei diritti e degli interessi lesi» (art. 313, comma 7, secondo periodo).

All'esigenza di unitarietà della gestione del bene «ambiente» non può infatti sottrarsi la fase risarcitoria. Essa, pur non essendo certo qualificabile come fase amministrativa, ne costituisce il naturale completamento, essendo volta a garantire alla istituzione su cui incombe la responsabilità del risanamento, la disponibilità delle risorse necessarie, risorse che hanno appunto questa specifica ed esclusiva destinazione.

Ciò non esclude – come si è visto – che ai sensi dell'art. 311 del d.lgs. n. 152 del 2006 sussista il potere di agire di altri soggetti, comprese le istituzioni rappresentative di comunità locali, per i danni specifici da essi subiti.

Invero la Suprema Corte ha affermato che potendo lo Stato agire direttamente in sede civile, o in via amministrativa, l'interesse giuridicamente rilevante di cui sono portatori gli altri soggetti istituzionali non può che attenersi alla tempestività ed effettività degli interventi di risanamento.

Tale interesse è preso in considerazione dall'art. 309 del codice dell'ambiente secondo cui le Regioni, le Province autonome e gli enti locali, anche associati, oltre agli altri soggetti ivi previsti, «possono presentare al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, [...] denunce e osservazioni, corredate da documenti ed informazioni, concernenti qualsiasi caso di danno ambientale o di minaccia imminente di danno ambientale e chiedere l'intervento statale a tutela dell'ambiente».

Di tale interesse – suscettibile di tutela giurisdizionale già secondo principi generali – è espressamente prevista l'azionabilità dinanzi al giudice amministrativo con le relative azioni dal successivo art. 310.

Federico Dottori
Avvocato, Foro di Genova

Documenti

Lo “statuto del doppio cognome”: Genova convince la Consulta

Lara Trucco

Professore nell'Università di Genova

Con un comunicato dell'8 novembre 2016 (reperibile in <http://www.giurcost.org/cronache/Comunicatocognome.pdf>), la Corte costituzionale ha reso noto di avere accolto la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di appello di Genova(1), che aveva lamentato la violazione degli artt. 2, 3, 29 e 117, 1° comma Cost., e di aver pertanto dichiarato “l’illegittimità della norma che prevede l’automatica attribuzione del cognome paterno al figlio legittimo, in presenza di una diversa volontà dei genitori”.

A dare impulso alla controversia era stato il caso di un bambino con cittadinanza italiana e brasiliana a cui era toccato di essere identificato con cognomi differenti nei due sistemi giuridici, a causa di regimi normativi molto diversi (il nostro, com'è noto unilaterale di derivazione paterna e l'altro, invece, bilaterale di derivazione paterna e materna).

In attesa di venire a conoscenza delle motivazioni della Consulta, si osserva che, secondo la Corte d'appello di Genova, la disciplina vigente d'impronta fondamentalmente consuetudinaria sarebbe stata «in palese contrasto» innanzitutto con l'art. 2 della Costituzione, come violazione del diritto all'identità personale, «che trova il primo ed immediato riscontro proprio nel nome e che nell'ambito del consenso sociale identifica le origini di ogni persona, con l'evidente diritto del singolo individuo di vedersi riconoscere i segni di identificazione di entrambi i rami genitoriali e della madre di poter trasmettere il proprio al figlio». Essa avrebbe violato poi il principio di eguaglianza e di pari dignità sociale dei genitori nei confronti dei figli di cui all'art. 3 della Costituzione; e l'art. 29, c. 2, della Costituzione, che, com'è noto, prevede il diritto di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, «che» peraltro, precisa il giudice *a quo*, «non si pone in contrasto con l'esigenza di tutela dell'unità familiare, non potendosi ragionevolmente giustificare con quest'ultima l'obbligatoria prevalenza del cognome paterno». Ancora è stato ravvisato un contrasto con l'art. 117, c. 1 della Costituzione «così come interpretato con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007 della Corte Costituzionale», «costituendo le norme di natura convenzionale [...] parametri del giudizio di costituzionalità delle norme interne».

Finora la Corte aveva assunto un atteggiamento di *self-restraint* circa la possibile estensione di un tale meccanismo anche alla madre (v., spec., le ord. n. 176 e n. 586 del 1988 e la sent. n. 61 del 2006), riconoscendo, per contro, un'ampia discrezionalità del legislatore in materia(2). Tuttavia, all'indomani della sollevazione della questione, l'Italia era stata condannata da Strasburgo a causa proprio dell'«impossibilità per i ricorrenti, al momento della nascita della fi-

glia, di far iscrivere quest'ultima nei registri dello stato civile attribuendole il cognome della madre», contravvenendo al combinato disposto degli artt. 14 ed 8 della Convenzione EDU (v. il caso “*Cusan e Fazzo c. Italia*”)(3). Tra l'altro, nell'occasione, la Corte europea si era premurata di segnalare la necessità «tenuto conto della situazione» di promuovere l'adozione di «riforme nella legislazione e/o nella prassi italiane al fine di rendere tale legislazione e tale prassi compatibili con le conclusioni alle quali è giunta nella presente sentenza».

Se dunque, tutto questo già di per sé avrebbe potuto giustificare un *outruling* della giurisprudenza costituzionale in materia, ad ulteriormente incidere nel senso del riconoscimento della sussistenza di uno “statuto del doppio cognome”, addirittura, “europeamente obbligato” nel nostro ordinamento, parrebbe essere la (giurisprudenza della) Corte di Giustizia. Ed infatti ad oggi, dopo la decisione relativa al caso “*Grunkin-Paul*”(4), è ormai possibile attribuire al proprio figlio il “doppio cognome”, prendendo la residenza e facendo nascere la propria prole in Stati membri in cui vige un tale regime, e richiedendone poi la trascrizione nell'ordinamento di origine. Circostanza, questa (da cui è scaturita la possibilità di una sorta di *forum shopping* a livello eurounitario nella scelta del cognome), che, per vero, dovrebbe ulteriormente spingere per una maggiore attenzione al problema (nel senso quanto meno di garantirne un'usufruzione tendenzialmente indiscriminata degli esiti...)(5). La decisione in questione può pertanto dirsi emblematica della particolare attenzione della nostra Corte costituzionale per la giurisprudenza europea. Nonché, più nello specifico, del ruolo di interlocutore privilegiato dalla stessa assunto all'atto di fornire di un'adeguata tutela i diritti fondamentali, della Corte EDU, non solo consolidandone talora gli assunti(6), ma anche dando effettivo seguito alle censure (provenienti, per l'appunto, da Strasburgo) nei confronti del nostro Paese(7).

Proprio il cognome, peraltro, può annoverarsi tra quelle “materie” che consentono di mettere meglio a fuoco il ruolo (addirittura) “suppletivo” dei giudici, a fronte della lontananza e della sostanziale impermeabilità del circuito politico rappresentativo nazionale nei confronti delle istanze di tutela dei singoli. Per cui può ripetersi l'osservazione di Rodotà, secondo cui attualmente, “nel silenzio della politica sono i giudici ad ergersi a paladini dei diritti fondamentali(8)”, se non altro perché sono chiamati a decidere – non potendo non decidere – i casi concreti(9).

La decisione della Corte costituzionale in questione arriva infatti dopo che è da anni che in Parlamento si discute della necessità di dare soluzioni aggiornate al regime di attribuzione dei cognomi(10). Vedremo se la decisione della Consulta sarà considerata “autoapplicativa” o se invece richiederà norme di attuazione. Per il momento, ci si limita conclusivamente ad osservare come la stessa sia seguita alla legge n. 76 del 20 maggio 2016 (cd. “Legge Cirinnà”), re-

cante, la “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso” e la “disciplina delle convivenze”. La circostanza potrebbe non rivelarsi casuale, specie se si considera come la legge, pur avendo subito, com'è noto, lo stralcio delle norme relative alla cd. “*stepchild adoption*”, dimostri una certa attenzione proprio in punto di pari dignità “tra le parti”, stabilendo che mediante dichiarazione all'ufficiale di stato civile queste “possono stabilire di assumere, per la durata dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, un cognome comune scegliendolo tra i loro cognomi”, e consentendo anche a ciascuna parte di “anteporre o postporre al cognome comune il proprio cognome, se diverso” (v. il comma 10 dell'art. 1).

Finalmente, dunque, l'iniziativa con cui la Corte d'Appello di Genova ha convinto la Consulta in merito allo “statuto del doppio cognome” va coerentemente a collocarsi nel più ampio processo di rinnovamento dei diritti civili che sembra costituire una delle sfide di questo inizio millennio.

Note:

(1) Si tratta dell'ordinanza 26 novembre 2013 della Corte d'appello di Genova, in reg. ord. n. 31 del 2014, pubbl. su G.U. del 19/03/2014, n. 13 (reperibile, tra l'altro, in http://www.cortecostituzionale.it/schedaOrdinanze.do?anno=2014&numero=31&numero_parte=1), la cui udienza pubblica è fissata in data 8 novembre 2016.

(2) Ciò, sebbene le criticità ravvisate ora dal nostro giudice delle leggi fossero state rilevate da tempo in dottrina (si rinvia, al riguardo, volendo, a L. Trucco, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 2004, 88 e ss.).

(3) V. Corte EDU (II sez.), dec. 7 gennaio 2014, ric. n. 77/07, *Cusan e Fazzo v. Italia* (spec. al §81).

(4) V. Corte di giustizia, Gr. sez., sent. 14 ottobre 2008, C-353/06, *Grunkin-Paul*. Per un commento del caso, si rinvia, volendosi, a L. Trucco, *Ancora un “via libera” della Corte di Lussemburgo alla “circolazione” dei cognomi (un altro contributo all'elaborazione pretoria dello “statuto europeo del nome”)*, in *Giur. it.*, 2009, 299 e ss.

(5) Ciò, si osservi, se non da parte delle altre Istituzioni comunitarie (che sarebbero comunque costrette a “giocare al ribasso”, data la difficoltà a trovare un regime giuridico, in materia, condiviso),

certamente da parte degli Stati (e, nel loro seno, da parte delle loro più alte Corti), particolarmente e proprio, quelli più tradizionalisti come l'Italia, inducendoli ad allestire discipline interne maggiormente rispondenti alle personali aspettative identitarie e di vita dei propri cittadini.

(6) Si pensa, ad es., alla giurisprudenza costituzionale in materia di unioni civili (v. le sentt. n. 138 del 2010 e n. 170 del 2014) che si è avuto modo di approfondire il 20 giugno 2016, in occasione di una giornata di studi sulla “Legge sulle unioni civili e la sua applicazione: osservazioni a prima lettura”, patrocinata, tra gli altri, dall'Ordine degli Avvocati di Genova.

(7) Si pensi, ad es., alla sent. n. 278 del 2013 in cui la Consulta dichiarò l'illegittimità costituzionale delle norme che salvaguardavano l'anonimato della madre biologica (anche) nei riguardi del figlio abbandonato ed in seguito adottato (v. l'art. 28, c. 7, della legge 4 maggio 1983, n. 184, come sostituito dall'art. 177, c. 2, del d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196), in considerazione della loro «eccessiva rigidità», dal momento che nemmeno a distanza di tempo e per nessuna ragione risultava possibile «per il giudice di interpellare la madre» (che avesse dichiarato, per l'appunto, di voler restare anonima) «su richiesta del figlio», «ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione». Là dove ad un simile esito la Corte approdò proprio sulla base «degli stessi rilievi, in sostanza, formulati dalla Corte EDU nella [...] “sentenza Godelli”» (pronuncia in cui, prosegue la Corte «si è stigmatizzato» il mancato riconoscimento della possibilità per il «figlio adottivo e non riconosciuto alla nascita di chiedere l'accesso ad informazioni non identificative sulle sue origini o la reversibilità del segreto», a differenza di quanto, invece, previsto nel sistema francese, scrutinato, in parte *qua* [...] nel “caso *Odièvre*”).

(8) Così S. Rodotà, *La Carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, in G. Bronzini, V. Piccone (curr.), *La Carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Taranto, 2007, 23.

(9) Le criticità che questo tipo di situazione comporta sono stati puntualmente rilevati dalla dottrina più attenta e sensibile a questi temi (v., ad es., M. Cartabia, *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, *passim*, e, più di recente, D. Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, Giuffrè, 2012, *passim*).

(10) Si pensa, in particolare, al d.d.l. n. 1628, depositato il 24 settembre 2014, recante Disposizioni in materia di attribuzione del cognome ai figli (reperibile in <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Dditer/44852.htm>).

Sezione di diritto tributario

Massime annotate

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. I, 11 ottobre 2016, nn. 1170, 1171 e 1172 – Pres. Soave – Rel. Piombo – Verdi Ambiente e Società – V.A.S. APS Onlus (Avv. Granara) c. T.A.R. Liguria.

CONTRIBUTO UNIFICATO – Associazione ambientalista Onlus riconosciuta dal Ministero dell’Ambiente – atti giurisdizionali – esenzione ex art. 10 del D.P.R. n. 115/2002 e 27-bis, Tabella B allegata al D.P.R. n. 642/1972 – “Convenzione di Arhus”, sull’accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l’accesso alla giustizia in materia ambientale – Direttiva 2003/4/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003 - Direttiva 2003/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 maggio 2003 - obbligo di adeguato riconoscimento e sostegno alle organizzazioni di tutela ambientale – gratuità o non eccessiva onerosità dei procedimenti giurisdizionali – sussistenza.

(Artt. 2, 3, 9, 24, 32, 53 e 97 Cost.; artt. 13 e 18 l. 8 luglio 1986, n. 349; art. 10 D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115; art. 27 bis, Allegato B) D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 642; art. 9 “Convenzione sull’accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l’accesso alla giustizia in materia ambientale, con due allegati, fatta ad Arhus il 25 giugno 1998”, ratificata ed eseguita con l. 16 marzo 2001, n. 108; Direttiva 2003/4/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003; Direttiva 2003/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 maggio 2003)

Per dare concreta attuazione a quanto previsto dall’art. 18, comma 5, della Legge 8 luglio 1986, n. 349, che prevede la speciale legittimazione ad agire in capo alle associazioni ambientaliste riconosciute dal Ministero dell’Ambiente, l’unica interpretazione conforme alla Costituzione e al diritto europeo (Convenzione di Arhus e Direttive 2003/4/CE e 2003/35/CE) dell’art. 10 del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 è che il combinato disposto di detta norma e dell’art. 27-bis, Allegato B) del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 642 debba essere inteso nel senso di ritenere che tali associazioni, che agiscono in giudizio per la difesa di interessi collettivi diffusi in materia ambientale, siano esenti dal contributo unificato, dovendosi intendere ricompreso nella parola “atti” di cui all’art. 27-bis anche il ricorso in sede giurisdizionale. (1)

(In senso conforme, C.T.R. Lombardia, sentenza n. 987/19/2016)

(1) Il contributo unificato per le Associazioni ambientaliste riconosciute: un “ritorno al futuro” dell’esenzione di respiro europeo.

Sommario: 1. Premessa: natura e funzione delle associazioni ambientaliste e la loro speciale legittimazione ad agire ex lege. - 2. L’originaria esenzione dal pagamento del contributo unificato e il successivo revirement giurisprudenziale. - 3. L’intervento della Corte Costituzionale. - 4. Il nuovo revirement della Commissione

Tributaria Regionale di Genova e l’affermazione dell’esenzione dal contributo unificato sulla base del diritto europeo.

1. Premessa: natura e funzione delle associazioni ambientaliste e la loro speciale legittimazione ad agire ex lege.

Con tre sentenze di identico tenore, pronunciate su altrettanti ricorsi in appello proposti dalla Onlus Associazione Verdi Ambiente e Società – V.A.S. Onlus, la Commissione Tributaria Regionale di Genova, operando un *revirement* rispetto al più recente orientamento della giurisprudenza sul punto, ha ritenuto, per le Associazioni ambientaliste riconosciute dal Ministero dell’Ambiente (quale è V.A.S., in forza del D.M. del 29 marzo 1994), l’esenzione dal pagamento del contributo unificato delle azioni giurisdizionali, da queste proposte a tutela di interessi collettivi diffusi, in forza della speciale legittimazione ad agire loro conferita dalla legge. Si rivela, pertanto, indispensabile una breve premessa sulla natura e funzione delle predette Associazioni, che fonda l’esenzione da contribuzione.

Infatti, le associazioni ambientaliste sono state disciplinate dall’art. 13(1) della Legge 8 luglio 1986, n. 349, istitutiva del Ministero dell’Ambiente, come strumento ordinario di attuazione della missione affidata al Ministero dell’Ambiente, in applicazione, come è stato osservato(2), “di un principio di sussidiarietà *ante litteram*”, prima che esso diventasse principio generale dell’ordinamento, derivante dalla disciplina dell’Unione Europea generalmente riconosciuto e addirittura costituzionalizzato nell’art. 118 Cost.

A tal fine, ai sensi dell’art. 18, comma 5, della Legge 8 luglio 1986, n. 349, “le associazioni individuate in base all’articolo 13 della presente legge possono intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l’annullamento di atti illegittimi”.

L’art. 310, comma 1, del Codice dell’Ambiente ha ulteriormente specificato la legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste, stabilendo che “i soggetti di cui all’articolo 309, comma 1, [ossia, “le regioni, le province autonome e gli enti locali, anche associati, nonché le persone fisiche o giuridiche” e “le organizzazioni non governative che promuovono la protezione dell’ambiente, di cui all’articolo 13 della legge 8 luglio 1986, n. 349”, di cui al 2° comma dell’art. 309] sono legittimati ad agire, secondo i principi generali, per l’annullamento degli atti e dei provvedimenti adottati in violazione delle disposizioni di cui alla parte sesta del presente decreto nonché avverso il silenzio inadempimento del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e per il risarcimento del danno subito a causa del ritardo nell’attivazione, da parte del medesimo Ministro, delle misure di precauzione, di prevenzione o di contenimento del danno ambientale” (3).

Una speciale legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste è prevista dall’art. 146, comma 12, del D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, ai sensi del quale “l’autorizzazione paesaggistica è impugnabile, con ricorso al tribunale amministrativo regionale o con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, dalle associazioni portatrici di interessi diffusi individuate ai sensi delle vigenti disposizioni di legge in materia di ambiente e danno ambientale, e da qualsiasi altro soggetto pubblico o privato che ne abbia interesse”.

La predetta legittimazione ad agire è integrata dal potere

straordinario in sede di appello, avverso sentenze, pronunciate in primo grado, di cui le associazioni in parola non siano state parti, ai sensi del secondo periodo dell'art. 146, comma 12, del D.Lgs. n. 42/2004(4).

L'azione ai sensi delle predette norme è pertanto esercitata dalle Associazioni ambientaliste riconosciute (che opportunamente la C.T.R. genovese, con le sentenze in commento, ha distinto dalle associazioni di volontariato Onlus, prive di detta legittimazione speciale e straordinaria *ex lege*) a tutela dell'ambiente, del paesaggio e dell'ecosistema, perseguendo l'interesse generale e diffuso, nonché il diritto fondamentale di ogni uomo, costituzionalmente tutelato dagli artt. 9, 32 e 117 comma 2 lett. s) Cost., ad un ambiente salubre e, quindi, alla dichiarazione dell'illegittimità di ogni atto amministrativo che possa arrecare pregiudizio ai valori e diritti fondamentali del paesaggio, della salute, dell'ambiente e della sua salubrità.

Trattasi di interesse, comune addirittura all'intera collettività nazionale, che le associazioni *de quibus* tutelano, svolgendo il compito affidato loro dall'ordinamento, *in primis* attraverso la già menzionata Legge n. 349/1986 e poi con le successive disposizioni introdotte a tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e della fauna(5).

Nel senso della più ampia valorizzazione delle associazioni ambientaliste e della loro funzione di tutela di valori indisponibili, quali ambiente e salute, anche nell'esercizio del loro diritto di azione, si esprime la "Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, con due allegati, fatta ad Arhus il 25 giugno 1998" (c.d., brevemente, Convenzione di Arhus), ratificata ed eseguita dalla Repubblica italiana, con Legge 16 marzo 2001, n. 108, ed approvata dall'Unione Europea, con Decisione 2005/370/CE del Consiglio, del 17 febbraio 2005, il cui art. 9, comma 1, prevede, fra l'altro che "la Parte che preveda il ricorso dinanzi a un organo giurisdizionale dispone affinché l'interessato (6) abbia anche accesso a una procedura stabilita dalla legge, rapida e gratuita o poco onerosa, ai fini del riesame della propria richiesta da parte dell'autorità pubblica o da parte di un organo indipendente e imparziale di natura non giurisdizionale".

Inoltre, ai sensi del successivo comma 2, "nel quadro della propria legislazione nazionale, ciascuna Parte provvede affinché i membri del pubblico interessato a) che vantino un interesse sufficiente o in alternativa b) che facciano valere la violazione di un diritto, nei casi in cui il diritto processuale amministrativo di detta Parte esiga tale presupposto abbiano accesso a una procedura di ricorso dinanzi a un organo giurisdizionale e/o ad un altro organo indipendente ed imparziale istituito dalla legge, per contestare la legittimità sostanziale o procedurale di decisioni, atti od omissioni soggetti alle disposizioni dell'articolo 6 e, nei casi previsti dal diritto nazionale e fatto salvo il paragrafo 3, ad altre pertinenti disposizioni della presente convenzione".

Ancora, "le procedure di cui ai paragrafi 1, 2 e 3 devono offrire rimedi adeguati ed effettivi, ivi compresi, eventualmente, provvedimenti ingiuntivi, e devono essere obiettive, eque, rapide e non eccessivamente onerose. Le decisioni prese in virtù del presente articolo sono emanate o registrate per iscritto. Le decisioni degli organi giurisdizionali e, ove possibile, degli altri organi devono essere accessibili al pubblico.

Per accrescere l'efficacia delle disposizioni del presente articolo, ciascuna Parte provvede affinché il pubblico venga informato della possibilità di promuovere procedimenti di natura amministrativa o giurisdizionale e prende in considerazione l'introduzione di appositi meccanismi di assistenza diretti ad eliminare o ridurre gli

ostacoli finanziari o gli altri ostacoli all'accesso alla giustizia" (commi 4 e 5).

A loro volta, le Direttive europee 2003/4/CE(7) e 2003/35/CE (8), ancora prima della Decisione di sottoscrizione sopra richiamata, hanno attuato nel diritto europeo la predetta Convenzione, rispettivamente, con riguardo all'accesso del pubblico alle informazioni in materia ambientale ed alla partecipazione del pubblico alle procedure ambientali, recependo il principio ivi affermato di gratuità o non eccessiva onerosità dell'esercizio del diritto di azione, riconosciuto dagli Stati membri alle associazioni ambientaliste(9).

2. L'originaria esenzione dal pagamento del contributo unificato e il successivo *revirement* giurisprudenziale.

Alla luce della predetta natura e funzione delle associazioni ambientaliste e della specialità della loro legittimazione ad agire, la disciplina del contributo unificato è stata originariamente interpretata nel senso dell'esenzione, applicata sia per l'imposta di bollo, in relazione agli atti stragiudiziali, sia per il contributo unificato sugli atti giurisdizionali, peraltro secondo l'interpretazione letterale delle disposizioni rilevanti ed anche in linea con il principio di gratuità o non eccessiva onerosità dell'azione delle associazioni di protezione ambientale, stabilito dalla Convenzione di Arhus.

Infatti, l'art. 10 del D.P.R. n. 115/2002 prevede alcuni regimi di esenzione da contributo, a mente dei quali "non è soggetto al contributo unificato il processo già esente, secondo previsione legislativa e senza limiti di competenza o di valore, dall'imposta di bollo o da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura, nonché il processo di rettificazione di stato civile, il processo in materia tavolare, il processo di cui all'articolo 3, della L. 24 marzo 2001, n. 89".

L'art. 27-bis della Tabella di cui all'Allegato B del D.P.R. n. 642/1972 esenta dal pagamento dell'imposta di bollo "atti, documenti, istanze, contratti, nonché copie anche se dichiarate conformi, estratti, certificazioni, dichiarazioni e attestazioni poste in essere o richiesti da organizzazioni non lucrative di utilità sociale (Onlus) e dalle federazioni sportive ed enti di promozione sportiva riconosciuti dal CONP".

La Commissione Tributaria Provinciale di Roma ha già avuto modo di rilevare, nella recente sentenza Sez. 29, 26 settembre 2013, n. 469/29/13 come sia "pacifico" che ogni Onlus riconosciuta sia "esente dall'imposta di bollo su tutti gli atti di diritto sostanziale ai sensi dell'art. 27 bis della tab. B del DPR 642/72, di conseguenza tale esenzione sostanziale si riflette su quella del contributo unificato sugli atti giudiziari che ne è divenuto sostitutivo".

Si sottolinea che l'esenzione in questione è sempre stata fondata sul rubricato art. 27-bis dell'All. B al D.P.R. n. 642/1972, che è stato inserito con D.Lgs. 4 dicembre 1997, n. 460 ed è entrato in vigore il 1°.01.1998, senza mai essere successivamente modificato (10).

Ciò significa che, a fronte di un enunciato normativo rimasto invariato (nonché corroborato dalla disciplina convenzionale sopra citata), la disposizione è stata solamente interpretata in maniera differente dalla più recente giurisprudenza, senza peraltro che tale interpretazione sia stata sostenuta da una motivazione in ordine a detto *revirement* (11).

Addirittura, detta diametralmente opposta interpretazione è stata fondata sul dato letterale della disposizione ed in particolare sul significato del termine "atti" che - al contrario di quanto ritenuto da tale orientamento giurisprudenziale, ribaltato dalla C.T.R. di Genova con le sentenze in commento - ri-

comprende evidentemente sia gli atti stragiudiziali sia gli atti giurisdizionali, con conseguente necessità per l'interprete che voglia escludere una di queste due fattispecie di utilizzare un diverso criterio interpretativo opportunamente esplicitato.

Anzi, proprio in ragione del silenzio del Legislatore, le organizzazioni non lucrative di utilità sociale avrebbero dovuto essere sempre considerate esenti dal pagamento dell'imposta di bollo e, quindi, del contributo unificato, non essendo espressamente previsto altrimenti dalla legge.

È evidente come una tale interpretazione si riveli lesiva della stessa legittimazione processuale speciale, garantita alle Associazioni Onlus di tutela ambientale riconosciute dal Ministero dell'Ambiente dall'art. 18 della Legge n. 349/1986, che è legittimazione straordinaria *ex lege*, in ragione della natura diffusa degli interessi tutelati, con ogni conseguenza anche in punto di diritto fondamentale di difesa, di cui all'art. 24 Cost., che la Onlus esercita, per il perseguimento degli interessi generali e diffusi statutariamente previsti(12).

Si noti che il predetto orientamento giurisprudenziale si è peraltro inserito nel solco di una progressiva *deminutio* del ruolo, che era previsto nell'originario intento del legislatore per le associazioni ambientaliste, sia ad opera di orientamenti giurisprudenziali che ne hanno talvolta limitato l'azione(13), sia a causa della crisi ed inefficienza del Ministero dell'Ambiente, che dette associazioni avrebbero dovuto coadiuvare nella tutela dei valori di ambiente e salute, invece spesso violati o pregiudicati proprio dall'Amministrazione preposta alla loro tutela, costringendo le associazioni ambientaliste ad esercitare la propria legittimazione speciale ad agire nei confronti di questa, in un'ottica più oppositiva che collaborativa.

3. L'intervento della Corte Costituzionale.

In tale contesto, la Commissione Tributaria Regionale del Lazio investiva la Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 8 della legge 11 agosto 1991, n. 266 (Legge-quadro sul volontariato), nonché dell'art. 27-bis dell'Allegato B al d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 642 (Disciplina dell'imposta di bollo), nel procedimento vertente tra il Codacons – Coordinamento delle associazioni per la tutela dell'ambiente e dei diritti degli utenti e dei consumatori – ed il Ministero della giustizia(14).

Secondo la C.T.R. del Lazio, ricostruito il quadro normativo sopra citato (tranne il riferimento alla Convenzione di Arhus, non considerata, non trattandosi di associazione di protezione ambientale) le predette disposizioni sarebbero costituzionalmente illegittime, per violazione degli artt. 2, 3, 24, 53 e 97 Cost., ed in particolare l'art. 27-bis dell'Allegato B al d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 642, il quale, non prevedendo gli atti processuali nelle categorie di atti esenti dall'imposta di bollo, comporterebbe conseguentemente che per le iscrizioni a ruolo richieste dal Codacons – ancorché nell'esercizio delle proprie attività istituzionali – il contributo unificato sia dovuto. La Corte costituzionale, con ordinanza 26 maggio 2015, n. 91 ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione sollevata dalla C.T.R. del Lazio, considerato *“che, nella prospettiva del giudice rimettente, la violazione degli evocati parametri costituzionali viene fatta derivare dalla sottoposizione degli atti processuali delle Onlus al pagamento del contributo unificato, di cui all'art. 9 del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia – Testo A)*

che pertanto, secondo la prospettiva dello stesso giudice a quo, la violazione denunciata non discenderebbe dall'applicazione delle disposizioni censurate – relative alle esenzioni dall'imposta

di bollo – bensì dalle disposizioni che prevedono le esenzioni dal contributo unificato (art. 10 del d.P.R. n. 115 del 2002), le quali tuttavia non hanno formato oggetto di censura

che, d'altra parte, l'intervento additivo richiesto alla Corte, volto a ricomprendere tra le esenzioni dal contributo unificato anche gli atti processuali delle Onlus, non viene riferito all'art. 10 del d.P.R. n. 115 del 2002 – il quale enumera più cause di esenzione dal contributo, ulteriori rispetto a quelle previste dal d.P.R. n. 642 del 1972 – bensì alle disposizioni che prevedono l'esenzione dall'imposta di bollo e di registro

che se è pur vero che, in forza del rinvio contenuto nell'art. 10 del d.P.R. n. 115 del 2002, un'eventuale pronuncia di accoglimento produrrebbe – indirettamente – l'effetto di esentare gli atti processuali delle Onlus dal contributo unificato, tuttavia il petitum e le argomentazioni del giudice a quo riguardano esclusivamente la soggezione al contributo unificato e non contengono alcuna censura in relazione alla disciplina dell'imposta di bollo e di registro, con riferimento agli atti delle Onlus

che, in definitiva, le disposizioni sottoposte a scrutinio contengono una norma inconferente rispetto all'oggetto delle censure del giudice a quo”.

Con la predetta pronuncia di rito, la Corte Costituzionale non si è espressa sulla fondatezza della questione proposta, ma si è limitata a riscontrare un'errata individuazione dell'oggetto da parte del Giudice *a quo*, che avrebbe dovuto impugnare non (o, quantomeno, non solo) l'art. 27-bis dell'All. B al D.P.R. n. 642/1972, relativo all'esenzione da imposta di bollo, ma (anche) l'art. 10 del D.P.R. n. 115/2002, che prevede espressamente l'esenzione da contributo unificato, collegandola all'esenzione da imposta di bollo.

La Consulta ha, quindi, lasciato intendere che una nuova questione di costituzionalità, inerente ad entrambe le disposizioni sopra richiamate, secondo le rime indicate dalla predetta ordinanza, possa trovare favorevole apprezzamento. In tal senso, ha proposto questione di legittimità costituzionale la Onlus V.A.S. di fronte alla C.T.P. di Genova, prima, e alla C.T.R., poi, nel caso in cui la Commissione adita avesse ritenuto di interpretarli nel senso di escludere la sussistenza della esenzione dalla corresponsione del contributo unificato, con conseguente sussistenza in tale contestata interpretazione del requisito della rilevanza della questione medesima.

Infatti, come è emerso dalle considerazioni sopra svolte, la questione di legittimità costituzionale *de qua* non riguarda tanto la formulazione della disposizione da parte del Legislatore (che, come osservato è suscettibile di interpretazione conforme a Costituzione, peraltro per lungo tempo operata nel senso di ricomprendere tra gli *“atti”* anche quelli giurisdizionali), ma sull'interpretazione (ad avviso dell'associazione appellante errata) della disposizione stessa data dalla giurisprudenza.

Ne consegue che la questione di legittimità costituzionale proposta dalla Onlus V.A.S. non avrebbe condotto necessariamente ad una sentenza della Corte Costituzionale che dichiarasse l'incostituzionalità delle disposizioni sopraindicate, potendo bensì risolversi in una pronuncia interpretativa in ordine alla predetta errata norma.

4. Il nuovo *revirement* della Commissione Tributaria Regionale di Genova e l'affermazione dell'esenzione dal contributo unificato sulla base del diritto europeo.

La C.T.R. ligure, operando un inaspettato (ulteriore) *revirement* rispetto all'orientamento giurisprudenziale da ultimo affermato, tanto da motivare il coinvolgimento della Corte Costituzionale, nei termini sopra descritti, ha superato sia la

predetta questione di costituzionalità e i dubbi espressi dalla C.T.R. del Lazio sia le criticità sollevate dal Giudice delle Leggi, adempiendo all'obbligo (peraltro ripetutamente affermato dalla Corte costituzionale medesima) di interpretazione conforme alla Costituzione (nonché al diritto europeo, che, come è noto, prevale su quello interno, con il solo baluardo dei "controlimiti", costituiti dai principi fondamentali della Costituzione e dai diritti inviolabili dell'uomo(15)) delle disposizioni in questione, sulla linea già tracciata dalla C.T.R. della Lombardia, con la sentenza n. 987/19/2016, ritenuta assistita da un "più convincente percorso motivazionale"(16) rispetto alla C.T.R. romana.

Infatti, ampliando lo sguardo al diritto europeo (peraltro doverosamente e, a maggior ragione, trattandosi, nella specie, di convenzione recepita con legge nell'ordinamento interno e dall'Unione Europea stessa), la C.T.R. di Genova, con le sentenze in esame, ha ritenuto, disapplicando il diritto interno così come interpretato dalla Corte Suprema di Cassazione, di adeguare la disciplina dell'esenzione dal contributo unificato alla disciplina europea sopra citata, ossia la Convenzione di Aarhus e le Direttive 2003/4/CE e 2003/35/CE, addivenendo pertanto ad una norma compatibile anche con il parametro costituzionale.

Secondo la Commissione Tributaria Regionale ligure, infatti, l'interpretazione data dalla Suprema Corte non è applicabile al caso in cui parte in causa sia una ONLUS operante nel settore della tutela dell'ambiente e del paesaggio, in quanto, in ragione degli impegni assunti dalla Repubblica italiana con la Convenzione di Aarhus, per di più entrata anche a far parte del diritto dell'Unione, nel senso di prevedere adeguato riconoscimento e sostegno a dette organizzazioni, specie in materia di accesso alla giustizia, "negare l'esenzione dal pagamento del contributo unificato per atti quali i ricorsi giurisdizionali finalizzati alla difesa di interessi collettivi diffusi in materia ambientale, porterebbe ad un evidente contrasto tra il diritto interno e le norme europee di pari rango, in quanto recepite nella legislazione nazionale, le quali mettono chiaramente in evidenza che il costo dei procedimenti giurisdizionali sopra indicati debba essere gratuito o non eccessivamente oneroso".

L'esito del predetto ragionamento è consistito, quindi, nell'affermazione dell'esenzione dal pagamento del contributo unificato per le associazioni di protezione ambientale riconosciute dal Ministero dell'Ambiente, che agiscono in giudizio per la difesa di interessi collettivi diffusi in materia ambientale, dovendosi intendere ricompreso nella parola "atti" di cui all'art. 27-bis anche il ricorso in sede giurisdizionale. Secondo le sentenze in esame, "solo una interpretazione siffatta consente infatti alle organizzazioni non lucrative a scopo ambientalista di beneficiare di una disciplina del contributo unificato che tenga conto del loro status speciale, previsto a livello internazionale e garantito dall'ordinamento italiano da norme di rango costituzionale", nonché, come osservato, da una speciale legittimazione ad agire *ex lege*, sotto più profili(17).

Trattasi di pronunce sicuramente innovative (allo stato, in apparenza, addirittura controcorrente, non solo in giurisprudenza, ma anche rispetto ad un disattento esercizio del potere pubblico in materia paesistico-ambientale), con le quali la C.T.R. ligure, discostandosi finanche dall'insegnamento della Suprema Corte di Cassazione - e seguendo un percorso che peraltro la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, su altro complementare versante, ha già iniziato a tracciare(18) - ha contribuito alla affermazione dei valori di paesaggio ambiente e salute, la cui tutela passa anche (e più significativamente di quanto non si creda) per l'esenzione dal contributo

unificato delle azioni proposte dalle associazioni ambientaliste e dal loro effettivo accesso alla giustizia, in ragione del ruolo che la legge riconosce loro.

Il ritorno all'esenzione per le azioni giurisdizionali proposte dalle predette associazioni e alla inerente valorizzazione della loro funzione a tutela degli interessi collettivi e diffusi in materia ambientale si riverbera, infatti, immediatamente e direttamente, sulla tutela degli indisponibili valori all'origine di detti interessi ed è estremamente importante per un Paese come l'Italia, così ricco di beni ambientali, paesistici e culturali di inestimabile valore, i quali meritano di (ri)trovare (non foss'altro perché tutelati da un principio fondamentale della Costituzione e da ciò la ragionevolezza del trattamento differenziato delle associazioni ambientaliste riconosciute rispetto alle altre Onlus, sottolineato dalla Commissione Tributaria regionale ligure(19)) la giusta garanzia.

Chiara Fatta
Avvocato, Foro di Genova

Note:

(1) Ai sensi del quale "le associazioni di protezione ambientale a carattere nazionale e quelle presenti in almeno cinque regioni sono individuate con decreto del Ministro dell'ambiente sulla base delle finalità programmatiche e dell'ordinamento interno democratico previsti dallo statuto, nonché della continuità dell'azione e della sua rilevanza esterna, previo parere del Consiglio nazionale per l'ambiente da esprimere entro novanta giorni dalla richiesta".

(2) Cfr., per un approfondimento in proposito, D. GRANARA, *La legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste e dei comitati locali a tutela di interessi diffusi*, 2013, in *GiustAmm.it*, all'indirizzo <http://www.giustamm.it/>, e in *Verde Ambiente*, Supplemento al n. 4-5/2014, pagg. 18-28, che ricorda come la funzione originariamente pensata dal legislatore per le associazioni ambientaliste fosse quella di "autentici pubblici ministeri ambientali", evocando l'idea di M.S. Giannini, già espressa nel famoso "Discorso generale sulla giustizia amministrativa" del 1964.

(3) Sul concetto di ambiente rilevante, ossia "quello che risulta dalla disciplina relativa al paesaggio sia quello preso in considerazione dalle norme poste a protezione contro fattori aggressivi, nonché quello oggetto di disciplina urbanistica e di tutela del territorio da parte della legislazione statale e regionale", cfr., ancora, D. GRANARA, *La legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste e dei comitati locali a tutela di interessi diffusi*, cit. e la giurisprudenza ivi citata.

(4) Il quale prevede appunto che "le sentenze e le ordinanze del Tribunale amministrativo regionale possono essere appellate dai medesimi soggetti, anche se non abbiano proposto ricorso di primo grado".

(5) In tal senso, cfr. Comm. Trib. Reg. Lazio, Sez. I, ordinanza 4 luglio 2013, n. 86, la quale ha affermato che l'azione proposta dalle associazioni ambientaliste a tutela dei valori e diritti fondamentali in materia ambientale, "risponde pertanto ad interessi che vanno oltre quelli propri di ogni singolo danneggiato e che non avrebbero potuto essere perseguiti tramite la somma delle singole iniziative". Pertanto, interpretare il combinato disposto degli artt. 10 del D.P.R. n. 115/2002 e 27-bis dell'All. B al D.P.R. n. 642/1972 nel senso di escludere la, invece sussistente, esenzione dalla corresponsione del contributo unificato a favore delle Onlus per il perseguimento degli interessi generali e diffusi statutariamente perseguiti "nega alle stesse di svolgere proprio quella funzione che mira a spianare la strada ai singoli da quegli ostacoli anche di natura economica che essi potrebbero incontrare uti singuli per la tutela dei loro diritti, facendo ritenere che sussista una violazione del principio di uguaglianza formale e sostanziale previsto dall'art. 3 della Costituzione nonché del principio di adeguatezza della capacità contributiva recato dall'art. 53 della Costituzione".

(6) Ai sensi dell'art. 2 della Convenzione, la "parte" indica ciascun contraente (nella specie, la Repubblica italiana), mentre le associazioni ambientaliste sono ricomprese tra il "pubblico" e/o il "pubblico interessato".

(7) “Sull’accesso del pubblico all’informazione ambientale e che abroga la direttiva 90/313/CEE del Consiglio”, pubblicata in G.U.U.E., n. L 041 del 14.02.2003.

(8) “Che prevede la partecipazione del pubblico nell’elaborazione di tabelle piani e programmi in materia ambientale e modifica le direttive del Consiglio 85/337/CEE e 96/61/CE relativamente alla partecipazione del pubblico e all’accesso alla giustizia - Dichiarazione della Commissione”, pubblicata in G.U.U.E., n. L 156/17 del 25.06.2003.

(9) Cfr. l’art. 6 della Direttiva 2003/4/CE e l’art. 3 della Direttiva 2003/35/CE, nella parte in cui aggiunge gli artt. 10 bis e 15 bis alla Direttiva 85/337/CEE.

(10) Cfr. Commissione Tributaria Provinciale di Milano, Sez. 31, 29 giugno 2012, n. 93/31/12 e Commissione Tributaria Provinciale di Roma, Sez. 29, 14 novembre 2013, n. 469/29/13, che hanno riconosciuto l’esenzione dal pagamento del contributo unificato per le Onlus, essendo le stesse già esentate “dal pagamento della imposta di bollo e dalle altre tasse ed oneri sugli atti giudiziari in base alla previgente legislazione”.

(11) Oltre a numerose sentenze delle Commissioni tributarie provinciali (tra cui quelle impugnate, nel caso in esame, davanti alla C.T.R. genovese dalla Onlus V.A.S., ossia le sentenze della C.T.P. di Genova, Sez. V, nn. 2544-2545-2546/2015), e regionali, cfr., per tutte, Cass. civ., Sez. Trib., 20 settembre 2013, n. 21522, richiamata anche dalle sentenze in commento, secondo cui “il termine “atti” di cui al citato art. 27-bis deve intendersi riferito solo agli atti amministrativi, perché dove la normativa abbia inteso ricomprendere nell’esenzione dal bollo gli atti giudiziari, lo ha espressamente previsto”.

(12) Si noti che la violazione del diritto di difesa non viene perpetrata *ex post* rispetto alla proposizione dell’azione, ma *ex ante* al momento della scelta della sua proposizione, occorrendo valutare anche gli esborsi economici che la stessa comporta (tra cui il contributo unificato è elemento rilevante, in ragione del suo elevato importo e del numero consistente di azioni che un’associazione ambientalista a carattere nazionale valuta di proporre a tutela degli interessi collettivi).

Gli interessi diffusi, unitamente agli interessi collettivi, sono tradizionalmente classificati come interessi superindividuali, ossia interessi adespoti, non già riferibili ad una pluralità determinata di individui, ma comuni ad una formazione sociale ed aventi ad oggetto beni insuscettibili di appropriazione individuale e di fruizione differenziata (cfr., sul punto, *ex multis*, E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XIII ed., Giuffrè, Torino, 2011 e D. GRANARA, *Il principio autonomistico nella Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 66 e la bibliografia ivi citata).

Sul punto, si osserva che la più recente giurisprudenza ha altresì affermato che, in caso di azione proposta da associazione ambientalista riconosciuta, “devono ritenersi sussistenti le ‘speciali circostanze’ richieste per la compensazione, collegate alla natura degli interessi diffusi e collettivi comunque perseguiti dall’Associazione ricorrente” (Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, ord. 23 ottobre 2013, n. 4194).

Pertanto, se si è addirittura affermato un principio di non operatività della condanna alle spese, in virtù della natura collettiva e diffusa degli interessi tutelati in sede giurisdizionale dalle Associazioni legittimate, si può ravvisare a fortiori l’esenzione dal pagamento del contributo unificato, che deve ritenersi riferibile unicamente a cause instaurate da soggetti privati, per quanto anche in forma collettiva, a tutela di interessi di natura strettamente individuale.

(13) Il riferimento è alla natura eccezionale della legittimazione ad agire, con conseguente limitazione degli atti impugnabili e dei vizi deducibili (in particolare, atti che attengono alla materia urbanistica o all’assetto del territorio o, comunque, ad ambiti normativi non ambientali o paesistici *stricto sensu*, ma che, tuttavia, interferiscono con ambiente e paesaggio, per cui cfr., in senso restrittivo, Cons. Stato, Sez. IV, 9 novembre 2004, n. 7246, in *Foro amm. CDS*, 2004, 3157 (s.m.), e T.A.R. Toscana, Sez. I, 28 giugno 2008, n. 1651, in *Riv. giur. Ambiente*, 2009, 1, 201 (s.m.); in senso ampliativo, alla luce dell’intervento del legislatore, di cui al combinato disposto degli artt.

309, commi 1 e 2, e 310 del D.Lgs. n. 152/2006, che hanno attribuito la legittimazione ad agire alle associazioni ambientaliste, “secondo i principi generali”, a tutela dell’interesse ambientale più ampiamente inteso, T.A.R. Liguria, Sez. I, 12 ottobre 2005, n. 1349, in *Foro amm. T.A.R.*, 2005, 10, 3117, e nello stesso senso, T.A.R. Veneto, 11 luglio 2008, n. 1993, cit., e T.A.R. Sardegna, Sez. II, 16 giugno 2009, n. 987, cit., e la stessa T.A.R. Toscana, Sez. I, 28 giugno 2008, n. 1651, cit., che richiama Cons. Stato, Sez. IV, 228 febbraio 1992, n. 223, in *Foro Amm.*, 1992, 402; T.A.R. Lazio – Roma, Sez. e I, 31 maggio 2004, n. 5118).

(14) Con ordinanza del 4 luglio 2013, iscritta al n. 249 del registro ordinanze 2013 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 47, prima serie speciale, dell’anno 2013, già richiamata *infra*, alla nota 5.

(15) Per un approfondimento sul punto, cfr., *ex multis*, la ricostruzione operata da Antonio Ruggeri, in A. RUGGERI - P. COSTANZO - L. MEZZETTI, *Lineamenti di diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 268 ss.

(16) Del resto, che lo stesso sia obiettivamente tale è confermato dal superamento del problema di incostituzionalità e dall’applicazione delle norme convenzionali, recepite dall’ordinamento italiano, ma sostanzialmente, fino ad oggi, disapplicate.

(17) Di cui non sono dotate altre associazioni Onlus, delle quali la Commissione Tributaria Regionale ligure ha opportunamente distinto la posizione.

(18) Il riferimento è alla nota sentenza, Quinta sezione, 6 ottobre 2015, resa in causa C-61/14, con la quale la Corte di Giustizia europea ha sanzionato la eccessiva onerosità dei tributi giudiziari in materia di appalti pubblici nell’ordinamento italiano, quale ostacolo alla effettività dell’accesso alla giustizia ed alla tutela giurisdizionale, affermando i seguenti principi di diritto:

“1) L’articolo 1 della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all’applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 dicembre 2007, nonché i principi di equivalenza e di effettività devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che impone il versamento di tributi giudiziari, come il contributo unificato oggetto del procedimento principale, all’atto di proposizione di un ricorso in materia di appalti pubblici dinanzi ai giudici amministrativi. 2) L’articolo 1 della direttiva 89/665, come modificata dalla direttiva 2007/66, nonché i principi di equivalenza e di effettività non ostano né alla riscossione di tributi giudiziari multipli nei confronti di un amministrato che introduca diversi ricorsi giurisdizionali relativi alla medesima aggiudicazione di appalti pubblici né a che tale amministrato sia obbligato a versare tributi giudiziari aggiuntivi per poter dedurre motivi aggiunti relativi alla medesima aggiudicazione di appalti pubblici, nel contesto di un procedimento giurisdizionale in corso. Tuttavia, nell’ipotesi di contestazione di una parte interessata, spetta al giudice nazionale esaminare gli oggetti dei ricorsi presentati da un amministrato o dei motivi dedotti dal medesimo nel contesto di uno stesso procedimento. Il giudice nazionale, se accerta che tali oggetti non sono effettivamente distinti o non costituiscono un ampliamento considerevole dell’oggetto della controversia già pendente, è tenuto a dispensare l’amministrato dall’obbligo di pagamento di tributi giudiziari cumulativi”.

(19) Le Associazioni ambientaliste, infatti, con il ruolo e le funzioni sopra illustrati che l’ordinamento loro assegna, contribuiscono direttamente all’attuazione di valori costituzionali protetti dalla Costituzione a livello di principi fondamentali (art. 9), integrando un *quid pluris* nella tutela dei relativi interessi collettivi e diffusi, che merita adeguata e differenziata tutela. Sul “valore ambiente”, cfr. Corte Cost., 21 dicembre 1985, n. 359; 27 giugno 1986, n. 151. Cfr. altresì, più di recente, Corte Cost., 7 novembre 2007, n. 367 e 29 ottobre 2009, n. 272, nonché T.A.R. Liguria, Sez. I, 18 marzo 2004 n. 267.

Massime

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, sez. I, 11 gennaio 2016, n. 37 - Pres. Sgambati - Rel. Ranaldi.

ACCERTAMENTO - rettifiche catastali - motivazione - necessità.

L'Ufficio può legittimamente discostarsi dal classamento dichiarato dal contribuente, ma nel momento in cui ritiene di attribuire una categoria catastale diversa (nella specie, da E a D), è tenuto, secondo quanto previsto dall'art. 7 L. 212/2000 (che a sua volta richiama la norma generale di cui all'art. 3 L. 241/1990) ad esporre "i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione" di attribuire all'immobile un classamento diverso rispetto a quello proposto dal contribuente. Pertanto, non costituisce valida motivazione il mero richiamo effettuato dall'Ufficio alla "stima diretta sulla base degli elementi economici e quantitativi riportati nella allegata relazione sintetica".

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XX, 13 gennaio 2016, n. 88 - Pres. Ghigliazza - Rel. Podestà.

ACCERTAMENTO - rettifiche catastali - abitazione "di tipo signorile" e "di lusso" - differenze.

Ai fini del diverso classamento di un immobile, la definizione e la classificazione di abitazione "di tipo signorile" non coincide con quella di abitazione "di lusso", le cui caratteristiche sono definite dal DM 2 agosto 1969, come richiamato dalla circolare in materia n° C1/1002 della Direzione Centrale Catasti Servizi Geotopografici e Conservazione dei Registri Immobiliari. Da tanto consegue che un'abitazione definita e classata come di tipo signorile, non per questo deve ritenersi anche di lusso alla luce di una diversa normativa tributaria che la definisce come tale ai fini fiscali, mentre un'abitazione avente caratteristiche proprie di tale ultima categoria, necessariamente, deve essere di tipo signorile.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XIV, 14 gennaio 2016, n. 111 - Pres. Di Napoli - Rel. Piu.

ACCERTAMENTO - ricostruzione sintetica - spese per beni relativi all'impresa individuale - rilevanza - esclusione.

In tema di ricostruzione redditometrico del reddito, le spese sostenute per l'acquisto di beni di un'impresa individuale devono essere escluse dal conteggio della determinazione sintetica del reddito personale del contribuente, sempre che, come chiarito anche dal D.M. 19.09.2015, tale circostanza risulti da idonea documentazione.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. I, 4 febbraio 2016, n. 182 - Pres. Celle - Rel. Cattaneo.

ACCERTAMENTO - notificazione - persona giuridica - legale rappresentante - esecuzione fuori dei luoghi indicati dagli artt. 145 e 138 c.p.c. - relata - ricerche dell'interessato - indicazione - necessità.

La notificazione dell'atto tributario riguardante una persona giuridica, eseguita a mani proprie del legale rappresentante, in luogo diverso dal domicilio di questi e dalla sede dell'ente, è nulla

quando dalla relata non risulti la previa ricerca dell'interessato presso la casa di abitazione.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. VI, 15 febbraio 2016, n. 247 - Pres. Varalli - Rel. Cotta.

ACCERTAMENTO - PVC - art. 5-bis d.lgs. n. 218/1997 - istanza di adesione - condizioni.

Ai sensi dell'art. 5-bis del d.lgs. n. 218/1997, l'adesione al P.V.C. deve essere integrale. Pertanto, deve esser rigettato il ricorso avverso il diniego di adesione emesso dall'Ufficio se l'istanza di adesione al P.V.C. presentata entro il termine di trenta giorni dal suo rilascio ha avuto ad oggetto non tutte le annualità oggetto di verifica ma solo una parte.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XIII, 5 maggio 2016, n. 1110 - Pres. Fenizia - Rel. Piu.

ACCERTAMENTO - paesi blacklist - redditi detenuti all'estero - violazione obblighi dichiarativi - art. 12 d.l. n. 78/2009 - natura della disposizione - raddoppio dei termini - applicabilità a periodi di imposta precedenti alla sua entrata in vigore - esclusione.

L'art. 12 del d.l. n. 78/2009 ha previsto al comma 2bis il raddoppio dei termini dell'accertamento basato sulla presunzione di cui al comma 2, secondo cui gli investimenti e le attività di natura finanziaria detenute in paesi blacklist in violazione degli obblighi di monitoraggio, si presumono costituiti, salvo prova contraria del contribuente, con redditi sottratti a tassazione. Dato che l'art. 12 cit. ha natura sostanziale, in quanto attiene alla ripartizione dell'onere probatorio tra contribuente ed Amministrazione finanziaria, alla luce del principio di irretroattività di cui all'art. 3, L. n. 212/2000, tale disposizione è applicabile solo alle situazioni perfezionatesi successivamente alla sua entrata in vigore (nella specie la CTP ha escluso il raddoppio dei termini per le annualità 2006, 2007 e 2008 anteriori all'entrata in vigore del d.l. n. 78/2009).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. IV, 9 giugno 2016, n. 1315 - Pres. Fenizia - Rel. Silvano.

ACCERTAMENTO - art. 42 d.p.r. n. 600/1973 - sottoscrizione - funzionario delegato - delega impersonale - invalidità.

In conformità ai principi affermati dalla Cassazione, sent. n. 22800/2015 e n. 22803/15, l'accertamento non sottoscritto dal dirigente capo dell'ufficio ma da un funzionario delegato è nullo se la delega è "in bianco" ed "impersonale", ossia senza l'espressa indicazione del nominativo del funzionario delegato.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. IV, 6 luglio 2016, n. 1497 - Pres. e Rel. Ghigliazza.

ACCERTAMENTO catastale - rettifica DOCFA del contribuente - accertamento - motivazione per relationem a "linee guida" non allegate né di cui è riprodotto il

contenuto essenziale - atto di accertamento - Illegittimità.

La Commissione sentite le parti ed esaminata la documentazione prodotta ritiene il ricorso accoglibile poiché lo stesso riporta quale criterio per l'individuazione della rendita una stima diretta basata sulle linee guida distribuite a tutti gli ordini professionali ed associazioni di categoria, orbene tali linee guida non sono state allegate all'avviso di accertamento né tanto meno in tale atto ne risulta evidenziato il contenuto essenziale, ciò costituisce un evidente difetto di motivazione e ciò in violazione all'art. 7 della legge 212/2000 che statuisce che gli atti dell'amministrazione finanziaria sono motivati secondo quanto prescritto dall'art. 3 della legge n. 241 del 1990 concernente la motivazione dei provvedimenti amministrativi indicando i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione e che se nella motivazione si fa riferimento ad altro atto questo deve essere allegato all'atto che lo richiama.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. IV, 6 luglio 2016, n. 1497 - Pres. e Rel. Ghigliazza.

ACCERTAMENTO catastale - stabilimento balneare - attribuzione di rendita - necessità di tener conto della specifica realtà dei luoghi - fattispecie.

Il ricorso deve essere accolto per la specificità del complesso infatti l'Agenzia nell'attribuzione della rendita e del valore venale non ha tenuto conto della realtà economica del complesso in parte di proprietà e in parte in concessione demaniale cosa che determina un valore diverso anche alla luce del quadro normativo attuale che prevede una concessione demaniale limitata nel tempo, essendo prevista l'assegnazione successiva attraverso bando di gara pubblica infine il valore complessivo attribuito allo stabilimento risulta superiore al valore delle cabine secondo il criterio del valore economico della cabine stesse e ciò senza un criterio individuato di tale maggiorazione con adeguata motivazione.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. 2, 30 marzo 2016, n. 503 - Pres. Cardino - Rel. Chiti.

ARTICOLO 54 C. 5 T.U.I.R. - ART. 3 C. 25 L. 1996, N. 662 - cessione di azienda - rilevanza valori in capo al donante - modifiche art. 3 cit. effetto solo dal 1 gennaio 1997, art. 80 d.p.r. 1973, n. 597 - plusvalenza tassabile - determinazione - giudizio di rinvio dalla Suprema Corte.

Il punto di partenza della presente controversia si riporta alla corretta interpretazione dell'art. 54, comma 5 DPR 917/86 come integrato dall'art. 3, comma 25 Legge 662/1996.

Tale norma stabilisce, pertanto, la neutralità della donazione ai fini fiscali e non prevede la realizzazione di plusvalenza.

Peraltro tale norma è entrata in vigore soltanto dal 1° gennaio 1997 e quindi non può essere applicata alle donazioni avvenute in epoca antecedente, come nel caso di specie in cui la donazione risale all'anno 1993.

In questo caso deve applicarsi l'art. 80 DPR 59/73, che stabilisce la formazione della plusvalenza e la sua tassazione allorquando "il corrispettivo della cessione risulti superiore al valore originario dell'acquisto a titolo gratuito; la gratuità del titolo di acquisizione non incide sul valore del bene ceduto, entrato a far parte del patrimonio dei cedenti attraverso la donazione, in quanto solo l'incremento dell'iniziale acquisizione patrimoniale è in grado di costituire eccedenza riconducibile alla categoria resi-

duale dei redditi diversi di cui all'art. 80 citato" (Cass. 2279/2006).

Ne discende che soltanto il valore eccedente quello della donazione può costituire plusvalenza soggetta a tassazione.

Commissione Tributaria Regionale, 25 maggio 2016, n. 747 - Pres. Pasca - Rel. Laurenzana.

CATASTO - classamento - rettificare del Docfa - sopralluogo - necessità.

La rettifica della rendita catastale proposta tramite procedura Docfa deve passare attraverso un sopralluogo e deve contenere i motivi tecnici e le valutazioni effettuate per soddisfare la motivazione e confutare le argomentazioni del contribuente e non rileva il classamento delle unità dello stesso stabile. In caso di omesso sopralluogo, poi, il contribuente può sempre provare classamento e rendita proposti tramite perizia giurata di stima che è da ritenersi valida in caso di mancata contestazione.

Corte dei Conti, sez. giurisdizionale per la Regione Liguria, 13 settembre 2016 n. 87 - Pres. Coccoli - Rel. Maltese - G.M. + altri (Avv.ti Garabello e A. Anselmi) - giudizio di responsabilità promosso dalla Procura Regionale.

GIUDIZIO di responsabilità - valutazione operato pubblici amministratori e dipendenti - colpa grave - insussistenza.

La valutazione dell'operato del decisore pubblico al fine di verificare la sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa grave va effettuata ex ante e non ex post. Pertanto, sulla base di una valutazione ex ante, se da una parte si considerano gli oggettivi vantaggi dell'operazione, e dall'altra gli svantaggi, non è ravvisabile l'elemento soggettivo della colpa grave nell'operato dei convenuti, qualora la scelta dei decisori politici (gli amministratori comunali) e gli elementi forniti dagli organi tecnici (responsabile area tecnica e segretario comunale), non presentino alcuna connotazione di irrazionalità, apparendo la decisione di aderire all'offerta di un determinato operatore giustificata dagli evidenti vantaggi dalla stessa derivanti.

A.M.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. I, 18 aprile 2016, n. 575 - Pres. Soave - Rel. Piombo.

IMPOSTA SULLE DONAZIONI - liberalità indirette - applicazione - art. 1 comma 4 bis d.lvo 1990, n. 346 - esclusione se la donazione è collegata ad atti soggetti a registro od IVA - atto di compravendita immobiliare - mancato riferimento alla donazione del denaro - imposta - applicazione.

L'art. 1 comma 4 bis d.lvo 346/90 prevede che "4-bis. Ferma restando l'applicazione dell'imposta anche alle liberalità indirette risultanti da atti soggetti a registrazione, l'imposta non si applica nei casi di donazioni o di altre liberalità collegate ad atti concernenti il trasferimento o la costituzione di diritti immobiliari ovvero il trasferimento di aziende, qualora per l'atto sia prevista l'applicazione dell'imposta di registro, in misura proporzionale, o dell'imposta sul valore aggiunto".

Nel caso di specie, come rilevato dall'Ufficio, non risulta in alcun modo che il trasferimento di denaro risulti finalizzato all'acquisto di un immobile.

Non solo di tale finalità non risulta traccia nell'atto di compravendita immobiliare ma, anche volendo accedere ad una interpretazione che consenta di trovare al di fuori dell'atto la prova di ciò, tale prova non è stata fornita dal contribuente.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. I, 18 aprile 2016, n. 575 - Pres. Soave - Rel. Piombo.

IMPOSTA sulle donazioni - art. 2 e 55 d.lvo 346/90 - territorialità - residenza estera del donante - irrilevanza - collocazione nazionale dei beni donati - rilevanza-fat-tispecie.

L'art. 2 del D.Lgs. 346/1990 delimita territorialmente la pretesa impositiva italiana in base alla residenza del donante alla data della stipula dell'atto di donazione.

“Se alla data dell'apertura della successione o a quella della donazione il defunto o il donante non era residente nello Stato l'imposta è dovuta limitatamente ai beni e ai diritti ivi esistenti”.

Pertanto, se il donante è residente all'estero e anche i beni donati si trovano all'estero, non sussistono profili impositivi in capo al donatario italiano.

L'art. 55 comma 1 bis del succitato decreto prevede, a far data dal 1° luglio 2000, la soggezione a registrazione in “termine fisso anche degli atti aventi ad oggetto donazioni, dirette o indirette formati all'estero nei confronti di beneficiari residenti nello Stato. Dall'imposta sulle donazioni determinata a norma del presente titolo si detraggono le imposte pagate all'estero in dipendenza della stessa donazione ed in relazione ai beni ivi esistenti, salva l'applicazione delle convenzioni contro le doppie imposizioni”.

La disposizione recata dal comma 1-bis dell'articolo 55 del TUS, a giudizio del Collegio, non ha inteso derogare ai criteri di territorialità previsti, ai fini dell'imposta sulle donazioni, dall'articolo 2 del TUS.

Consequentemente, ai fini dell'imposta sulle donazioni rilevano e devono essere assoggettati a registrazione in termine fisso anche gli atti formati all'estero aventi ad oggetto beni diversi da immobili e aziende esistenti nel territorio dello Stato, sempreché il donante sia residente nello Stato (articolo 2, comma 1, del TUS) ovvero, nel caso in cui il donante sia non residente, come nel caso di specie, quando i beni siano “esistenti” nel territorio dello Stato (articolo 2, commi 2 e 3, del TUS). In tali ipotesi, dall'obbligo di registrazione dei suddetti atti discende l'assoggettamento del valore dei beni donati all'imposta sulle donazioni.

Dirimente per la decisione appare pertanto, nel caso di specie, essendo pacifica la residenza all'estero del donante, accertare la collocazione dei beni donati.

Secondo la Commissione Provinciale, conformemente alla tesi sostenuta dall'Agenzia delle Entrate, “la disposizione che ha trasferito il denaro si è originata in territorio svizzero, ma il beneficio della donazione si è concretizzato nel territorio dello Stato Italiano, sotto forma di una cospicua disponibilità su conto corrente bancario”.

La tesi è corretta; secondo la Suprema Corte di Cassazione, infatti, “in tema di obbligazioni di pagamento di somma di denaro, qualora il pagamento avvenga a mezzo bonifico bancario, la liberazione del debitore si verifica solo allorché la somma entra nell'effettiva disponibilità del creditore, a nulla rilevando il solo ordine di bonifico diretto alla banca da parte del debitore” (Cass. Sez. I; 5/6/2013, n. 14197).

Analogamente può ritenersi nel caso in cui trattasi che la donazione si sia perfezionata in Italia nel momento in cui il donatario ha avuto l'effettiva disponibilità sul proprio conto corrente della somma donata.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. III, 12 febbraio 2016, n. 223 - Pres. Celle - Rel. Ceriale.

PROCESSO tributario - contributo unificato - inviti al pagamento - natura - avviso bonario - impugnabilità - esclusione.

L'invito al pagamento del contributo unificato non è atto autonomamente impugnabile, trattandosi di un semplice invito all'adempiimento spontaneo da parte del contribuente delle somme in esso contenute al momento del deposito del ricorso. Infatti, con l'invito in parola, l'Ufficio di segreteria della Commissione tributaria fa rilevare al ricorrente che risulta omesso o insufficiente il versamento del contributo unificato, relativamente al deposito del suo ricorso, e gliene richiede il pagamento entro 30 giorni, senza addebito di interessi e sanzioni. Pertanto, trattandosi di atto dovuto ex lege, non può essere assimilato ad un vero e proprio avviso di accertamento. Ne discende che i ricorsi proposti avverso tale atto devono ritenersi inammissibili.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. III, 26 febbraio 2016, n. 326 - Pres. Celle - Rel. Maggio.

PROCESSO tributario - reclamo - mediazione - costituzione in giudizio anteriormente ai novanta giorni dalla presentazione dell'istanza - art. 17-bis d.lgs. n. 546/92 proposizione - inammissibilità - non sussiste.

Dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 98/2014 e dalla modifica dell'art. 17-bis, d.lgs. n. 546/92 operata dal d.lgs. n. 156/2015 si ricava il principio per cui, anche sotto la vigenza dell'originaria formulazione dell'art. 17-bis cit. (introdotta dal d.l. n. 98/2011) non è inammissibile il reclamo depositato in C.T.P. prima del decorso del termine di novanta giorni dalla presentazione dell'istanza di mediazione.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XIV, 20 aprile 2016, n. 1010 - Pres. e Rel. Di Napoli.

PROCESSO tributario - cessazione della materia del contendere - caratteristiche - fatto sopravvenuto idoneo a soddisfare il diritto azionato - allegazione - conseguenze.

La cessazione della materia del contendere costituisce una fattispecie di estinzione del processo contenuta in una sentenza dichiarativa dell'impossibilità di procedere alla definizione del giudizio per il venir meno dell'interesse di entrambe le parti alla naturale conclusione del giudizio stesso: ciò tutte le volte in cui non risulti possibile la declaratoria di rinuncia agli atti o di rinuncia alla pretesa impositiva per l'assenza di una formale dichiarazione della parte in tal senso. Tuttavia, se le parti non danno reciprocamente atto del mutamento della situazione originaria ma solo una di esse allega un fatto sopravvenuto, assunto come idoneo a determinare la cessazione della materia del contendere, tale circostanza deve essere valutata dal giudice il quale, se ritiene che tale fatto abbia determinato il soddisfacimento del diritto azionato e quindi il difetto di interesse ad agire, lo dichiara, regolando le spese giudiziali alla luce del sostanziale riconoscimento di una soccombenza.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XIII, 12 gennaio 2016, n. 82 - Pres. Mignone - Rel. Piu.

PROCESSO tributario - ricorso - notifica - mancanza

sottoscrizione - Agenzia delle Entrate - produzione in giudizio il ricorso notificato - onere - sussistenza.

Nel caso in cui l'Agenzia delle Entrate eccepisca l'inammissibilità del ricorso a lei notificato in quanto privo di sottoscrizione da parte del contribuente è tenuta a produrre in giudizio l'atto ricevuto. In ogni caso, l'inammissibilità è sanata, all'atto della costituzione in giudizio del ricorrente, dal deposito di copia del ricorso con la relativa sottoscrizione.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XIII, 24 marzo 2016, n. 816 - Pres. Ghigliazza - Rel. Galletto.

REGISTRO - art. 59 d.p.r. n. 131/1986 - prenotazione a debito - risarcimento del danno conseguente a fatti costituenti reato - sentenza - processo civile - applicabilità.

In tema di imposta di registro, la prenotazione a debito che l'art. 59, comma 1, T.U.R., riserva alle "sentenze che condannano al risarcimento del danno da fatti costituenti reato", non è applicabile solamente per le sentenze pronunciate a seguito di un giudizio penale, ma può estendersi anche alle sentenze emesse in sede diversa (quale quella civile) in dipendenza di fatti che possono configurare ipotesi di reato.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, sez. I, 1 marzo 2016, n. 211 - Pres. e Rel. Sgambati.

RISCOSSIONE - iscrizione ipotecaria - previa comunicazione - necessità - mancanza - nullità.

Conformemente a quanto disposto da Cass., S.U., sent. n. 19667/2014, l'iscrizione ipotecaria non preceduta da alcuna relativa comunicazione da parte dell'Agente della Riscossione è nulla.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XIV, Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, sez. II, 25 gennaio 2016, n. 151 - Pres. Sorrentino - Rel. Baldini.

SANZIONI - eccedenza di un credito - compensazione - sanzionabilità - fattispecie anteriore al d.lgs. n. 158/2015 - esclusione.

In materia di sanzioni (ed anteriormente alla riforma di cui al d.lgs. n. 158/2015) non è ammessa l'interpretazione analogica, atteso che, laddove il legislatore ha sentito il bisogno di inserire una specifica previsione sanzionatoria, significa che precedentemente non era prevista alcuna sanzione. Conseguentemente, non può essere applicata la sanzione per l'omesso versamento (art. 13, d.lgs. n. 471/97) anche all'ipotesi di chi utilizza l'eccedenza di un credito in compensazione in misura superiore a quella spettante.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 4 novembre 2015, n. 1164 - Sezione/Collegio 2 - Autorità portuale di Genova c. Agenzia delle entrate.

TRIBUTI - soggetti passivi - organismi di diritto pubblico - attività come pubblica autorità - concessioni demaniali - esclusione.

(Direttiva n. 77/388/CEE del Consiglio, 17 maggio 1977, art. 4, n. 5)

TRIBUTI - IRES - canoni demaniali - redditi fondiari non determinabili catastalmente - esclusione

(D.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917, artt. 67, comma 1, lett. e); 70, c. 1; d. l. 4 marzo 1989, n. 77, art. 10, conv., con modif., nella l. 5 maggio 1989, n. 160

Gli organismi di diritto pubblico non sono considerati soggetti passivi di tributo quando tali enti agiscono nelle vesti di pubblica autorità, come nel caso del percepimento di canoni di concessione demaniale. (1)

I canoni demaniali non sono soggetti all'imposta sul reddito delle società (IRES) come redditi ex art. 67, c. 1, lett. e), in quanto determinati con decreto ministeriale in base alla consistenza dei beni immobili cui ineriscono. (2)

(1-2) Negli stessi termini, già Corte di Cassazione, sez. trib., sentenza 27/02/2013, n. 4925. Per un'analoga questione riguardante l'Autorità portuale di Savona con riferimento però all'IVA, cfr. Corte di Cassazione, sez. trib., sentenza 22/4/2015, n. 11261, a riforma della sentenza 22/10/2010, n. 890 della Comm. tributaria centrale di Genova

L.C.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. VI, 11 gennaio 2016, n. 1 - Pres. Schito - Rel. Manfra.

TRIBUTI locali - ICI - art. 8, c. 2, d.lgs. n. 504/9 - agevolazione - abitazione principale - ricorrente e suoi familiari - dimora abituale - necessità.

Ai fini della concessione dell'agevolazione ICI di cui al comma 2 dell'art. 8, d.lgs. n. 504/92, per abitazione principale deve intendersi solo quella in cui dimorano abitualmente sia il contribuente che i suoi familiari: il concetto di abitazione principale richiama infatti quello di abitazione della famiglia di cui all'art. 144 c.c.. Conseguentemente, la presunzione per cui la residenza della famiglia coincide con il luogo di ubicazione della casa coniugale può essere superata solo dalla prova che lo spostamento della propria dimora abituale è stata causata dal verificarsi di una frattura del rapporto di convivenza.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. X, 6 maggio 2016, n. 1117 - Pres. e Rel. Graziano.

TRIBUTI locali - ICI - art. 7, c. 1, lett. i - esenzione - attività sportiva - condizioni.

L'art. 7, comma 1, lett. i, d.lgs. n. 504/92, prevede in particolare che gli immobili utilizzati dai soggetti di cui all'art. 73, c. 1, lett. c, T.U.I.R. ed adibiti esclusivamente all'esercizio di attività sportive sono esenti da ICI. Ai fini dell'applicazione di tale disposizione l'ente che domanda l'esenzione non deve avere per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali e l'immobile oggetto di esenzione deve essere strumentale allo svolgimento di tale attività, essendo a tal fine irrilevante la sua tipologia ed ubicazione.

Sezione di diritto penale

Sentenze e Ordinanze

Tribunale di Genova, 7 marzo 2016, Giudice Crucoli.

LESIONI - infortunio sul lavoro - lesioni colpose - ambito militare - figura del datore di lavoro - individuazione - criteri - violazione di regole cautelari - evento lesivo - nesso di causalità - necessità - esclusione nel caso di specie.

Non può essere ravvisata la qualifica di datore di lavoro in capo al soggetto che non solo non risulti in alcun modo formalmente tale, ma che altresì non disponga di autonomia gestionale, di spesa e non possa effettuare una valutazione dei rischi. (1)

Pur a fronte di riscontrate violazioni di regole cautelari, è sempre necessario accertare il nesso di causalità tra le violazioni stesse e l'evento lesivo occorso, secondo il consueto standard della condicio sine qua non. (2)

(... *Omissis*...)

Dall'istruttoria dibattimentale risulta che:

- l'imputato, Tenente Colonnello dell'Esercito, rivestiva, al momento dei fatti, il ruolo di Comandante del Battaglione Trasmissioni Frejus;
- la persona offesa, Mar.Ca. B.S., era un sottoposto del prevenuto ed era impiegato presso il nucleo distaccato del Battaglione sito a Genova;
- in particolare, a seguito di un ordine di servizio impartito dal 32° Reggimento Trasmissioni, il personale del suddetto nucleo veniva incaricato dal prevenuto di effettuare i lavori di adeguamento della rete informatica presso la Caserma Doria di Genova;
- i lavori sopra menzionati dovevano essere effettuati per la maggior parte dentro l'edificio, dove dovevano essere inseriti cavi all'interno della controsoffittatura; per giungere alle altezze rispetto cui dovevano essere realizzati i lavori il personale utilizzava un trabattello ed una scala portatile in alluminio a due tronchi;
- il giorno 10.06.2014 il Mar.Ca. B.S., nell'esecuzione dei lavori sopra descritti, doveva controllare l'uscita di una sonda all'interno della controsoffittatura, ad un'altezza di circa 3 - 3,15 metri; si trattava, dunque, di un lavoro non in quota per il quale, vista l'elevata altezza di B.S. (circa un metro e 90 cm), era sufficiente l'utilizzo della scala portatile a due tronchi, che risultava a norma, come da certificato prodotto in atti; B.S., dunque, dopo essere salito sulla scala ed aver raggiunto il terzo/quarto gradino, perdeva la presa e cadeva a terra, riportando una malattia ed una incapacità di attendere alla propria attività lavorativa di durata pari a giorni 90;
- a seguito del sinistro occorso, l'Ufficio ordinamento servizi di vigilanza di area dello Stato Maggiore dell'Esercito disponeva che il Col. E.G. e il Col. Di L.V. effettuassero un accesso ispettivo sia presso il luogo in cui l'infortunio si era verificato, sia presso il Comando da cui il Mar.Ca. B.S. dipendeva, al fine di valutare se vi erano state delle violazioni della normativa in tema di sicurezza; nel corso di tale inda-

gine veniva individuato quale datore di lavoro responsabile il Ten.Col. Stefano Carrino;

- all'esito delle verifiche degli ispettori, venivano riscontrate alcune violazioni del D.lgs. n. 81/2008, tra cui la mancata formazione dei lavoratori, l'omessa sorveglianza sanitaria, e la mancanza del DVR; il Col. Di L., redattore della relazione finale prodotta in atti, riteneva comunque che le carenze suddette non potessero essere di per sé sufficienti a stabilire un nesso eziologico con l'evento verificatosi.

Ebbene, alla luce di quanto emerso nel corso del dibattimento si può osservare quanto segue.

L'odierno imputato, come si è detto, è Tenente Colonnello dell'Esercito, e ai tempi dei fatti era il Comandante del Battaglione Trasmissioni Frejus, che a sua volta dipende dal 32° Reggimento Trasmissioni.

Nonostante non vi fosse alcun documento che attestasse l'assunzione in capo al prevenuto della qualifica di datore di lavoro rispetto al personale dipendente del suddetto Battaglione, in sede di accesso ispettivo gli ispettori Di L. ed E. avevano comunque ritenuto che il Tenente Colonnello rivestisse tale ruolo.

In particolare, in sede di esame il teste E. ha affermato che, ai fini dell'individuazione del datore di lavoro in sede ispettiva, non viene mai richiesto un atto di nomina da parte dell'organismo sovraordinato, ma semplicemente *«chiediamo conferma di chi sia il datore di lavoro, quando dallo stesso ci viene detto: «sono io il datore», lo diamo per assodato»*.

In effetti, anche il Ten.Col. Stefano Carrino, in sede di s.i.t. rese nel corso dell'indagine ispettiva interna, ha affermato di svolgere l'incarico di datore del Battaglione Frejus dal 07.09.2012; nonostante ciò, va rilevato come non risulti prodotto alcun documento che individui esplicitamente il prevenuto quale datore di lavoro del Battaglione suddetto.

Invero, come affermato dall'E. in sede testimoniale e come confermato anche dalla circolare (prot. n. 2706 Cod. id. 156 Ind. Cl. 1.2) prodotta in atti, laddove non si sia provveduto alla nomina espressa del datore di lavoro, questi va individuato nel soggetto di Vertice del Corpo, e, specificamente, nel Comandante di Brigata.

Va puntualizzato, al riguardo, che una Brigata è composta da più reggimenti, che a loro volta sono composti da più battaglioni; è evidente, dunque, che al prevenuto, in quanto Comandante di Battaglione, non possa ritenersi attribuito, senza una nomina espressa, il suddetto incarico.

Peraltro, anche laddove si volesse ravvisare, in capo all'imputato, la sussistenza di poteri effettivi che possano ricondurlo comunque, di fatto, all'incarico di datore di lavoro, va rilevato come il D.P.R. n. 90/2010, disciplinante la tutela della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro in ambito di FF.OO., individui una serie di requisiti necessari ai fini di poter inquadrare un soggetto con tale qualifica.

Invero, l'art. 246 del sopra menzionato D.P.R. prevede che il datore di lavoro abbia la titolarità di un Comando/Ente/Dis-

taccamento/Ufficio, presenti autonomia gestionale, poteri decisionali e di spesa, nonché la piena autonomia nell'effettuare la valutazione dei rischi.

Al riguardo, va rilevato come sia emerso che il prevenuto non avesse l'autonomia gestionale e di spesa necessarie ai fini di potergli attribuire la qualità di datore di lavoro: infatti, sia E. che C. hanno riconosciuto come il Ten.Col. Stefano Carrino non solo non avesse autonomia di spesa ai fini della formazione professionale per la sicurezza dei lavoratori, ma neppure gestisse autonomamente fondi finalizzati all'acquisto di attrezzature e di materiali necessari per l'attività del Battaglione Frejus.

In ragione di quanto sopra esposto, pertanto, deve ritenersi che in capo al prevenuto non possa in alcun modo riconoscersi la qualifica di datore di lavoro, con la conseguenza che già sin d'ora si può affermare che l'imputato non abbia commesso il fatto, dal momento che non possedeva la qualifica necessaria per poter essere chiamato a rispondere delle lesioni subite dalla p.o.

Ma vi è di più.

Gli accessi ispettivi effettuati da Di L. ed E. hanno certamente fatto emergere alcune carenze nel sistema di tutela della sicurezza dei lavoratori impiegati presso il Battaglione Trasmissioni Frejus.

In primo luogo, è risultata del tutto assente una sorveglianza sanitaria dei lavoratori, dal momento che, come si evince dalla relazione finale prodotta in atti e come confermato anche da E., mancava un protocollo sanitario; in particolare, è emerso che B. non era stato sottoposto a visita medica dal 2008.

L'assenza di un programma di vigilanza sanitaria dipendeva soprattutto dalle dimissioni unilaterali da tale incarico del Medico competente, Magg. L.M., come risulta dalla nota prot. n. 7049 del 28.6.2012, prodotta in atti; tali dimissioni avevano comportato, dunque, un vuoto nell'organico che il prevenuto non aveva comunque potuto colmare, atteso che la nomina del Medico competente può essere effettuata solo dal Comando centrale.

Inoltre, l'indagine ispettiva ha constatato l'assenza di una attività di formazione professionale specifica all'interno del Battaglione Frejus: infatti, come risulta dalla relazione finale prodotta, il personale del Battaglione era unicamente coinvolto in un'attività informativa periodica presso la Caserma di Torino "Morelli di Popolo", senza che sia mai stata effettuata alcuna formazione per i lavoratori sottoposti a rischio specifico, i quali, dunque, potevano contare solo sull'addestramento ricevuto prima dell'immissione in ruolo.

Al riguardo va, peraltro, rilevato come l'imputato, a fronte dell'assenza di una programmazione centrale relativa alla formazione del personale impiegato, non avesse i fondi necessari per organizzare corsi specifici da svolgere all'interno del Battaglione di sua competenza.

Ancora, dall'accesso ispettivo è emersa l'assenza del documento di valutazione dei rischi.

Al riguardo, C., RSPP del Battaglione Frejus, ha affermato che tale carenza era dipesa dalla difficoltà nella redazione di tale documento, atteso che, a causa delle problematiche nella fruizione del vecchio DVR, il Comando centrale aveva trasmesso un diverso modello da seguire per la suddetta valutazione, cui, dunque, lo stesso C. aveva dovuto conformarsi; in ragione di ciò, quindi, vi era stato un ritardo nella stesura del nuovo DVR, come si desume dalle comunicazioni tra il prevenuto e C., prodotte in atti.

Ora, pur a fronte delle violazioni della normativa in tema di

sicurezza dei lavoratori riscontrate, si deve rilevare come nella relazione finale dell'indagine interna Di L. abbia concluso che *"il comportamento negligente e l'inosservanza di leggi e regolamenti non sia stata la causa che ha determinato l'evento"*; tale assunto non può non essere condiviso.

Invero, le omissioni sopra menzionate non sono da sole sufficienti a stabilire un nesso eziologico con la caduta di B., da imputarsi a cause del tutto accidentali e fortuite, vale a dire la mancanza di appoggio da parte della p.o. nella salita sulla scala.

Peraltro, va evidenziato come la scala in dotazione al personale fosse a norma e pienamente funzionante (come attestato dal certificato apposto sulla stessa, prodotto in atti, e come riconosciuto dal CT della difesa, S., nonché da Di L. nella relazione ispettiva), e sia stata utilizzata in maniera corretta da B., che, come riferito da Esposito, *"ha dimostrato di avere una conoscenza, seppur sommaria, di quelli che erano i rischi a cui andava incontro e quelle che erano le modalità di impiego della scala"*.

Ciò conferma come la caduta della p.o. sia da ritenersi del tutto accidentale e assolutamente non ricollegabile, da un punto di vista eziologico, né con le violazioni rilevate del D.lgs. n. 81/2008, né con una cattiva manutenzione della scala fornita per effettuare i lavori.

Risulta, dunque, che l'evento sia unicamente dipeso da una mancata presa della scala da parte di B.S., ossia da un fatto del tutto fortuito, rispetto al quale l'attività lavorativa presso il Battaglione Trasmissioni Frejus, pur caratterizzata da numerose mancanze in tema di sicurezza sul lavoro, costituisce occasione ma non causa da un punto di vista eziologico; pertanto, si ritiene di assolvere il Ten.Col. Carrino non perché non ha commesso il fatto, bensì perché il fatto non sussiste per carenza del nesso di causalità tra l'evento e le omissioni riscontrate in ambito antinfortunistico.

P.Q.M.

Visto l'art. 530 c.p.p. assolve l'imputato dal reato a lui ascritto perché il fatto non sussiste.

(1-2) Il principio di effettività nell'individuazione del soggetto "datore di lavoro" nel peculiare ambito militare; un'applicazione pratica della c.d. "causalità della colpa".

Sommario: 1. *L'imputazione e l'esito del processo* - 2. *Le argomentazioni della difesa e l'accoglimento da parte del Giudice* - 2.1. *La qualifica di "datore di lavoro"* - 2.2. *Il nesso di causalità.*

1. L'imputazione e l'esito del processo.

Il Tenente Colonnello dell'Esercito Stefano Carrino era tratto a giudizio davanti al Tribunale di Genova in composizione monocratica per rispondere dell'accusa di lesioni colpose gravi ai danni di S.B., maresciallo capo, con riferimento a numerose disposizioni del D.lgs. 81/2008, c.d. T.U. sulla sicurezza nei luoghi di lavoro (si v. artt. 18, 28, 37 e 71). Il C., in particolare, - nella sua qualità di Comandante di Battaglione e quindi, nella ricostruzione accusatoria, di datore di lavoro del B. - avrebbe disposto o consentito che il B. prestasse la propria attività lavorativa a) *senza aver ricevuto un'adeguata formazione*, b) *senza essere stato sottoposto ad adeguata sorveglianza sanitaria*, c) *in mancanza di una valutazione effettiva dei rischi specifici cui era esposto* e d) *senza aver messo a sua disposizione attrezzature idonee*. In tal modo, il maresciallo, impegnato nella realizzazione di una LAN nei locali

della Caserma Doria di Genova, dovendo a tal fine ispezionare le aree del controsoffitto, saliva su una scala portatile in dotazione, cadendo però al suolo dopo aver salito pochi scalini e riportando fratture costali multiple e la frattura incompleta ileo pubica.

All'esito del dibattimento (e di una discussione del rappresentante del Pubblico Ministero difforme dall'originaria tesi prospettata dall'accusa nell'avviso ex art. 415 bis c.p.p. prima e nel decreto di citazione poi), il Tribunale ha assolto l'imputato ex art. 530 c.p.p. con la formula ampiamente liberatoria - invocata sia dalla difesa sia dall'accusa - del "fatto non sussiste".

2. Le argomentazioni della difesa e l'accoglimento da parte del Giudice.

I "punti deboli" della ricostruzione accusatoria su cui fin dalle indagini preliminari la difesa aveva voluto concentrare l'attenzione sono stati sostanzialmente due: l'assenza di qualsivoglia nesso causale tra le varie violazioni - sia pure esistenti ed accertate - in materia di normativa anti-infortunistica e l'evento occorso ai danni del B., nonché l'errata individuazione del Colonnello quale soggetto "Datore di lavoro" nel peculiare ambito in cui l'evento è avvenuto.

2.1. La qualifica di "Datore di lavoro".

Detti aspetti sono quelli effettivamente presi in considerazione dal Giudice del merito, che - dopo un breve riepilogo dell'istruttoria dibattimentale - ha proceduto in prima battuta ad analizzare la possibilità di configurare in capo al C. la qualifica di Datore di lavoro, escludendola subito per un aspetto formale: la mancanza di qualsivoglia documento che attestasse l'assunzione in capo al C. di tale qualifica rispetto al personale del Battaglione da lui comandato. Era stato sì lo stesso imputato a definirsi tale, nel corso dell'indagine militare interna, ma senza alcuna nomina formale da parte dell'organismo sovraordinato: il Colonnello - così come la Pubblica Accusa - aveva dato per scontato che alla qualifica militare di Comandante corrispondeva quella di Datore, con riferimento al Battaglione. Al contrario, come riportato dagli stessi testimoni escussi a dibattimento, laddove non si sia provveduto a nominare espressamente il Datore di lavoro - come nel caso di specie - questi deve essere individuato nel soggetto che si trova al vertice del Corpo, quindi nel Comandante di Brigata: il C., come semplice Comandante di Battaglione, non doveva essere chiamato a rispondere per tale qualifica, atteso che non vi era stato un conferimento in tal senso.

Il Giudice, comunque, non si è fermato al dato formale per escludere la sussistenza di tale qualifica in capo al C. Il D.P.R. 90/2010 (che si occupa, tra l'altro, anche di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro in ambito di Forze Armate) individua infatti una serie di requisiti sostanziali necessari ai fini dell'inquadramento come Datore di lavoro: l'articolo 246 della citata normativa, ai commi 1 e 2, richiede che il Datore abbia la titolarità di un Comando o Ente o Distaccamento - e questo è il requisito che effettivamente sussisteva in capo al C. - nonché che egli disponga di *a*) autonomia gestionale, *b*) poteri decisionali e di spesa, *c*) piena discrezionalità nell'effettuare la valutazione dei rischi. Tutti questi requisiti sostanziali non sono stati rilevati come sussistenti in capo al C., anzi: è pacificamente emerso dall'istruttoria dibattimentale che l'imputato non disponesse di autonomia gestionale e - soprattutto - di spesa, né per quanto riguarda la formazione professionale per la sicurezza dei lavoratori né per l'acquisto e la gestione delle attrezzature

e dei materiali necessari per l'attività del Battaglione.

Anche nel peculiare ambito in cui si inserisce la vicenda in esame, quindi, il concetto formale di datore di lavoro viene "superato" a favore di una nozione sostanziale, ancorata alla concreta responsabilità dell'"impresa" (in questo caso, *sui generis*) ed alla effettiva disponibilità dei poteri inerenti alla funzione svolta(1). Si conferma, in altre parole, la centralità attribuita al principio di effettività in materia di sicurezza sul lavoro, con riferimento ai poteri decisionali e di spesa, che in numerose occasioni la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di sottolineare(2).

2.2. Il nesso di causalità.

Già solo con queste prime considerazioni, sarebbe stato possibile un proscioglimento con la formula "per non aver commesso il fatto"; il Giudice, tuttavia, va oltre, approfondendo la sussistenza dell'elemento oggettivo del nesso causale tra le violazioni accertate e l'evento verificatosi. Si ricorda, a questo proposito, che la persona offesa - non costituita parte civile nel processo penale - ha riportato una prognosi di 90 giorni per essere scivolato dai primi scalini di una scala pieghevole, alta 1.5 metri. Ribadito ciò, si capisce perché il Tribunale abbia sottolineato tanto esplicitamente come le varie carenze nel sistema di tutela della sicurezza dei militari-lavoratori del Battaglione non possano in alcun modo essere considerate *condicio sine qua non* della caduta del B. dalla scala: la totale assenza di un programma di vigilanza sanitaria, la mancanza di un'attività di formazione professionale specifica(3) nonché l'assenza del Documento di Valutazione dei Rischi non possono certamente dirsi la causa dell'incidente occorso al Maresciallo.

Attraverso il ragionamento ipotetico contro-fattuale, infatti, bene ha fatto il Giudice a rispondere negativamente alla seguente domanda: se i militari fossero stati sottoposti a regolari visite mediche, avessero seguito corsi di formazione sui rischi specifici affrontati e il DVR fosse stato redatto ed aggiornato, si sarebbe evitata la caduta dalla scala a pioli da parte del B.? Evidentemente la risposta non può essere che negativa: il rispetto delle suddette prescrizioni in materia anti-infortunistica non avrebbe evitato in alcun modo che il B. perdesse la presa della scaletta e scivolasse a terra.

Mancando di conseguenza uno degli elementi strutturali della colpa - l'evitabilità dell'evento, anche denominata "causalità della colpa"(4) - è stato possibile mandare assolto il C. perché "il fatto non sussiste", non essendosi riscontrata quella "concretizzazione del rischio" che la norma cautelare violata mira ad evitare. È di tutta evidenza, infatti, come la necessaria vigilanza sanitaria sia prescritta per prevenire, o curare nel minor tempo possibile, le malattie qualificate come "professionali"; allo stesso modo, la predisposizione del DVR serve ad individuare rischi che esulino da quelli in cui potrebbero incorrere i lavoratori alla stregua di tutti i normali cittadini - com'è appunto quello di cadere da una scala perché si perde la presa. Come insegna la migliore dottrina, pertanto, il Giudice non si è limitato ad accertare quello che, *prima facie*, poteva essere una serie palese di violazioni di regole cautelari (il C., ad ogni buon conto, sarebbe andato esente da responsabilità per mancanza della qualifica soggettiva, ma il piano è diverso), ma ha verificato che l'evento in concreto verificatosi appartenesse al novero di quelli che le regole cautelari violate miravano a prevenire(5). Per potersi affermare la penale responsabilità di un soggetto in relazione ad una fattispecie colposa, infatti, non basta la prevedibilità dell'evento lesivo, dovendosi configurare lo specifico evento lesivo verificatosi come concretamente evita-

bile per mezzo della condotta non trasgressiva della norma cautelare in gioco. In altre parole, come correttamente ha fatto il Giudice, dopo aver verificato l'inosservanza della regola cautelare di condotta, è necessario verificare la sussumibilità dell'evento determinato dalla condotta trasgressiva nella sfera delle offese tipiche che la stessa regola violata mirava a scongiurare, in applicazione del criterio della copertura del rischio tipico.⁽⁶⁾

Atteso che, dunque, le omissioni riscontrate non sono sufficienti a costituire nesso eziologico con la caduta del B., quest'ultima deve qualificarsi come fatto del tutto occasionale e fortuito, non collegata sotto alcun punto di vista con le violazioni del D.lgs. 81/2008: ciò ha permesso al Giudice di pronunciare sentenza di assoluzione, ex art. 530 c.p.p., perché il fatto non sussiste.

Ilaria Torri
Avvocato, Foro di Genova

Note:

(1) Cfr. R. Garofoli, *Manuale di diritto penale, parte generale*, ed. XII - 2015, pp. 487 - 488.

(2) Ex pluribus: Cass. Pen., Sez. IV, 09.07.2003, n. 37470; Cass.

Pen., Sez. IV, 04.03.2003, n. 19634; Cass. Pen., Sez. IV, 27.09.2010, n. 34804; Cass. Pen., Sez. IV, 26.04.2011, n. 16311, la quale incisivamente afferma che "... il dato normativo consente di distinguere un datore di lavoro in senso giuslavoristico da uno o più datori di lavoro (sussistendo distinte unità produttive) in senso prevenzionale. E' evidente che la responsabilità del soggetto preposto alla direzione dell'unità produttiva è condizionata alla congruità dei suoi poteri decisionali e di spesa rispetto alle concrete esigenze prevenzionali. Egli pertanto sarà qualificabile come datore di lavoro ai fini della sicurezza solo se gli saranno attribuiti poteri e disponibilità finanziarie adeguate ad effettuare gli adempimenti prescritti dalla legge e solo entro quei limiti, mentre, per tutti gli altri adempimenti per i quali non dispone dei mezzi e dei poteri per realizzarli, le eventuali violazioni (e relative conseguenze) non saranno a lui ascrivibili".

(3) Lo stesso B. aveva ammesso, comunque, che per utilizzare quel tipo di scala gli era stata fornita una "preparazione" adeguata.

(4) Gli altri tre, com'è noto, sono la mancanza di volontà del fatto, la violazione di regole cautelari nonché l'esigibilità del comportamento doveroso.

(5) A ragionar diversamente, si tratterebbe di una responsabilità non per colpa ma da posizione, quindi pericolosamente al limite di un'ipotesi di responsabilità oggettiva.

(6) Cfr. R. Garofoli, *Manuale di diritto penale, parte generale*, ed. XII - 2015, pp. 615 e ss. Per la giurisprudenza, si v. ex multis Cass.

Particolare tenuità del fatto

Rassegna di giurisprudenza del Tribunale di Imperia

Renato Ramondo

Stagista presso il Tribunale penale di Imperia

Sommario: 1. *Premessa.* - 2. *Applicazione dell'art 131-bis c.p. a casi di furto.* - 2.1. *Commento.* - 3. *Applicazione dell'art 131 bis e compatibilità con la disciplina della continuazione.* - 3.1. *Commento.* - 4. *Applicazione dell'art 131-bis a casi di resistenza a pubblico ufficiale.* - 5. *Porto d'armi od oggetti atti ad offendere e art 131-bis c.p.* - 6. *Circolazione senza patente e art 131-bis.* - 7. *Danneggiamento e art 131-bis.* - 8. *Truffa e art 131-bis.* - 9. *Lesioni e art 131-bis.* - 9.1. *Commento.* - 10. *Minacce e art 131-bis.* - 11. *Interventi edilizi nelle zone sottoposte a vincolo storico, artistico, archeologico, paesistico, ambientale, in variazione essenziale, in totale difformità o in assenza del permesso e art 131-bis c.p.* - 11.1. *Commento.* - 12. *Falsità materiale commessa da privato e art 131 bis c.p.* - 12.1. *Commento.* - 13. *Simulazione di reato e art 131-bis.* - 14. *Oltraggio a pubblico ufficiale e art 131-bis.* - 15. *Appropriazione indebita e art 131-bis c.p.* - 16. *guida in stato di ebrezza e art 131 bis c.p.* - 16.1. *Commento.* - 17. *Art. 76 comma 3 dlvo 159/2011 e art. 131-bis.* - 18. *Fattispecie residue.*

1. Premessa.

Il 2 aprile 2015 è entrato in vigore il D.Lgs. 16 marzo 2015 n. 28 che introduce nel nostro ordinamento penale un nuovo istituto giuridico: la non punibilità per particolare tenuità dell'offesa.

Nel raccogliere le sentenze del Tribunale di Imperia, emesse durante il 2015, si è cercato di analizzare come siano stati risolti, nella dottrina e nella giurisprudenza, alcuni casi problematici che anche i magistrati del Tribunale sono stati chiamati ad affrontare. Si è dunque tentato di raggruppare, in base al titolo di reato, i casi in cui la particolare tenuità del fatto è stata applicata, onde evidenziare meglio le linee guida affermatesi tra i magistrati.

Una primissima considerazione di ordine quantitativo mostra che l'istituto in esame è stato accolto con favore: su circa 800 sentenze dibattimentali emesse a partire dall'entrata in vigore dell'istituto sino a dicembre 2015, ben in 97 casi si è ritenuto di applicare la norma in esame. A questi si aggiungono ulteriori provvedimenti emessi, ad esito di giudizio abbreviato, dal Giudice delle indagini preliminari.

2. Applicazione dell'art. 131-bis c.p. a casi di furto.

Sentenze:

1) 1774/15: reato p. e p. artt. 110, 624 e 625 n. 2) c.p. - il PM concludeva chiedendo riqualificazione del reato come tentativo ed entrambe le parti chiedevano assoluzione ex art. 131 bis c.p. (Fattispecie di furto, aggravato da violenza sulle cose, di accessori vari per un valore complessivo di euro 26,96).

2) 1748/15: reato p. e p. artt. 110, 624 c.p. - "(...) Innanzitutto è opportuno effettuare una riqualificazione del delitto contestato, da furto consumato a furto tentato, in quanto i predetti imputati, sebbene siano stati fermati dopo le casse si trovavano ancora

all'interno del supermercato, dunque non erano ancora usciti dalla sfera di vigilanza e controllo del personale del magazzino (SS.UU., 17.04.2014, n. 52117)" - (Fattispecie di tentato furto all'interno di un supermercato, per un valore complessivo di circa euro 36,32).

3) 1732/15: reato p. e p. artt. 56, 624 c.p. - entrambe le parti concludevano chiedendo assoluzione ex art. 131 bis c.p. (Fattispecie di tentato furto all'interno di un supermercato, per un valore complessivo di euro 10,24 circa).

4) 1625/15: reato p. e p. art. 624 c.p. - entrambe le parti concludevano chiedendo assoluzione ex art. 131 bis c.p. (Fattispecie di furto all'interno di un supermercato, per un valore complessivo di euro 7,98 circa).

5) 1601/15: reato p. e p. artt. 110, 56, 624, 625 n. 2 c.p. - entrambe le parti concludevano chiedendo non doversi procedere ai sensi dell'art. 131-bis (Fattispecie di tentato furto aggravato di 70 Kg di edera).

6) 1589/15: reato p. e p. art. 624 c.p. - entrambe le parti concludevano chiedendo non doversi procedere ai sensi dell'art. 131-bis (Fattispecie di furto all'interno di supermercato, per un valore complessivo di euro 27,87 circa).

7) 1586/15: reato p. e p. art. 624 c.p. - entrambe le parti concludevano chiedendo non doversi procedere ai sensi dell'art. 131-bis (Fattispecie di furto di un cellulare di marca Samsung Galaxy).

8) 1581/15: reato p. e p. art. 624 c.p. - entrambe le parti concludevano chiedendo non doversi procedere ai sensi dell'art. 131-bis (Fattispecie di furto in supermercato, per un valore complessivo di euro 26,33 circa).

9) 1560/15: reato p. e p. artt. 56, 624 c.p. - entrambe le parti chiedevano assoluzione ex art. 131 bis c.p. (Fattispecie di tentato furto in supermercato, per un valore complessivo di euro 22,57).

10) 1559/15: reato p. e p. artt. 99.4, 56, 624 c.p. - "(...) e tenuto conto che il soggetto è gravato da un unico precedente specifico, alquanto modesto a pena sospesa, che consente comunque di ritenere il comportamento illecito del tutto occasionale e non abituale" - entrambe le parti concludevano chiedendo assoluzione ex art. 131 bis c.p. (Fattispecie di tentato furto in supermercato, per un valore complessivo di euro 46,02).

11) 1371/15: reato p. e p. art. 624 c.p. - entrambe le parti concludevano chiedendo non doversi procedere ai sensi dell'art. 131-bis (Fattispecie di furto all'interno di supermercato, per un valore complessivo di euro 36,40 circa).

12) 1370/15: reato p. e p. art. 624 c.p. - entrambe le parti concludevano chiedendo non doversi procedere ai sensi dell'art. 131-bis (Fattispecie di furto all'interno di supermercato, per un valore complessivo di euro 79,88 circa).

13) 1317/15: reato p. e p. artt. 110, 624, 625 n. 2 c.p. - "(...) Premesso che dalla CNR in atti acquisita su accordo delle parti, risulta che le donne siano state sin da subito attenzionate dagli addetti al controllo e mai perse di vista, dal che la non sussistenza dell'aggravante contestata" entrambe le parti concludevano chiedendo non doversi procedere ai sensi dell'art. 131-bis

(Fattispecie di tentato furto all'interno di esercizio commerciale, per un valore complessivo di euro 474,30 circa).
14) 1295/15: reato p. e p. art. 624 c.p. - entrambe le parti concludevano chiedendo assoluzione ai sensi dell'art. 131-bis (Fattispecie di furto all'interno di supermercato, per un valore complessivo di euro 4,99 circa).

15) 1283/15: reato p. e p. art. 624 c.p. - entrambe le parti concludevano chiedendo assoluzione ai sensi dell'art. 131-bis (Fattispecie di furto all'interno di supermercato, per un valore complessivo di euro 34,25 circa).

16) 1224/15: reato p. e p. art. 624 commi 1 e 3, 625 comma 1 n. 7) c.p. - entrambe le parti concludevano chiedendo non doversi procedere ai sensi dell'art. 131-bis (Fattispecie di furto di una scala di ferro e di un pelapatate industriale esposti alla pubblica fede su terreno agricolo).

17) 1064/15: reato p. e p. artt. 624 e 625 n. 2) c.p. - il PM concludeva chiedendo riqualificazione del reato come tentativo e ritenuta l'attenuante di cui all'art 62 n. 4 c.p. da valutarsi con giudizio di equivalenza sull'aggravante contestata, entrambe le parti chiedevano assoluzione ex art. 131 bis c.p. (Fattispecie di furto, aggravato da violenza sulle cose, di un paio di scarpe NIKE per un valore complessivo di euro 60,00).

18) 1125/15: reato p. e p. artt. 624 e 625 n. 2) c.p. - "(...) nel reato di furto, l'aggravante del mezzo fraudolento delinea una condotta, posta in essere nel corso dell'azione delittuosa dotata di marcata efficienza offensiva e caratterizzata da insidiosità, astuzia, scaltrezza, idonea, quindi, a sorprendere la contraria volontà del detentore e a vanificare le misure che questi ha apprestato a difesa dei beni di cui ha la disponibilità. (SS. UU. 18.07.2013 n. 40354)" - il PM concludeva chiedendo di escludersi l'aggravante contestata, entrambe le parti chiedevano non doversi procedere ex art. 131 bis c.p. (Fattispecie di furto all'interno di supermercato, per un valore complessivo di euro 34,28 circa).

19) 1031/15: reato p. e p. artt. 624 e 625 n. 2) c.p. - il PM concludeva ritenendo non sussistente l'aggravante contestata, entrambe le parti chiedevano non doversi procedere ex art. 131 bis c.p. (Fattispecie di furto in supermercato, per un valore complessivo di euro 12,13).

20) 1003/15: reato p. e p. art. 624 c.p. - entrambe le parti concludevano chiedendo non doversi procedere ai sensi dell'art. 131-bis (Fattispecie di furto all'interno di supermercato, per un valore complessivo di euro 22,43 circa).

21) 1150/15: reato p. e p. art. 624 c.p. - entrambe le parti concludevano chiedendo non doversi procedere ai sensi dell'art. 131-bis (Fattispecie di furto di una borsetta firmata).

22) 1217/15: reato p. e p. artt. 624 e 625 n. 2) c.p. - "(...) che a parere di questo giudice non ricorre l'aggravante di cui all'art. 625 n. 2 in quanto si è realizzata una condotta di semplice occultamento della refurtiva che, in sé, rientra nelle modalità ordinarie di furto" - entrambe le parti chiedevano assoluzione ex art. 131 bis c.p. (Fattispecie di furto in supermercato, per un valore complessivo di euro 15,00).

23) 1218/15: reato p. e p. artt. 624 e 625 n. 2) c.p. - "(...) che a parere di questo giudice non ricorre l'aggravante di cui all'art. 625 n. 2 in quanto si è realizzata una condotta di semplice occultamento della refurtiva che, in sé, rientra nelle modalità ordinarie di furto" - entrambe le parti chiedevano assoluzione ex art. 131 bis c.p. (Fattispecie di furto di due jeans e due magliette, per un valore complessivo di euro 42,98).

24) 1186/15: reato p. e p. artt. 624, 62 n. 4) e n. 6) c.p. - entrambe le parti concludevano chiedendo assoluzione ai sensi dell'art. 131-bis (Fattispecie di furto all'interno di supermercato, per un valore complessivo di euro 16,24 circa).

25) 568/15: reato p. e p. artt. 56, 624 e 625 n. 2) c.p. - entrambe le parti chiedevano assoluzione ex art. 131 bis c.p. (Fattispecie di tentato furto in un esercizio commerciale, di merce per un valore complessivo di euro 44,98).

26) 792/15: reato p. e p. artt. 56, 624 e 625 n. 2) c.p. - "(...) trattandosi di causa di non punibilità la valutazione d'irrelevanza comporta un previo giudizio di sussistenza e illiceità del fatto e la sua commissione da parte dell'imputato. L'istituto è fondato su tre presupposti applicativi relativi rispettivamente: alla pena edittale (si deve trattare di reati puniti con pena detentiva non superiore a 5 anni e/o con la pena pecuniaria); alla modalità della condotta (comportamenti non abituali); all'offesa (di particolare esiguità per la tenuità del danno o del pericolo). (...) con riguardo al primo dei requisiti sanciti dall'art. 131-bis c.p. - quello legato al limite edittale della pena - si pone una delicata questione in relazione al mancato riferimento al reato "consumato o tentato". Se irragionevole e contraria al principio di offensività si palesa l'interpretazione in base alla quale non sarebbero inclusi i reati tentati perché non espressamente menzionati, resta il problema se si debba tener conto della diminuzione di pena per il tentativo quando il reato sia tentato. Due le opzioni argomentative possibili: non essendo previsto che si tenga conto della diminuzione per il tentativo nella determinazione della pena, ai fini della definizione dell'ambito applicativo dell'istituto, per il principio di tassatività dovrebbero ritenersi esclusi anche quei reati che, tenendo conto della diminuzione minima per il tentativo, non superino nel massimo i cinque anni di reclusione. Viceversa valorizzando l'autonomia del titolo costituito dal reato tentato, quale ad altri fini affermato in alcune decisioni di legittimità, si dovrebbe tenere conto della diminuzione di pena per il tentativo. Tale ultimo orientamento appare quello maggiormente persuasivo, non solo in considerazione dell'autonomia delle fattispecie derivanti dalla combinazione fra l'art. 56 C.p. e le norme incriminatrici di parte speciale, ma anche della ratio sottesa all'art. 131-bis c.p., che risponde all'esigenza di circoscrivere l'ambito applicativo della sanzione penale, ai soli fatti realmente meritevoli, in quanto espressione di un disvalore penale non trascurabile." - il P.M. chiedeva condanna a mesi 2 di reclusione ed euro 50 di multa, il difensore assoluzione ex art. 131 bis c.p. (Fattispecie di tentato furto in un esercizio commerciale, di merce per un valore complessivo di euro 81,97).

2.1. Commento.

La sentenza sub 26) offre spunti per alcune considerazioni preliminari quanto al primo presupposto applicativo - quello della pena edittale - dell'istituto in esame e ai rapporti tra particolare tenuità del fatto e delitto tentato.

Partendo dalla prima delle problematiche menzionate, la norma in questione afferma espressamente al primo comma "Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale" e precisa al quarto comma che "Ai fini della determinazione della pena detentiva prevista nel primo comma non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. In quest'ultimo caso ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69.

La disposizione del primo comma si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante."

Il requisito del massimo edittale di cinque anni introduce, come

è stato osservato (1), una presunzione assoluta di non particolare tenuità dei reati eccedenti detta soglia, prescindendo dalla fattispecie concreta.

In relazione a tale scelta non ha mancato di esprimersi in senso critico parte della dottrina, osservando che mentre il minimo edittale è a tutela dell'ordinamento, il massimo edittale è, invece, a tutela del reo. Pertanto, trattandosi di istituto incentrato sulla tenuità dell'offesa, si sarebbe dovuto far riferimento alla minore gravità possibile e non a quella massima (2). A tali osservazioni si è ribattuto che la *ratio* del massimo edittale va ricercata nel più ampio novero di fattispecie che verrebbero così escluse dall'ambito d'applicabilità dell'istituto in esame, rispondendo tale scelta a istanze di prevenzione generale (3).

Il quarto comma precisa poi, come si è visto, i criteri da seguire nella verifica del rispetto del parametro dei cinque anni: non bisogna tenere conto delle circostanze aggravanti o attenuanti, salvo quelle per le quali la legge stabilisca una pena di specie diversa da quella ordinaria e di quelle che determinano un aumento superiore ad un terzo. Se quindi è pacifico che si debba tener conto delle circostanze c.d. autonome e ad effetto speciale (4), alcuni hanno ritenuto che non dovrebbero prendersi in considerazione le circostanze c.d. indipendenti, argomentando nel senso che solo le circostanze autonome e ad effetto speciale darebbero luogo a un reato circostanziato accostabile, quanto a disvalore, alla fattispecie base (5). Tali osservazioni, oltre che non trovare accoglimento nella giurisprudenza, la quale non ritiene, ad esempio, applicabile l'art. 131-bis in caso di furto aggravato – salvo, come si vedrà, il caso del furto tentato mono aggravato – sono andate incontro alle critiche di quanti hanno osservato come la legge non operi distinzione alcuna tra circostanze ad effetto speciale dipendenti o autonome (6).

Il comma in esame precisa poi ulteriormente che, in caso di simultanea presenza di circostanze speciali aggravanti e attenuanti, al fine di limitare la discrezionalità del giudice, non si fa luogo al bilanciamento. Pertanto si dovrà tenere conto di tutte le circostanze aggravanti presenti, che incideranno sulla individuazione del massimo edittale.

Ultima precisazione è che *“La disposizione del primo comma si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante”*. Tale disposizione è stata probabilmente intesa dal legislatore quale mezzo per fugare ogni dubbio circa l'applicabilità dell'istituto in esame anche in presenza di attenuanti che, se intese quali norme speciali, potrebbero indurre a neutralizzazione l'operatività della particolare tenuità (7).

Restano da fare alcuni brevi cenni relativamente ai rapporti dell'art. 131-bis c.p. con il reato tentato. In merito si potrebbe giungere alla soluzione di un'incompatibilità tra i due istituti se ci si limitasse al tenore letterale della norma, la quale non menziona espressamente il tentativo, legando tale argomento all'elaborazione pretoria in base alla quale *“qualora determinati effetti giuridici siano dalla legge ricollegati alla commissione di reati specificamente indicati mediante l'elencazione degli articoli che li prevedono, senza ulteriori precisazioni, deve intendersi che essi si producano esclusivamente per le ipotesi consumate e non anche per quelle tentate”* (8).

Tuttavia, anche a voler prescindere dall'osservazione che la menzionata giurisprudenza utilizza tali argomentazioni in un'ottica di *favor rei* (9), è d'obbligo sottolineare come si sia imposta, tanto in dottrina che in giurisprudenza, l'interpretazione opposta.

Si è infatti affermato in dottrina che sarebbe assolutamente irragionevole (10), nonché di dubbia legittimità costituzionale

(11), non consentire l'applicazione della particolare tenuità del fatto in relazione a fattispecie connotate da una minore offensività rispetto alle rispettive fattispecie consumate. Alla stessa soluzione, utilizzando l'argomento dell'autonomia della fattispecie tentata, ma in senso diametralmente opposto rispetto a quanto sopra evidenziato, giunge anche la giurisprudenza di merito precisando che *“il calcolo dell'entità della pena prevista in astratto, al fine di verificare l'applicabilità dell'art. 131-bis c.p., andrà, quindi, coerentemente effettuato con riferimento alla cornice edittale del delitto tentato e non della corrispondente fattispecie del delitto consumato”* (12).

Venendo ora al reato di cui all'art. 624 c.p., da un esame meramente statistico delle sentenze in materia di furto, su 22 provvedimenti in relazione ai quali era noto il valore della *res*, si può notare come sia stata fatta applicazione della particolare tenuità in relazione a casi in cui il valore medio del bene era di 52, 91 euro circa. Ciò nonostante possono evidenziarsi casi in cui si è superato, anche di molto, tale importo.

Ad esempio nel caso sub 13) i beni oggetto di furto avevano un valore pari a 474,30 circa, tuttavia il giudice di merito ha osservato che *“trattasi di fatto occasionale, non risultano precedenti specifici in tal senso e non risulta arrecata offesa particolare (la merce è stata restituita) e comunque non vi è costituzione di parte civile da parte della persona offesa...l'occasionalità e la contingenza della condotta e sue modalità in rapporto all'intero contesto consentono di ritenere che sussistano gli estremi di legge e ciò anche considerando l'esiguità del danno e la particolare tenuità dell'offesa arrecata cui si è fatto cenno”*. Infatti, se nella valutazione della sussistenza della circostanza aggravante di cui all'art. 62 n. 4) assume valore centrale, seppur non esclusivo (13), l'entità del danno o del pericolo, per contro certamente più complessa è la valutazione della particolare tenuità dell'offesa (14) (terzo presupposto per l'applicazione del 131-bis c.p. assieme a esistenza del reato, limite di pena e non abitudine del comportamento (15). L'occasione è proficua per esaminare tale requisito.

I due *indici-requisiti* della particolare tenuità dell'offesa sono: la modalità della condotta; l'esiguità del danno o del pericolo, da valutarsi secondo i parametri fissati dal solo art. 133 comma 1 c.p., intesi complessivamente.

Quanto alle modalità della condotta il giudice valuta *in positivo*, verificandone l'entità, i soli elementi di cui all'art. 133 comma 1 c.p., compresi dunque l'intensità del dolo e il grado della colpa. Infatti se il legislatore avesse voluto escluderli dalla valutazione lo avrebbe fatto espressamente, così come espressamente ha escluso dalla valutazione l'art. 133 comma 2 c.p. (16-17). Il giudice valuta *in negativo*, accertando che non esistano in fatto, alcune aggravanti elencate al secondo comma dell'articolo in questione. Quanto a queste ultime si è sottolineato come tale elencazione si risolva in un'inutile precisazione in quanto si tratta di fattispecie che, *“fotografando situazioni che in realtà quasi mai potrebbero dare luogo a offese di particolare tenuità, ben avrebbero potuto essere omesse”* (18). Il mancato richiamo della norma all'articolo 133 comma 2 c.p. fa escludere che il giudice possa tenere conto della condotta contemporanea o susseguente al reato prevista proprio al n. 3) del menzionato articolo, con la conseguenza, piuttosto irragionevole, della non rilevanza di eventuali condotte riparatorie, restitutorie, risarcitorie e ripristinatorie.

Si ritiene che il giudice possa, comunque, recuperare anche detto criterio avendo riguardo all'entità dell'offesa concretamente patita dalla vittima. Ciò, a ben vedere, è proprio quanto è stato fatto dal giudice di merito nella sentenza sub. 13) (19).

Resta da esaminare il requisito dell'esiguità del danno o del pericolo. In relazione a questo il giudice deve verificare

positivamente i criteri previsti dall'art. 133 comma 1 c.p. che, esclusi quelli già valutati per la "modalità della condotta", sono in concreto quelli previsti dal n. 2) ovvero sia la "gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa".

Il profilo più problematico, di cui si è già anticipata la soluzione, concerne la possibilità di tenere in considerazione, nel giudizio di particolare tenuità, condotte risarcitorie o riparatorie successive al fatto reato. Per quanto concerne invece la valutazione della gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa, si può certamente richiamare la consolidata giurisprudenza in materia di danno lieve (20).

3. Applicazione dell'art. 13-bis c.p. e compatibilità con la disciplina della continuazione.

Sentenze:

1) 1552/15: reati p. e p. artt. 81 comma 2, 572 c.p.; artt. 81 comma 2 e 570 commi 1 e 2 n. 2 c.p. - "(...) trattandosi in concreto dell'omessa corresponsione di un paio di mensilità e tenuto conto dell'incensuratezza che consente di ritenere il comportamento illecito non abituale" entrambe le parti chiedevano non doversi procedere per intervenuta prescrizione del reato in relazione agli artt. 81 comma 2 e 572 c.p.; assoluzione ai sensi dell'art. 131 bis per i reati di cui agli artt. 81 comma 2 e 570 commi 1 e 2 n. 2 c.p. (Fattispecie in tema di maltrattamenti in famiglia perpetratesi per molti anni e di violazione degli obblighi di assistenza familiare).

2) 1479/15: reati p. e p. artt. 81 comma 2, 337 c.p., 339 in relazione all'art 585 comma 2, 635 comma 2 n. 3) c.p.; art. 341 bis c.p. - "(...) Nel caso visto, considerando in particolare la non memoria delle frasi rivolte e del loro contenuto minaccioso appare debba dirsi si configurino sia un'offesa di particolare tenuità sia un danno di minima entità arrecati. Trattasi poi di fatto occasionale del cui genere, peraltro non risultano precedenti specifici. La normativa invocata appare perciò possa essere applicata: come detto il comportamento non è abituale, inoltre la pena comminata per i fatto-reati contestatigli è nei limiti della nuova normativa, l'occasionalità-contingenza della condotta e sue modalità in rapporto all'intero contesto consentono di ritenere sussistano tutti gli estremi di legge e ciò anche considerando l'esiguità del danno e la particolare tenuità dell'offesa arrecata di cui sopra si è fatto cenno." - entrambe le parti concludevano chiedendo l'assoluzione per la particolare tenuità del fatto (Fattispecie in cui un detenuto, per ottenere un nuovo televisore, rompeva uno sgabello contro il cancello della cella e, a seguito dell'intervento degli agenti, intervenuti per riportarlo alla calma, prima compiva gesti autolesionistici, poi estraeva una lametta e rivolgendola verso uno degli agenti lo insultava e minacciava).

3) 1316/15: reati p. e p. artt. 81 comma 2, 614 c.p.; artt. 81 comma 2, 635 comma 2 n. 3, 61 n. 2 c.p.; 81 comma 2, 4 L. 110/75, 61 n. 2 c.p. - "(...) va poi detto che a carico dell'imputata non risultano precedenti specifici e che dalla documentazione prodotta dalla difesa l'episodio risulti non solo come modesto, ma assolutamente eccezionale nel curriculum di una studentessa liceale" - entrambe le parti concludevano chiedendo non doversi procedere ex art 131-bis c.p. (Fattispecie in cui l'imputata, dopo aver danneggiato il finestrino di un camper, si introduceva nello stesso, portando con sé un coltellino svizzero).

4) 1315/15: reati p. e p. artt 81 comma 2, 337, 582, 585, 576 comma 1 n. 5 bis, 660 cp - "(...) trattasi di fatto occasionale: il soggetto è incensurato e non risulta arrecata offesa particolare" - entrambe le parti concludevano chiedendo l'assoluzione per la particolare tenuità del fatto (Fattispecie in tema di resistenza e lesioni a pubblico ufficiale).

5) 1226/15: reato p. e p. artt. 81 comma 2, 56 e 610 c.p. - "(...)

che non è comparsa la persona offesa, seppur regolarmente citata, che l'imputato risulta incensurato, che vi sono pertanto le condizioni per una pronuncia di assoluzione nei confronti dell'imputato per particolare tenuità del fatto." - entrambe le parti concludevano chiedendo assoluzione per particolare tenuità del fatto (Fattispecie in cui l'imputato dapprima afferrava violentemente per le braccia la persona offesa e, poi, si parava davanti alla macchina della stessa mentre cercava di fuggire).
6) 1007/15: reato p. e p. artt. 81 comma 2, 582, 585 c.p.; art 4 l. 110/75 - "(...) certamente non belli, i fatti consentono, tuttavia, quanto congiuntamente invocato dalle parti specie considerando l'intervenuta remissione di querela da parte della po che rileva ai fini dell'entità dell'offesa e/o comunque sulla percezione della stessa da parte della po...trattasi, poi, di fatto occasionale, non risultando precedenti specifici in tal senso da parte dei soggetti che occupano" entrambe le parti chiedevano non doversi procedere per particolare tenuità del fatto in relazione alle lesioni; non doversi procedere per prescrizione in relazione al secondo dei reati contestati (Fattispecie in cui gli imputati spruzzavano alla p.o. uno spray urticante negli occhi e l'atteggiavano con plurime coltellate cagionandole, tuttavia, lesioni giudicate guaribili in dieci giorni).

7) 1005/15: reati p. e p. artt. 81 comma 2, 594, 612, 582 e 585 c.p. - "(...) certamente non belli, i fatti consentono, tuttavia, quanto congiuntamente invocato dalle parti specie considerando l'intervenuta remissione di querela da parte della po che rileva ai fini dell'entità dell'offesa e/o comunque sulla percezione della stessa da parte della po...trattasi, poi, di fatto occasionale, non risultando precedenti specifici in tal senso da parte dei soggetti che occupano e comunque non vi è mai stata costituzione di parte civile da parte della p.o." - entrambe le parti concludevano chiedendo non doversi procedere per particolare tenuità del fatto (Fattispecie in cui l'imputato colpiva con una spranga di ferro la persona offesa, cagionandole lesioni giudicate guaribili in 25 giorni, la minacciava di morte e ne offendeva l'onore e il decoro).

8) 1147/15: reati p. e p. artt. 81 comma 2, 341-bis, 651 c.p. - entrambe le parti concludevano chiedendo non doversi procedere per particolare tenuità del fatto (Fattispecie in cui l'imputato, fermato dai pubblici ufficiali per un'infrazione del Cds, rifiutava di dare le proprie generalità e insultava, sulla pubblica via e alla presenza di più persone, l'onore e il decoro degli stessi.).

9) 1318/15: reati p. e p. artt. 81 comma 2, 337, 651, 341 bis c.p. - entrambe le parti concludevano chiedendo non doversi procedere per particolare tenuità del fatto (Fattispecie in cui gli imputati compivano violenza consistita nell'afferrare il braccio destro del p.u. per impedirle di annotare la targa del veicolo, ne offendevano l'onore e rifiutavano di dare le proprie generalità).

10) 256/15: reati p. e p. artt. 81 comma 2, 2 D.L. n. 463183 convertito in Legge n. 638183 e.

successive modifiche - "(...)In considerazione tuttavia dell'assoluta lieve entità del fatto, che resta al di sotto della soglia dei dieci mila euro prevista in sede di delega al governo con legge n. 67 del 2014 perché sia possibile la trasformazione in illecito amministrativo della odierna fattispecie, ritiene il Giudice che il fatto, in concreto, manchi della necessaria e imprescindibile offensività che dovrebbe essere intrinseca a qualunque condotta penalmente rilevante perché essa sia altresì punibile e debba pertanto considerarsi di particolare tenuità. La "necessaria" offensività del reato non coincide con la mera aderenza del fatto alla norma, apparendo essenziale che la condotta sia effettivamente lesiva del bene giuridico protetto dalla norma, cosa che nel caso di specie, a causa della esiguità della somma non versata per un periodo di tempo limitato (sette mesi), non si ravvisa di talché la condotta appare inoffensiva e connotata di particolare tenuità,

conseguentemente l'imputata deve essere prosciolta dall'accusa mossale per sopravvenuta causa di non punibilità prevista dalla legge" - entrambe le parti concludevano chiedendo non luogo a procedere per particolare tenuità del fatto (Fattispecie in cui l'imputata nella sua qualità di legale rappresentante della ditta XXX, in tempi diversi e con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, ometteva di versare all'INPS le ritenute previdenziali ed assistenziali obbligatorie per Legge relative ai lavoratori dipendenti per il periodo relativo ai mesi di giugno, luglio, agosto, settembre, ottobre, dicembre 2009 e gennaio 2010, per un ammontare pari ad € 893,00.).

3.1. Commento.

Un esame della compatibilità della particolare continuità del fatto con l'istituto della continuazione presuppone di analizzare, più in generale, la seconda condizione necessaria perché sia applicabile l'art. 131-bis c.p.

Si fa riferimento al requisito, di tipo "soggettivo" (21), previsto dal primo comma e precisato dal terzo comma della norma in esame il quale stabilisce: "Il comportamento è abituale nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate."

Quanto al concetto di "non abitualità" si è evidenziato come spetti all'interprete fornire un'adeguata interpretazione. Sembra tuttavia esserci concordanza tra dottrina (22) nell'affermare che la presenza di un solo precedente giudiziario non sia ostativa al riconoscimento della particolare tenuità del fatto. Tale interpretazione risulta corroborata dall'utilizzo del termine "abitualità" e non "occasionalità" con il quale il legislatore ha inteso adottare un criterio più ampio (23) rispetto a quello utilizzato per l'esclusione della procedibilità per i casi di particolare tenuità del fatto innanzi al giudice di pace di cui art 34 D.Lgs 274/2000 (24), nonché per l'irrelevanza del fatto nel processo penale minorile, di cui all'art 27 D.p.r. 448/1988 (25).

Quanto al caso in cui l'autore sia dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza non si pongono particolari problemi interpretativi, al più è il caso di sottolineare come la dottrina abbia, in alcuni casi, criticato l'incursione di criteri di tipo soggettivo, evidentemente ispirati a esigenze general-preventive, in un istituto che ha il suo baricentro nella tenuità dell'offesa al bene giuridico protetto.

Si è infatti sottolineato come la tenuità del fatto debba attenersi al disvalore del singolo fatto, non potendo legarsi alla pericolosità sociale del soggetto (26). *De jure condendo* non è mancato chi, aderendo alla precedente affermazione, ha ritenuto di assegnare diverso peso, nel giudizio sulla applicabilità dell'art. 131-bis c.p., ai requisiti di tipo oggettivo e soggettivo, riconoscendo la centralità dei primi rispetto ai secondi (27).

Occorre ora soffermarci sulla nozione di reati della stessa indole. Il significato di tale espressione, rilevante anche ai fini della qualificazione della natura specifica della recidiva (art. 99 comma 2 n. 1 c.p.), è contenuta nell'art. 101 c.p che definisce come tali: i reati che violano una stessa disposizione di legge (reati "omogenei"); i reati che, pur essendo previsti da diverse disposizioni del codice penale o delle leggi penali speciali, presentano caratteri fondamentali comuni per la natura dei fatti che li costituiscono o dei motivi che li hanno determinati. In merito non è mancato chi, criticando l'utilizzo di criteri

di valutazione legati a istanze di pericolosità sociale, ha interpretato il requisito in esame limitandone l'ambito d'applicazione alle sole ipotesi in cui più reati sono oggetto del procedimento in corso. Non sarebbero invece da considerarsi ostativi precedenti giudiziari o dichiarazioni di recidiva (28). Tale interpretazione sembra essere rimasta però minoritaria, essendo prevalente, per contro, l'indirizzo secondo cui tali elementi devono essere pacificamente presi in considerazione (29).

Resta da analizzare l'inciso forse più problematico, ossia il riferimento ai "Reati con condotte plurime, abituali e reiterate". In tal caso si è infatti discusso dell'applicabilità dell'istituto in esame a una pluralità di reati.

Quanto al reato permanente si può osservare come questo si connota per una condotta persistente tale da offendere il bene giuridico in modo continuativo sino alla sua cessazione. Si è infatti soliti sottolineare in dottrina come siano compatibili con tale reato unicamente beni suscettibili di "riesplorazione" una volta cessata l'offesa (30).

In questi casi si evidenzia come l'abitualità si differenzi nettamente dalla permanenza, la quale, quantomeno sotto tale profilo, non contrasta con la possibilità di applicare la particolare tenuità del fatto (31).

Alcuni problemi si pongono semmai ove si consideri come, fatta sempre salva una valutazione complessiva del fatto, il reato sia ostativo all'applicazione della causa di non punibilità proprio per la protrazione sia dell'offesa che dell'intenzione violativa del suo autore (32).

Questa dunque la tesi del giudice di merito, il quale ha ritenuto applicabile l'attenuante della particolare tenuità del fatto nella sentenza sub 1).

Problemi ancora maggiori si sono posti in relazione al reato continuato, il quale parrebbe rientrare tra le condotte plurime in quanto richiede più azioni od omissioni, violative di più disposizioni di legge, per le quali l'ordinamento mitiga la eccessiva severità dell'eventuale cumulo materiale delle pene applicabili allorché vi sia un identico disegno criminoso. Sull'argomento è bene rilevare come si sia verificata una frattura sia tra la dottrina, che tra giurisprudenza di merito e di legittimità.

La dottrina contraria alla possibilità di applicare l'art. 131-bis al reato continuato sottolinea che la continuazione sarebbe "indicativa di pluralità di condotte" e, pertanto, non compatibile con l'applicazione della norma in esame (33). Dello stesso avviso è la Corte di Cassazione nelle uniche due sentenze rinvenibili sul punto. In particolare, nonostante in un primo momento la Suprema Corte aderisca a quella dottrina che ha riservato alla "non abitualità" un ambito applicativo maggiore rispetto all'"occasionalità", subito dopo osserva come "non vi è nel testo alcun indizio che consenta di ritenere, considerati i termini utilizzati, che l'indicazione di abitualità presupponga un pregresso accertamento in sede giudiziaria, ed anzi, sembra proprio che possa pervenirsi alla soluzione diametralmente opposta, con la conseguenza che possono essere oggetto di valutazione anche condotte prese in considerazione nell'ambito del medesimo procedimento". Da tali premesse il giudice di nomofilachia arriva a concludere che lo sbarramento dell'abitualità operi anche per i reati avvinti dal vincolo della continuazione (nello specifico si trattava di due violazioni di sigilli commesse in tempi diversi) (34).

Non si discostano di molto le considerazioni della seconda pronuncia che anzi riprende l'impostazione della prima affermando: "Va richiamato, a tale proposito, quanto recentemente affermato (Sez. 3, n. 29897 del 28/5/2015, Gau, non ancora

massimata) e, cioè che la particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-bis cod. pen. non può essere ritenuta in presenza di reato continuato, rientrando tale ipotesi nei casi di «condotta abituale» individuata ai sensi dei commi 1 e 3 del predetto art. 131-bis» (35). Ciò detto occorre verificare le argomentazioni in base alle quali la restante dottrina e la giurisprudenza di merito giungono all'opposta soluzione dell'applicabilità della causa di esclusione della punibilità in esame anche al reato continuato.

In generale parte della dottrina sembra criticare la posizione assunta dalla Cassazione nella sua assolutezza evidenziando come non possa escludersi *sic et simpliciter* qualsiasi «forma» di continuazione (36). In particolare si ritiene applicabile la norma in esame anche al reato continuato qualora la perpetrazione degli illeciti occupi un ristretto intervallo cronologico e consista in due episodi (37).

In altri casi si è invece ribadito come l'utilizzo del termine «abitualità» e non «occasionalità» sia meno restrittivo, sotto il profilo dell'abitualità, rispetto a quello utilizzato per l'esclusione della procedibilità per i casi di particolare tenuità del fatto innanzi al giudice di pace, nonché per l'irrilevanza del fatto nel processo penale minorile. Ritenere, come ha fatto la Cassazione, «che il reato continuato escluda, di per sé solo, la non abitualità del comportamento si pone in contrasto con l'impossibilità di escludere l'applicabilità della causa di non punibilità sulla base di un solo precedente. In tal modo si restringe il concetto di abitualità tanto da farlo coincidere con quello dell'occasionalità.» (38).

La prima giurisprudenza di merito, chiamata a confrontarsi con la questione, ha ritenuto che l'ipotesi di cui all'art 131-bis, terzo comma lett. b), altro non sia che una specificazione della lettera a) che consente all'interprete di escludere, per mezzo dell'art. 101 c.p., dall'applicazione dell'art. 131-bis, anche in assenza della dichiarazione di abitualità, professionalità o tendenza, tutti i comportamenti «espressivi di una certa dedizione al crimine». Quanto alla lettera c) del terzo comma essa farebbe riferimento a reati che strutturalmente richiedono che l'agente ponga in essere condotte reiterate nel tempo.

Pertanto la continuazione non sarebbe di per sé ostativa all'applicazione della particolare tenuità del fatto, ma sarebbe rimesso al giudice valutare, caso per caso, quando il reato continuato risulti espressivo di una condotta abituale nel senso specificato (39).

In senso conforme, in altra pronuncia di merito, si è sottolineato come il reato continuato debba essere ricompreso nella lettera c) dell'art. 131-bis, terzo comma e non nella lettera b). I giudici milanesi motivano la loro scelta in base a un triplice ordine di considerazioni.

In primis la scelta di non ripetere l'inciso - presente nella lettera b) - «anche se ciascun fatto isolatamente considerato sia di lieve entità» sarebbe indicativa del maggior disvalore che si è inteso attribuire a tale ipotesi rispetto a quella contemplata dalla lettera c). Si legge infatti nella motivazione: «ben diverso è il disvalore insito nella commissione di più reati della stessa indole in contesti spazio-temporali lontani, rispetto alla commissione degli stessi reati nello stesso contesto o nello stesso istante».

In secondo luogo, la menzione della reiterazione nella lettera c) sarebbe superflua ove si ritenesse riconducibile la continuazione alla lettera b). Infatti la reiterazione dello stesso reato in continuazione rientrerebbe già nell'ipotesi «dei più reati della stessa indole» rendendo, di fatto, inutile il riferimento alle condotte plurime, abituali e reiterate di cui alla lettera c) (40). Infine si sottolinea come, trattandosi di eccezioni all'applicazione di un istituto a favore dell'imputato, si imponga un'interpretazione restrittiva delle stesse (41).

Tali argomentazioni paiono suffragate dal fatto che anche la dottrina contraria all'applicazione dell'art 131-bis c.p. al reato continuato giustifichi tale esclusione in quanto i reati commessi con vincolo di continuazione sono indicativi di «pluralità di condotte» (42) richiamando così espressamente l'espressione di cui alla lettera c) dell'art. 131-bis, comma terzo. Sul punto occorre concludere osservando come ricondurre il reato continuato all'ipotesi dell'inciso «ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità» comporterebbe, automaticamente, l'impossibilità di applicare la particolare tenuità. Si è infatti sottolineato come nel reato continuato sia pressoché sempre ravvisabile la sussistenza di reati della stessa indole, secondo la definizione propria dell'art. 101 c.p. (43). Fin qui si sono esposti gli sforzi ermeneutici di dottrina e giurisprudenza sull'interpretazione dell'art. 131-bis c.p.; tuttavia, per risolvere la questione della compatibilità dell'istituto in esame con la continuazione, pare opportuno prender in considerazione le osservazioni di chi ha maggiormente centrato la propria attenzione sul reato continuato, analizzandone la natura e verificando come la giurisprudenza abbia risolto le ipotesi in cui tale istituto interagisce con altri istituti parimenti ispirati al *favor rei*.

Quanto alla natura giuridica del reato continuato si è posto in luce in dottrina come, nonostante la soppressione con la riforma del 1974 dell'inciso che considerava le diverse violazioni unite dal vincolo della continuazione «come un solo reato», sia da ritenersi prevalente la tesi che, in base alla *ratio* dell'istituto (di favore nei confronti del reo, giustificato dalla minore riprovevolezza complessiva), considera il reato continuato come reato unico o come pluralità di reati, in funzione del carattere più o meno favorevole degli effetti che l'adozione di una o dell'altra prospettiva produce nei confronti del reo (44).

Nello stesso senso si sono infatti autorevolmente espresse le Sezioni Unite della Cassazione che hanno ritenuto definitivamente superata la concezione dell'unitarietà del reato continuato, che può sussistere solamente ove vi sia un'apposita disposizione normativa in tal senso o qualora la soluzione unitaria garantisca al reo un trattamento più favorevole (45). A titolo meramente esemplificativo può osservarsi che: il reato continuato viene considerato reato unico ai fini della sospensione condizionale della pena (46); deve essere considerato reato unico ai fini dell'abitualità e professionalità nonché *quoad poenam* (47); deve considerarsi pluralità di reati rispetto alle pene accessorie (48), alle cause che escludono o estinguono il reato o che rendono improponibile o improseguibile l'azione penale (49), del computo della durata del tempo necessario a prescrivere (50) ecc.

Ebbene, sulla base delle considerazioni sopra esposte, parte della dottrina ha tentato di fornire una soluzione alternativa rispetto a quella della Suprema Corte. Infatti, in omaggio al più volte citato principio del *favor rei*, si è sostenuto come, ai fini dell'art. 131-bis, debba ritenersi venir meno la *fictio iuris* dell'unicità del reato, dovendosi per contro valutare la particolare tenuità in relazione a ciascuno degli illeciti avvinati dalla continuazione ed evitando in tal modo lo sbarramento della pluralità di condotte illecite che caratterizzano il reato continuato (51). Bisogna tuttavia evidenziare che tale soluzione interpretativa è stata giudicata, da alcuni, «poco convincente» in quanto la norma farebbe riferimento alla condotta, considerata nella sua globalità, ed intesa, quanto al disvalore, nella sua unitarietà (52).

Sull'argomento, infine, si è osservato come non siano equiparabili ipotesi di continuazione occasionate da un

unico fatto sottostante e limitate a un ristretto arco temporale, rispetto a ipotesi di continuazione che si protraggano per un considerevole lasso di tempo e che, da un punto di vista naturalistico, traggano origine da una pluralità di fatti (53). Venendo al concorso formale di reati, poiché la norma fa riferimento a *“reati con condotte plurime”*, si ritiene che il concorso formale non vi rientri, in quanto l'imputato pone in essere una sola condotta in evidente antitesi con l'elemento dell'abitudine (54).

Resta infine da spendere qualche parola in relazione ai reati abituali. In merito, parte della dottrina si è espressa in senso possibilista, evidenziando come il testo della norma parli di abitudine del comportamento e non del reato, sicché, nonostante la stratificazione di condotte ripetute nel tempo paia difficilmente conciliabile con un'offesa tenue, non sarebbe aprioristicamente esclusa un'applicazione della norma in esame al reato abituale (55).

In una posizione intermedia si sono posti quanti hanno ritenuto di operare una distinzione tra reati eventualmente abituali, in cui la reiterazione non è necessaria potendo il reato perfezionarsi con una sola condotta, e necessariamente abituali, per i quali si richiede la reiterazione di più condotte della stessa specie, ritenendo applicabile l'art. 131-bis c.p. nella sola ipotesi di reati eventualmente abituali, realizzatesi in concreto con un solo episodio criminoso (56).

Infine, altra parte della dottrina si è posta in senso diametralmente opposto rispetto al primo indirizzo citato, ritenendo in contrasto il requisito della non abitudine con la categoria dei reati abituali (57).

In merito la Cassazione ha osservato che se un ostacolo a rispondere positivamente al quesito è costituito dalla *“struttura del reato abituale in quanto tale”*, presupponendo lo stesso una reiterazione di condotte, tuttavia il testo dell'art. 131-bis c.p. non sembra indirizzare con immediatezza alla soluzione negativa (58).

4. Applicazione dell'art. 131-bis c.p. a casi di resistenza a pubblico ufficiale.

Sentenze:

1) 1647/15: reati p.e p. artt. 337, 651 c.p. - entrambe le parti concludevano chiedendo assoluzione per particolare tenuità del fatto (Fattispecie in cui l'imputato rifiutava di declinare le proprie generalità e stratonava con forza i pubblici ufficiali al fine di guadagnarsi la fuga).

2) 1592/15: reati p. e p. artt. 337, 660 c.p. - entrambe le parti concludevano chiedendo non doversi procedere per particolare tenuità del fatto (Fattispecie in cui l'imputato, dopo aver recato molestie all'interno di un bar, all'intervento dei pubblici ufficiali li minacciava e colpiva con calci).

3) 1340/15: reato p. e p. artt. 337 c.p. - *“(...) l'attività di servizio degli operanti era volta a contenere gesti di autolesionismo dell'imputato e le minacce e violenze da questo nei loro confronti poste in essere miravano a evitare che gli operanti lo distogliessero dal suo intento”* - il P.M. concludeva chiedendo condanna alla pena finale di mesi 4 di reclusione, la difesa concludeva chiedendo assoluzione per particolare tenuità del fatto (Fattispecie in cui l'imputato si opponeva ai pubblici ufficiali che cercavano di contenerlo).

4) 1285/15: reati p. e p. artt. 337 e art 4 L. 110/75 - entrambe le parti concludevano chiedendo assoluzione per particolare tenuità del fatto (Fattispecie in cui l'imputato usava violenza e minaccia non fermandosi a un posto di blocco e veniva trovato in possesso di due coltelli da cucina).

5) 1261/15: reato p. e p. artt. 337 c.p. - entrambe le parti concludevano chiedendo assoluzione per particolare tenuità del

fatto (Fattispecie in cui l'imputato sfuggiva a un controllo a bordo di un'autovettura costringendo il pubblico ufficiale che l'aveva fermata a spostarsi repentinamente per non essere investito).

6) 1014/15: reati p. e p. artt. 336, 337, 341-bis c.p. - entrambe le parti concludevano chiedendo non doversi procedere per particolare tenuità del fatto (Fattispecie in cui l'imputato minacciava alcuni agenti di polizia penitenziaria intervenuti per riportarlo alla calma, esercitava violenza fisica sugli stessi spintonandone uno e cercando di colpire con un pugno un altro e ne offendeva l'onore).

7) 1146/15: reato p. e p. artt. 337 c.p. - *“(...) va rilevato che il soggetto non ha precedenti specifici comunque ostativi, il fatto-reato che occupa è sanzionato con una pena contenuta nei limiti della normativa e la condotta, si badi tentata, che egli ha presuntivamente posto in essere, la cui ragione non è dato in questa fase conoscere, non ha cagionato danno/offesa di alcun genere ai PPUU”* - entrambe le parti concludevano chiedendo non doversi procedere per particolare tenuità del fatto (Fattispecie in cui l'imputato, ristretto in regime di AA DD presso la sua abitazione, chiudeva la porta di casa mentre i due pubblici ufficiali cercavano di entrare per verificare se costui rispettasse le prescrizioni degli AA DD).

8) 1209/15: reato p. e p. artt. 337 c.p. - il P.M. concludeva chiedendo condanna alla pena finale di mesi 4 di reclusione, la difesa concludeva chiedendo assoluzione per particolare tenuità del fatto (Fattispecie in cui l'imputato usava violenza nei confronti dei pubblici ufficiali che erano intervenuti per sedare un diverbio).

5. Porto d'armi od oggetti atti ad offendere e art. 131-bis c.p. Sentenze:

1) 1638/15: reato p. e p. art. 4.2 L. 110/75 - il PM chiedeva condanna a 2000 euro di ammenda, la difesa assoluzione per particolare tenuità del fatto - (Fattispecie in cui l'imputato portava fuori dalla sua abitazione, senza giustificato motivo, occultato in una tasca del giubbotto, un cacciavite a taglio di metallo).

2) 1381/15: reato p. e p. art. 4.2 L. 110/75 - entrambe le parti chiedevano assoluzione per particolare tenuità del fatto - (Fattispecie in cui l'imputato portava fuori dalla sua abitazione, senza giustificato motivo, un cutter).

3) 1358/15: reato p. e p. art. 4.2 L. 110/75 - entrambe le parti chiedevano non doversi procedere per particolare tenuità del fatto - (Fattispecie in cui l'imputato portava fuori dalla sua abitazione, senza giustificato motivo, un coltello a serramanico).

4) 1319/15: reato p. e p. art. 4.2 L. 110/75 - entrambe le parti chiedevano non doversi procedere per particolare tenuità del fatto - (Fattispecie in cui l'imputato veniva trovato in possesso, senza giustificato motivo, di due coltelli a serramanico).

5) 1311/15: reato p. e p. art. 4.2 L. 110/75 - entrambe le parti chiedevano non doversi procedere per particolare tenuità del fatto - (Fattispecie in cui l'imputato veniva trovato in possesso, senza giustificato motivo, di un coltello a serramanico).

6) 1340/15: reato p. e p. art. 4.2 e 3 L. 110/75 - *“(...) il precedente per lesioni di cui al penale in atti non è dato sapere come e in che contesto si sia occasionato, di talché non può essere ritenuto ostativo. Di fatto quanto contestato va ritenuto, quindi, reato occasionale ed episodico che non ha cagionato danno o offesa ed il cui pericolo appare contenuto”* - la difesa chiedeva non doversi procedere per particolare tenuità del fatto, il PM si opponeva rilevando la sussistenza di un precedente per lesioni - (Fattispecie in cui l'imputato veniva trovato in possesso, senza giustificato motivo, di un coltello a serramanico).

6. Circolazione senza patente e art. 131-bis c.p.**Sentenze:**

- 1) 1094/15: reati p. e p. artt. 477- 482 c.p., art. 116.15 e 17 DLvo 285/91 – “(...) il comportamento tenuto non è abituale, inoltre la pena comminata per i fatti-reato contestategli è nei limiti della nuova normativa, l’occasionalità- contingenza della condotta e le sue modalità in rapporto all’intero contesto consentono di ritenere sussistano tutti gli estremi di legge e ciò anche considerando l’esiguità del danno e la particolare tenuità dell’offesa-pericolo arrecati di cui sopra si è fatto cenno.” – Entrambe le parti chiedevano non doversi procedere per particolare tenuità del fatto – (Fattispecie in cui l’imputato falsificava la targa di un ciclomotore e circolava senza patente).
- 2) 1138/15: reato p. e p. art. 116.15 e 17 DLvo 285/91 – Entrambe le parti chiedevano non doversi procedere per particolare tenuità del fatto – (Fattispecie in cui l’imputato circolava senza patente).
- 3) 1141/15: reato p. e p. art. 116.15 e 17 DLvo 285/91 – Entrambe le parti chiedevano non doversi procedere per particolare tenuità del fatto – (Fattispecie in cui l’imputato circolava senza patente).
- 4) 1142/15: reato p. e p. art. 116.15 e 17 DLvo 285/91 – Entrambe le parti chiedevano non doversi procedere per particolare tenuità del fatto – (Fattispecie in cui l’imputato circolava senza patente).
- 5) 1143/15: reato p. e p. art. 116.15 e 17 DLvo 285/91 – Entrambe le parti chiedevano non doversi procedere per particolare tenuità del fatto – (Fattispecie in cui l’imputato circolava senza patente).
- 6) 1144/15: reato p. e p. art. 116.15 e 17 DLvo 285/91 – Entrambe le parti chiedevano non doversi procedere per particolare tenuità del fatto – (Fattispecie in cui l’imputato circolava senza patente).

7. Danneggiamento e art. 131-bis c.p.**Sentenze:**

- 1) 1487/15: reato p. e p. art.635 comma 2 e 3 c.p.– Entrambe le parti chiedevano assoluzione per particolare tenuità del fatto – (Fattispecie in cui l’imputato veniva colto ad imbrattare il muro adiacente il binario tronco della stazione di Ventimiglia con 7 bombolette spray).
- 2) 1169/15: reato p. e p. art.635 comma 2 in relazione all’art 625 n 7 c.p.– “(...) ricorre nel caso di specie la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto prevista dall’art 131-bis c.p. rientrando la fattispecie dell’art 635 cpv c.p. nei limiti edittali previsti, considerato l’intervenuto risarcimento del danno in favore della parte offesa che rilasciava dichiarazione liberatoria con cui s’impegnava a ritirare la querela”. Entrambe le parti chiedevano assoluzione per particolare tenuità del fatto – (Fattispecie in cui l’imputato prendeva a calci e a sassate un’autovettura parcheggiata sulla pubblica via).
- 3) 1184/15: reati p. e p. art.635 comma 2 n. 3) in relazione all’art. 625. 1 n. 7 c.p., art 495 c.p.– Entrambe le parti chiedevano non doversi procedere per particolare tenuità del fatto in relazione al capo A) – (Fattispecie in cui l’imputato strappava con violenza un ombrellone e forniva false informazioni circa le proprie generalità agli ufficiali di P.G.).

8. Truffa e art. 131-bis.**Sentenze:**

- 1) 1472/15: reato p. e p. art. 640 c.p.– “(...) è contestata all’imputato una truffa assicurativa per un import di 290 euro (...). Questi i fatti, appare corretto quanto rappresentato dalle parti in particolare in punto di offesa di particolare tenuità e di danno di

minima entità arrecati. Trattasi poi di fatto occasionale, non risultando precedenti specifici in tal senso, non risulta, come visto, arrecata offesa particolare e comunque, non vi è stata costituzione di parte civile da parte della persona offesa.” Entrambe le parti chiedevano non doversi procedere per particolare tenuità del fatto – (Fattispecie in cui l’imputato, al momento della stipula di un contratto RC auto presentava assegno privo di copertura e comunque non incassabile per firma difforme così da indurre in errore l’agente assicurativo che stipulava il contratto).

- 2) 1071/15: reato p. e p. art. 640 c.p.– Entrambe le parti chiedevano non doversi procedere per particolare tenuità del fatto – (Fattispecie in cui l’imputato pubblicava sul sito XXX un annuncio non veritiero di vendita di un cellulare Samsung Galaxy S3 così da indurre in errore la p.o. che pagava la somma di euro 150 senza tuttavia ricevere l’oggetto).

- 3) 1100/15: reato p. e p. art. 640 c.p.– Entrambe le parti chiedevano non doversi procedere per particolare tenuità del fatto – (Fattispecie in cui l’imputato pubblicava sul sito XXX un annuncio non veritiero di vendita di un cellulare Samsung S3 così da indurre in errore la p.o. che pagava la somma di euro 200 senza tuttavia ricevere l’oggetto).

9. Lesioni e art. 131-bis c.p.**Sentenze:**

- 1) 1491/15: reato p. e p. art. 582 e 585 c.p.– “(...)l’art. 131-bis, comma terzo, precisa che l’abitudine del comportamento di cui si fa menzione al comma 1, si rinvia nelle ipotesi in cui l’autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza, ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità. Nonché le ipotesi in cui i reati abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali o reiterate.

Quanto al primo di tali elementi non si porrebbero problemi all’applicazione della norma de qua, in quanto l’imputato non solo non ha mai commesso alcun reato della stessa indole, ma non ha alcun precedente penale.

Occorre pertanto analizzare la tenuità dell’offesa, la quale a sua volta impone di valutare due ulteriori elementi: le modalità della condotta e l’esiguità del danno e del pericolo.

Quanto alle modalità della condotta, il fatto che la norma in esame faccia riferimento esclusivamente all’art. 133 c.p. primo comma implica che non potranno esser presi in considerazione gli altri indici, di cui al secondo comma, che tradizionalmente orientano il giudice nella commisurazione della pena. In relazione a ciò è da notarsi che nel caso in esame ricorre un’ipotesi di dolo intenzionale, tuttavia, nel giudizio di applicabilità dell’art. 131 bis c.p., assume uguale importanza l’esiguità del danno e del pericolo cagionato. In relazione a ciò dovrà tenersi conto sia “dell’espressione “esiguità” che esprime, con chiarezza, la volontà di delimitare e circoscrivere il danno e il pericolo determinato in misura limitata o modesta, sia degli effetti “oggettivamente” verificatisi sulla persona offesa, valutate anche le condizioni della stessa”.

Ebbene nel caso in esame appare evidente sia l’esiguità del pericolo, per la natura dello strumento offensivo utilizzato, sia gli effetti lesivi relativamente modesti prodotti dalla condotta stessa.” -Entrambe le parti chiedevano assoluzione per particolare tenuità del fatto – (Fattispecie in cui l’imputato colpiva la p.o., sulla spalla sinistra e sulle gambe con un bastone cagionando ematomi ed escoriazioni giudicate guaribili in dieci giorni).

- 2) 1132/15: reato p. e p. art. 582 c.p.– “Questi i fatti appare corretto quanto rappresentato dalle parti in particolare in punto a offesa di particolare tenuità e di danno di minima entità arrecati considerando che trattasi di mere escoriazioni ed ematomi ed inoltre

di fatti per i quali la stessa po, sentita da operanti del Commto di Ventimiglia, dichiarava che non intendeva sporgere querela e di non temere per la propria incolumità. Trattasi di fatto occasionale, non risultano precedenti specifici in tal senso e non risultando arrecata offesa particolare o comunque costituzione di parte civile da parte delle ppoo” - Entrambe le parti chiedevano non doversi procedere per particolare tenuità del fatto - (Fattispecie in cui l'imputato colpiva la p.o. cagionandole lesioni giudicate guaribili in 25 giorni).

9.1. Commento.

In merito non può che rinviarsi al commento di cui al paragrafo 1, in cui si è presa in considerazione la tenuità dell'offesa. Vale solo la pena di segnalare una prima tendenza della giurisprudenza di legittimità a limitare molto l'applicazione dell'istituto in esame a casi di lesioni lievi o addirittura solamente lievissime (59). Si può ipotizzare come, articolandosi la valutazione della particolare tenuità nei due indici della modalità della condotta e dell'esiguità del danno e del pericolo, il giudice avrà buon gioco nell'applicare la clausola di esclusione della punibilità anche in presenza di eventi lesivi non lievissimi, purché non ricorra un dolo particolarmente intenso o una colpa grave.

10. Minacce e art 131-bis c.p.

Sentenze:

1) 1378/15: reato p. e p. artt. 110, 659, 612 comma 2 c.p.- Entrambe le parti chiedevano non doversi procedere per particolare tenuità del fatto - (Fattispecie in gli imputati minacciavano la p.o. e ne disturbavano il riposo organizzando feste ed incontri nella propria abitazione).

2) 1357/15: reato p. e p. artt. 610, 81 comma 2, 612 comma 2, 594, c.p.- Entrambe le parti chiedevano non doversi procedere per particolare tenuità del fatto - (Fattispecie in l'imputato, dopo aver bloccato la porta dell'abitazione della p.o. con la gamba, la minacciava e ne offendeva l'onore).

3) 1312/15: reato p. e p. art. 612 comma 1 e 2 c.p.- “*Questi i fatti appare corretto quanto rappresentato dalle parti in particolare in punto a offesa di particolare tenuità e di danno di minima entità arrecati. Trattasi di fatto occasionale, non risultano precedenti specifici in tal senso e non risultando arrecata offesa particolare o comunque costituzione di parte civile da parte delle ppoo*” Entrambe le parti chiedevano non doversi procedere per particolare tenuità del fatto - (Fattispecie in l'imputato metteva le mani al collo della p.o. e la minacciava con un coltello da portata).

11. Interventi edilizi nelle zone sottoposte a vincolo storico, artistico, archeologico, paesistico, ambientale, in variazione essenziale, in totale difformità o in assenza del permesso e art 131-bis c.p.

Sentenze:

1) 1126/15: reato p. e p. artt. 110 c.p., art 44 lett. C) D.P.R. 380/2001; reato p. e p. artt. 110 c.p. e art 181.1 D.Lvo 42/04 - “(…) l'offesa arrecata (stante anche la rimessione in pristino dei luoghi), per la condotta serbata e per le modeste e temporanee conseguenze lesive della stessa, appare di particolare tenuità, l'incensuratezza degli imputati e le modalità di commissione del reato evidenziato evidenziano una non abitudine del comportamento delittuoso” - Entrambe le parti chiedevano non doversi procedere per particolare tenuità del fatto in relazione al reato p. e p. artt. 110 c.p., art 44 lett. C) D.P.R. 380/2001 - (Fattispecie in cui gli imputati eseguivano in zona sottoposta a vincolo paesaggistico ed in assenza di titolo abilitativo lavori

di manutenzione straordinaria consistenti in sostituzione del manto di copertura con cambio del tipo di materiale da “ciappe” a tegole del tipo portoghese con gronde in ardesia.). B) 1178/15: reato p. e p. artt. 81 comma 1 c.p., 44 lett. C) D.P.R. 380/2001, art 181.1 D.Lvo 42/04 - Entrambe le parti chiedevano non doversi procedere per particolare tenuità del fatto in relazione al reato p. e p. art 44 lett. C) D.P.R. 380/2001 - (Fattispecie in cui l'imputato eseguiva opere insistenti sul mappale n. 799 in assenza dei titoli abilitativi richiesti ed in assenza di titolo abilitativo lavori di manutenzione straordinaria consistenti in: installazione di struttura interamente chiusa sui suoi lati e copertura a forma di padiglione, in maniera da formare un volume comunicante con il locale commerciale denominato “bar flowers” formata da intelaiatura in metallo con copertura e tamponatura laterale in materiale plastico).

11.1. Commento.

Ci si limita a segnalare in materia, rimandando per ulteriori approfondimenti all'articolo indicato in nota, una recente pronuncia della Cassazione, la quale ha precisato come “*Ai fini della applicabilità dell'art. 131-bis cod. pen. nelle ipotesi di violazioni urbanistiche e paesaggistiche, la consistenza dell'intervento abusivo - data da tipologia, dimensioni e caratteristiche costruttive - costituisce solo uno dei parametri di valutazione, assumendo rilievo anche altri elementi quali, ad esempio, la destinazione dell'immobile, l'incidenza sul carico urbanistico, l'eventuale contrasto con gli strumenti urbanistici e l'impossibilità di sanatoria, il mancato rispetto di vincoli e la conseguente violazione di più disposizioni, l'eventuale collegamento dell'opera abusiva con interventi preesistenti, la totale assenza di titolo abilitativo o il grado di difformità dallo stesso, il rispetto o meno di provvedimenti autoritativi emessi dall'amministrazione competente, le modalità di esecuzione dell'intervento.*” (60).

12. Falsità materiale commessa da privato e art 131-bis c.p.

Sentenze:

1) 1554/15: reato p. e p. artt. 477- 482 c.p. - Entrambe le parti chiedevano assoluzione per particolare tenuità del fatto - (Fattispecie in cui l'imputato contraffaceva la carta di circolazione del proprio veicolo apponendovi un tagliando di revisione alterato).

2) 1440/15: reato p. e p. artt. 477- 482 c.p. - Entrambe le parti chiedevano non doversi procedere per particolare tenuità del fatto - (Fattispecie in cui l'imputato contraffaceva la carta di circolazione del proprio veicolo apponendovi un tagliando di revisione alterato).

3) 1554/15: reato p. e p. artt. 477- 482 c.p. - “(…) la necessaria offensività del reato non coincide con la mera aderenza del fatto alla norma apparendo essenziale che la condotta sia effettivamente lesiva del bene giuridico protetto dalla norma, cosa che nel caso di specie, a causa della modestia della contraffazione e dello scopo banale della stessa, non si ravvisa, di talché la condotta appare inoffensiva e connotata da particolare tenuità) - Entrambe le parti chiedevano non luogo a procedere per particolare tenuità del fatto - (Fattispecie in cui l'imputata contraffaceva un certificato emesso dall'USL n. 3 imperiese).

12.1. Commento.

La sentenza di cui sub 3), e in generale il reato di falsità materiale, offrono interessanti spunti per alcune considerazioni relativamente al principio di offensività, ai suoi fondamenti normativi e ai rapporti tra art 131-bis e 49.2 c.p.

Il principio di offensività, com'è noto, induce a ravvisare il fulcro del reato nell'aggressione di uno o più beni giuridici,

non è concepibile punire il reo sulla base di un mero comportamento materiale: *nullum crimen sine iniuria* (61). L'offesa al bene giuridico può consistere in un nocumento effettivo al bene protetto o nella sua messa in pericolo (62). La dottrina, si è sempre prodigata nel tentativo di trovare un referente normativo al principio in esame, ma non ha mai dubitato della sua esistenza, così come non lo ha fatto la Corte Costituzionale – sulla cui giurisprudenza si tornerà nel prosieguo – che ha sempre messo in evidenza come esso operi sia su un piano astratto, che in concreto. Un primo tentativo (63) di trovare un referente normativo al principio in esame ruota attorno all'art. 49, comma 2 c.p. il quale sancisce “*La punibilità è altresì esclusa quando, per la inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso.*”

In merito parte della dottrina ha sempre rifiutato l'idea che la norma in esame potesse costituire il fondamento del principio di offensività, ritenendo che si trattasse, piuttosto, di un doppione del tentativo (64). Tuttavia tale prima lettura è stata criticata con diverse argomentazioni.

In *primis* si è evidenziato come ciò determinerebbe un'interpretatio abrogans dell'art. 49 comma 2 c.p., inoltre il reato impossibile, se doppione negativo del tentativo, avrebbe dovuto trovare collocazione nell'art. 56 c.p.

In secondo luogo si ravvisa un'illogicità nel sottoporre a misura di sicurezza atti non idonei diretti a commettere una contravvenzione quando tali atti, se idonei, resterebbero impuniti stante la non applicabilità del tentativo alle contravvenzioni.

Infine, si è sottolineata la diversa terminologia utilizzata nell'art. 49 c.p., che si riferisce all'“*inidoneità dell'azione*”, rispetto all'art. 56 c.p. che parla di “*atti inidonei*”.

Tali obiezioni sono state mosse da coloro che, ritenendo di individuare nella norma in esame il fondamento del principio di offensività aderivano alla concezione realistica del reato (65). Nondimeno anche tale teoria è stata messa in discussione da chi (66), abbracciando la teoria della tipicità apparente, ha osservato che l'art. 49 comma 2 c.p. non fornisce informazioni sulla natura degli interessi tutelati, perciò per determinare quando vi sia la lesione o messa in pericolo del bene protetto è necessario rifarsi alle singole fattispecie incriminatrici. Inoltre la tesi cade in una contraddizione logica: se l'interesse tutelato deve essere dedotto dall'intera struttura della fattispecie, riesce difficile immaginare un fatto conforme ad essa e non lesivo del bene giuridico, sicché l'assenza di offesa è in realtà assenza del fatto tipico (67).

La differenza fondamentale tra le due teorie è stata individuata nel diverso ruolo svolto dal principio di offensività: la concezione realistica del reato riserva al principio di offensività una valenza strutturale, ritenendo che esso sia elemento costitutivo esterno del reato senza il quale viene meno il reato stesso; i fautori della teoria della tipicità apparente ritengono, invece, che l'offensività svolga esclusivamente un ruolo interpretativo del fatto di reato (68).

A partire dagli anni '70 ha iniziato ad affermarsi la tendenza a rinvenire, implicitamente, i referenti normativi del principio di offensività direttamente nella Costituzione. In particolare: gli artt. 25 secondo comma e 27 Cost. distinguono la pena dalla misura di sicurezza, distinzione che verrebbe disconosciuta dall'incriminazione di fatti di mera disubbidienza, trasformando la pena in una misura preventiva. Inoltre nell'art. 25 comma 2 la locuzione “*fatto*” esclude la mera disubbidienza; l'art 27 comma 3 Cost., in quanto solo fondando

l'incriminazione sul fatto offensivo sarebbe salvaguardata la duplice funzione retributiva-rieducativa della pena; l'art. 13 Cost. che tutela la libertà personale, sicché, l'irrogazione di una sanzione penale (spesso limitativa di quel bene) può essere emessa solo come reazione ad una condotta che offenda un bene di pari rango (69).

Maggiormente connotata da esigenze pragmatiche appare la giurisprudenza della Corte Costituzionale, in quanto, come si è fatto notare in dottrina (70), a essa non interessa l'adesione all'una piuttosto che all'altra delle teorie esposte. Ciò che veramente rileva è l'esigenza di garantire, in concreto, la necessaria offensività del reato.

La produzione giurisprudenziale del giudice delle leggi in materia di principio di offensività è copiosa e non può esser esaminata esaustivamente in questa sede (71). Per quanto qui interessa basti osservare che il principio fondamentale che viene più volte ribadito è quello secondo il quale il principio di offensività opera a due differenti livelli: in astratto, sul piano della previsione normativa, quale limite al legislatore nella formulazione di fattispecie penali che esprimano un contenuto lesivo o la messa in pericolo di un bene; in concreto, quale criterio interpretativo-applicativo affidato al giudice, il quale dovrà accertare che il fatto abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l'interesse tutelato.

Il problema che, da un punto di vista pratico, si poneva prima dell'introduzione dell'art. 131-bis c.p. era dunque quello di chiedersi se, anche a fronte di un'offesa scarsamente significativa, l'intervento penale fosse giustificato. Problema che poneva in imbarazzo la giurisprudenza di legittimità, ma soprattutto quella di merito, che spesso cercava di forzare il dettato dell'art. 49 comma 2 c.p., al fine di farvi entrare anche fatti di lieve esiguità offensiva (72), quando, all'opposto, a tale norma è possibile ricorrere solo qualora l'offesa sia del tutto assente per inidoneità dell'azione (73) o inesistenza dell'oggetto (74).

In tale complesso panorama si inserisce, per volontà del legislatore, l'art. 131-bis c.p.: “*Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale.*”

In sede di primi commenti, si è ritenuto che la novella recepisce: da un lato le argomentazioni di quella dottrina che sosteneva da tempo la gradualità del reato, ritenendo che l'offesa al bene giuridico non costituisca un elemento rigido che deve essere necessariamente presente o assente, ma che sia, al contrario, un'entità graduale;(75) dall'altro la giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di offensività in concreto, in quanto si assegna al giudice un ruolo centrale in relazione alla concreta valutazione del fatto e alla punibilità del reo alla luce dei principi di proporzione ed economia processuale che ispirano la riforma.

In altri casi si è invece osservato che, anche a seguito dell'introduzione della norma, inoffensività e particolare tenuità del fatto restano istituti ben distinti sul piano giuridico e concettuale (76). Infatti anche la Cassazione ha affermato che “*L'art. 131 bis cod. pen. ed il principio di inoffensività in concreto operano su piani distinti, presupponendo, il primo, un reato perfezionato in tutti i suoi elementi, compresa l'offensività, benché di consistenza talmente minima da ritenersi “irrelevante” ai fini della punibilità, ed attenendo, il secondo, al caso in cui l'offesa manchi del tutto, escludendo la tipicità normativa e la stessa sussistenza del reato*” (77). Inoltre si è posto in luce sia nella sentenza citata,

sia altrove (78) che comunque la clausola di particolare tenuità non è solamente incentrata sulla valutazione dell'entità dell'offesa arrecata al bene giuridico (profilo oggettivo), ma tiene altresì in considerazione la non abitudine del comportamento (profilo soggettivo), tradendo una sorta di "ideologia premialista riferibile all'agente".

Tali argomentazioni non hanno persuaso, come si diceva, coloro che hanno da subito affermato in modo espresso il legame tra principio di offensività in concreto e art 131-bis c.p. (79). Tale ultimo orientamento pare ora aver trovato un'autorevole avvallo a livello giurisprudenziale in una recente pronuncia della Suprema Corte la quale, dopo aver richiamato le più salienti pronunce della Corte Costituzionale in materia di offensività in astratto e in concreto, ha espressamente affermato che l'istituto in esame "si segnala non solo per le meritorie finalità pratiche, volte a sottrarre alla pretesa punitiva dello Stato fattispecie *ictu oculi* bagatellari, ma anche e soprattutto per avere inserito per la prima volta nel corpo della parte generale del codice penale, la nozione di offesa, con la necessità conseguente di richiamare il principio costituzionale a questa sotteso, in termini ben più pregnanti di quanto fosse già desumibile dall'art. 49 cod. pen.". Ancora, nella parte immediatamente successiva della motivazione si legge: "per la prima volta un fatto tipico, antigiusuridico e colpevole può intendersi contrassegnato da un quantum di lesività talmente modesta da rendere non proporzionata, e dunque non giustificata, la risposta sanzionatoria dell'ordinamento sul piano generale: viene così in rilievo la cosiddetta concezione gradualistica del reato." (80).

Quanto esposto sino ad ora non è solo di indubbio interesse da un punto di vista di teoria generale del reato, ma ha, o potrebbe avere, risvolti pratici. Infatti, in sede di primi commenti alla novella, parte della dottrina ha esternato la preoccupazione che l'applicazione della norma in esame a casi concreti potessi ridurre, vista anche la citata tendenza della giurisprudenza a forzare – in alcuni casi – le maglie del reato impossibile, l'ambito di applicazione dell'art. 49, secondo comma c.p. a favore dell'art. 131-bis c.p. (81).

13. Simulazione di reato e art. 131-bis c.p.

Sentenze:

1) 1145/15: reato p. e p. art. 367 c.p.- "(...) appare corretto quanto rappresentato dalle parti, il fatto è occasionale, non ha cagionato offesa a terzi ed è di un pericolo contenuto ed è questione di importi (il cui pagamento si voleva così eludere, inferiori ad euro 300 in complessivo. Il soggetto non ha precedenti specifici o comunque ostativi ed il fatto-reato che occupa è sanzionato con pena contenuta nei limiti della nuova normativa." - Entrambe le parti chiedevano non doversi procedere per particolare tenuità del fatto – (Fattispecie in cui l'imputato affermava falsamente che due ignoti avevano indebitamente fatto intestare a suo nome due sim card del gestore Fastweb, essendo invece emerso, dopo l'apertura del procedimento penale nei confronti di ignoti, che tali utenze erano effettivamente da lui utilizzate per contattare amici e conoscenti).

2) Sent. 1419/15: reato p. e p. art. 367 c.p.- Entrambe le parti chiedevano non doversi procedere per particolare tenuità del fatto – (Fattispecie in cui l'imputato affermava falsamente di aver subito un furto all'interno della sua abitazione).

14. Oltraggio a pubblico ufficiale e art. 131-bis c.p.

Sentenze:

1) 1600/15: reato p. e p. art. 341-bis c.p.- Entrambe le parti chiedevano non doversi procedere per particolare tenuità del fatto – (Fattispecie in cui l'imputato, nel corso dell'attività

d'identificazione personale, offendeva l'onore e il prestigio del pubblico ufficiale in luogo pubblico e alla presenza di più persone).

2) 1588/15: reato p. e p. art. 341-bis c.p.- Entrambe le parti chiedevano non doversi procedere per particolare tenuità del fatto – (Fattispecie in cui l'imputato offendeva l'onore e il prestigio dei pubblici ufficiali in luogo pubblico e alla presenza di più persone).

15. Appropriazione indebita e art. 131-bis c.p.

Sentenze:

1) 1156/15: reato p. e p. art. 646 comma 1 e 3, in relazione all'art 61 n. 11 c.p.- Entrambe le parti chiedevano assoluzione per particolare tenuità del fatto – (Fattispecie in cui l'imputato, al fine di procurarsi un ingiusto profitto, indebitamente si appropriava di una motrice Frigo e del relativo carico di merce di cui aveva la disponibilità in quanto autista).

2) 1156/15: reato p. e p. art. 646 c.p.- "(...) l'offesa arrecata, per la condotta serbata e per le modeste conseguenze lesive della stessa appare di particolare tenuità, il comportamento del XXX, che è incensurato, risulta non abituale) - Entrambe le parti chiedevano assoluzione per particolare tenuità del fatto – (Fattispecie in cui l'imputato, al fine di procurarsi un ingiusto profitto, indebitamente si appropriava di una motosega di cui aveva la disponibilità in quanto concessagli in comodato d'uso).

16. Guida in stato di ebrezza e art. 131-bis c.p.

Sentenze:

1) 1389/15: reati p. e p. art. 186 comma 2 lett b), 2 bis, 2 sexies Ncds; art. 116 comma 15 e 17 DLvo. 285/92- "Questi i fatti appare corretto quanto rappresentato dalle parti in particolare in punto a offesa di particolare tenuità e di danno di minima entità arrecati. Trattasi di fatto occasionale, non risultano precedenti specifici in tal senso e non risultando arrecata offesa particolare o comunque costituzione di parte civile da parte delle ppoo" - Entrambe le parti chiedevano non doversi procedere per particolare tenuità del fatto – (Fattispecie in cui l'imputato circolava in orario notturno, in stato di ebrezza e privo di patente ad hoc provocando un sinistro).

2) 1314/15: reati p. e p. artt. 186 comma 2 lett b) Ncds; 337 c.p.; 341 bis c.p., art 81. 2 cpv in relazione agli art. 186 comma 2 lett b) Ncds e 337 c.p. - Entrambe le parti chiedevano non doversi procedere per particolare tenuità del fatto – (Fattispecie in cui l'imputato circolava in stato di ebrezza e, una volta fermato per un controllo, usava violenza nei confronti dei pubblici ufficiali e ne offendeva l'onore).

3) 1290/15: reati p. e p. artt. 186 comma 2 lett b) e 2 sexies D. Lvo 285/1992 - "(...) si reputa che, laddove il legislatore ha introdotto soglie di punibilità, come appunto nel caso di guida in stato d'ebbrezza per differenziare l'illecito amministrativo da quello penale, la valutazione sulla particolare tenuità del fatto sia comunque preclusa dalla scelta insindacabile già compiuta a monte: tanto più che, in caso contrario, verrebbe a crearsi un'ingiustificata disparità di trattamento tra soggetto con tasso alcolemico superiore a 0,80 g/l dichiarato non punibile e soggetto con tasso alcolemico non superiore a 0,80 g/l che si vedrebbe comunque colpito da sanzione amministrativa" Il P.M. chiedeva mesi 1 di arresto ed euro 1.8000 di ammenda e mesi 6 di sospensione della patente di guida, la difesa chiedeva applicazione dell'art 131-bis – (Fattispecie in cui l'imputato circolava in stato d'ebbrezza e in orario notturno alla guida di un motociclo).

4) 522/15: reati p. e p. art. 186 comma 2 lett b), 2 sexies D. Lvo 285/1992 - "(...) in assenza di un dato normativo che orienti

diversamente si deve ritenere che l'istituto sia applicabile anche ai reati, come quello in esame, per cui il legislatore ha fissato soglie di rilevanza penale; e in tal senso si segnala che il giudice di legittimità si è di recente espresso in tal senso e ha annullato con rinvio una sentenza di condanna emessa ai sensi dell'art 186 Cds segnalando l'applicabilità al fatto della causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis" - sentenza emessa ad esito di opposizione a decreto penale di condanna - (Fattispecie in cui l'imputato circolava in orario notturno, in stato di ebbrezza e privo di patente ad hoc provocando un sinistro).

16.1. Commento.

L'applicabilità della particolare tenuità del fatto anche ai reati che prevedono soglie di punibilità è problema che ha diviso la dottrina nei primi commenti alla nuova norma.

Si tratta di verificare se l'istituto si ponga in contrasto o se, all'opposto, possa convivere con fattispecie per le quali la soglia di offesa sia già stata fissata dal legislatore.

In merito parte della dottrina (82), partendo dal presupposto che le soglie siano espressione di un giudizio di offensività in astratto, mentre l'art. 131-bis c.p. presuppone un giudizio in termini di graduabilità in concreto dell'offesa, ha optato per la compatibilità della norma in esame con i reati che prevedano soglie di punibilità. Si è osservato in particolare che, *"anche per i reati che prevedono una soglia di punibilità non è escluso che, in concreto, l'offesa sia tenue e il comportamento non abituale"* (83). Non può negarsi infatti che, nel momento in cui la norma fissi una soglia oltrepassata la quale il comportamento deve considerarsi offensivo, tale offensività possa essere più o meno grave a seconda delle concrete circostanze (84).

Si è anche richiamata, a favore della tesi della compatibilità, la Corte Costituzionale (85), la quale, in materia di detenzione di stupefacenti in quantità superiore a quella per uso personale, ha affermato *"che la valutazione del giudice circa la necessaria offensività in concreto della condotta ben può portare ad escluderne la rilevanza penale in caso di "eccedenza accertata di modesta entità" rispetto al limite-soglia"* (86).

Altri autori (87) hanno invece ritenuto di distinguere, caso per caso, le soglie di punibilità a seconda della natura e della funzione che le soglie possono assumere in ciascuna fattispecie legale. Più nello specifico si è sostenuto che i problemi maggiori si pongono in presenza di soglie che, essendo elementi costitutivi della fattispecie, hanno la funzione di definire direttamente l'offesa al bene giuridico protetto, mentre meno difficoltosa sarebbe un'applicazione dell'art 131-bis in presenza di soglie che integrino mere condizioni di punibilità. Tale dottrina ha però riconosciuto che, in realtà, il problema della compatibilità della particolare tenuità del fatto con le "soglie espressive di offensività" si risolve nel rispetto, da parte del giudice, di oneri motivazionali particolarmente rigorosi. Più nello specifico il giudice non potrebbe ritenere l'offesa di particolare tenuità argomentandola sulla sola base del minimo superamento della soglia, ma avrebbe l'obbligo di motivarla sulla base di circostanze diverse, in modo da non entrare in contraddizione con la valutazione operata dal legislatore in via astratta (88).

Altri ancora hanno ritenuto non applicabile la norma in esame ai reati che presentino soglie di punibilità come i reati tributari, mentre l'hanno ritenuta compatibile con *"reati per i quali la punibilità è prevista all'esito del superamento di valori di carattere tecnico"* (89).

Lo snodo maggiormente critico, evidenziato dalla dottrina (90), resta quello dei reati che, al di sotto della soglia di rilevanza

penale, prevedano una sanzione amministrativa. Si potrebbero verificare casi in cui venga assolto un imputato "sopra soglia" per particolare tenuità del fatto, mentre sarebbe applicata a un imputato "sotto soglia", quindi portatore di un disvalore giuridico del fatto minore per espressa scelta legislativa, la relativa sanzione amministrativa.

La Cassazione ha preso posizione sulla questione, esaminando, in particolare il caso della guida in stato di ebbrezza (art 186 Cds D. Lgs. 285/1982). Tale norma contempla tre distinte ipotesi: quando il tasso alcolemico è superiore a 0,5 e non superiore a 0,8 grammi per litro (g/l), il fatto è soggetto a sanzione amministrativa (art. 186, comma 1, lett. a); quando il tasso alcolemico è superiore a 0,8 e non superiore a 1,5 grammi per litro (g/l), il fatto costituisce reato punito alternativamente con l'ammenda o con l'arresto non superiore a sei mesi (art. 186, comma 1, lett. b); quando il tasso alcolemico è superiore a 1,5 grammi per litro, il fatto è punito con l'arresto da sei mesi ad un anno (art. 186, comma 1, lett. c).

In una prima pronuncia la Cassazione (91) ha ritenuto la compatibilità del reato di guida in stato d'ebbrezza con la non punibilità per particolare tenuità del fatto, argomentandola sotto diversi profili.

In primis si sostiene la "graduabilità" del reato in relazione tanto all'evento, quanto alle modalità della condotta, che della colpevolezza, concludendo nel senso dell'esistenza di "fattori di dimensionamento dell'illecito". In secondo luogo *"il vincolo costituzionale all'uso del diritto penale quale extrema ratio impone di praticare la sussidiarietà anche nella dimensione applicativa; necessariamente attraverso la mediazione del giudice"* (92).

Tuttavia il fulcro del ragionamento della Suprema Corte risiede nell'osservazione secondo cui l'offensività in concreto di queste ipotesi si compone di un accertamento specifico e complesso di cui, il tasso alcolemico rappresenta solo un indice, essenziale, ma non risolutivo, tra quelli che suggeriscono al giudice la misura concreta di offensività. Infine si osserva che ogni dubbio di compatibilità è superato se si presta attenzione al fatto che la soglia individua l'offesa al bene su un piano astratto, mentre la particolare tenuità opera in concreto (93). Quanto al problema dei reati che, al di sotto della soglia di rilevanza penale, prevedono una sanzione amministrativa, viene risolto dalla Suprema Corte aderendo, nelle premesse, alla c.d. teoria della diversità (94), la quale afferma che non sussiste continuità tra illecito penale ed illecito amministrativo. Secondo tale teoria, una volta constatato che il fatto non è più previsto dalla legge come reato, salva diversa disposizione di carattere transitorio, è comunque consentita al giudice l'applicazione della sanzione amministrativa, destinata a colpire unicamente le condotte commesse successivamente alla entrata in vigore della norma depenalizzatrice. Partendo da ciò, pur conscia delle differenze tra la situazione descritta e l'art. 131-bis, la Suprema Corte conclude: *"Calando tali premesse nella materia che occupa, risulta agevole cogliere l'assenza di qualsiasi profilo di irragionevolezza nell'esito (per quanto si dirà, ipotetico) che vede il reo sottratto ad ogni conseguenza per effetto dell'applicazione dell'art. 131bis cod. pen. e colui che ha commesso un illecito amministrativo 'sotto la soglia di rilevanza penale' mantenuto destinatario di ogni sanzione"*. Inoltre, ad ulteriore sostegno della tesi sostenuta, la Cassazione invoca il dato normativo comune alle lettere b) e c) dell'art. 186 Cds, le quali prevedono la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente subordinatamente all'accertamento del reato. In sostanza, anche nel caso di applicazione dell'art. 131-bis alle ipotesi di cui alle lettere b) e c), dovrebbe comunque applicarsi al reo la sanzione

amministrativa proprio come accade nel caso contemplato dalla lettera a).

In senso diametralmente opposto si è posta l'ordinanza (95) con cui la Suprema Corte ha rimesso la questione alle Sezioni Unite. Punto di partenza è la convinzione che in relazione al reato in esame la valutazione della minore o maggiore offensività sia già stata compiuta dal legislatore unicamente in base al dato del tasso alcolemico. Non rileverebbero né le modalità della condotta né l'esiguità del pericolo, pena l'inammissibile sostituzione del giudice in una valutazione già operata, a monte, dal legislatore.

Tali argomenti sarebbero suffragati, secondo la Corte, dal fatto che il bene giuridico tutelato debba individuarsi nella garanzia della regolarità della circolazione e nella salvaguardia della sicurezza stradale, e non nell'incolumità e nella vita dei singoli. Si tratterebbe, in altre parole, di un reato di pericolo in cui non viene colpito il comportamento offensivo di un bene, ma si vuole prevenire, il realizzarsi di azioni lesive o pericolose e, dunque, concretamente offensive del bene finale (96). Ciò impedirebbe la configurabilità in relazione a tale reato di "una gradualità di offesa".

Quanto al problema dell'applicabilità o meno delle sanzioni amministrative accessorie viene messa in discussione la pronuncia Longoni sulla base di due argomenti. In primo luogo l'inciso "accertamento della violazione" di cui all'art. 186, comma 2, Cds si si riferirebbe a una pronuncia di condanna: se così non fosse, non si spiegherebbe perché il comma 2-quater, stabilisce che "le disposizioni relative alle sanzioni accessorie di cui ai commi 2 e 2-bis si applicano anche in caso di applicazione della pena su richiesta delle parti.". In secondo luogo se il legislatore avesse comunque voluto far seguire l'applicazione della sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida anche in caso di pronuncia ex art 131-bis, avrebbe introdotto una disposizione ad hoc, in modo analogo a quanto prevede l'art. 168-ter c.p. in tema di "messa alla prova".

Sul tema si sono comunque recentemente pronunciate le Sezioni Unite con sentenza del 25 febbraio 2016, di cui si attendono ora le motivazioni, ritenendo compatibile la particolare tenuità del fatto con la guida in stato d'ebbrezza.

17. Art. 76, comma 3, D.Lvo. 159/2011 e art. 131-bis c.p. Sentenze:

1) 1593/15: reato p. e p. art. 76 comma 3 D.Lvo. 159/2011 – "(...) appare corretto quanto rappresentato dalle parti in particolare in punto a offesa di particolare tenuità e danno di minima entità arrecati. Trattasi di fatto occasionale, non risultano precedenti specifici in tal senso e non risulta arrecata offesa particolare)" - Entrambe le parti chiedevano non doversi procedere per particolare tenuità del fatto – (Fattispecie in cui l'imputato, destinatario del foglio di via obbligatorio, contravveniva gli obblighi ivi previsti).

2) 1527/15: reato p. e p. art. 76 comma 3 DLvo 159/2011 – Entrambe le parti chiedevano assoluzione per particolare tenuità del fatto – (Fattispecie in cui l'imputato, destinatario del foglio di via obbligatorio, contravveniva gli obblighi ivi previsti).

18. Fattispecie residue.

Sentenze:

1) 1443/15: reati p. e p. artt. 110, 56, 610 c.p.; 110, 582 c.p.; artt. 110, 624 c.p. – Il P.M. chiedeva proscioglimento per particolare tenuità del fatto in relazione agli artt. 56 e 610 c.p.; non doversi procedere in relazione alle restanti fattispecie

contestate, la difesa chiedeva assoluzione in relazione agli artt. 56 e 610 c.p. e si associava, per le restanti fattispecie, alle conclusioni del P.M. – (Fattispecie in cui gli imputati tenevano comportamenti volti a farsi consegnare dalla p.o., commissario di CRI, generi alimentari chiudendo la porta del locale dove si trovava costui e tenendo atteggiamenti minacciosi).

2) 1099/15: reati p. e p. artt. 110, 388 comma 4 c.p. – entrambe le parti concludevano chiedendo non doversi procedere per particolare tenuità del fatto – (Fattispecie in cui gli imputati in qualità di proprietari e custodi dei beni oggetto di pignoramento li sottraevano alla procedura vendendoli a terzi).

3) 1072/15: reati p. e p. artt. 588 comma 2 c.p. – entrambe le parti concludevano chiedendo non doversi procedere per particolare tenuità del fatto – (fattispecie in cui gli imputati partecipavano ad una rissa dalla quale scaturivano lesioni personali).

4) 1072/15: reati p. e p. artt. 588 comma 2 c.p. – entrambe le parti concludevano chiedendo non doversi procedere per particolare tenuità del fatto – (fattispecie in cui gli imputati partecipavano ad una rissa dalla quale scaturivano lesioni personali).

5) 1033/15: reati p. e p. artt. 392 c.p. – entrambe le parti concludevano chiedendo non doversi procedere per particolare tenuità del fatto – (fattispecie in cui l'imputato al fine di esercitare un preteso diritto di passaggio rimuoveva alcuni pali e una rete metallica che impedivano l'accesso alla proprietà della persona offesa).

6) 1418/15: reati p. e p. artt. 497 bis c.p. – entrambe le parti concludevano chiedendo non doversi procedere per particolare tenuità del fatto – (fattispecie in cui l'imputato veniva trovato in possesso dal personale della G.d.F. di Imperia di una carta d'identità frutto di contraffazione).

7) 1490/15: reati p. e p. artt. 494 e 61 n. 2 c.p.; 640 c.p. – entrambe le parti concludevano chiedendo assoluzione per particolare tenuità del fatto in relazione all'art 494 c.p.; non doversi procedere per remissione di querela in relazione alla fattispecie residua – (fattispecie in cui l'imputato, presentandosi sotto falso nome, induceva in errore la p.o. facendosi consegnare la somma di euro 20).

8) 1320/15: reato p. e p. art. 336 c.p. – "(...) gli agenti hanno dichiarato di non aver percepito la frase loro rivolta come una minaccia, inoltre trattasi di fatto occasionale, non risultano precedenti specifici in tal senso e non risulta arrecata offesa particolare o comunque non vi è costituzione di parte civile" – entrambe le parti concludevano chiedendo non doversi procedere per particolare tenuità del fatto – (fattispecie in cui l'imputato minacciava due pubblici ufficiali).

9) 1315/15: reato p. e p. artt. 56, 629 c.p. – entrambe le parti concludevano chiedendo non doversi procedere per particolare tenuità del fatto – (fattispecie in cui l'imputato presentava denuncia nei confronti del fratello, ne faceva pervenire copia al predetto e richiedeva una somma di denaro per ritirare la stessa. La somma non veniva consegnata per la ferma volontà della p.o.).

10) 1518/15: reato p. e p. art. 641 c.p.; 483 c.p. – "(...) ricorre la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto (...) rientrando la fattispecie dell'art 483 c.p. nei limiti edittali previsti, considerata l'occasionalità della condotta determinata da circostanze congiunturali e tenuto conto dell'incensuratezza dell'imputato" – entrambe le parti concludevano chiedendo non doversi procedere per remissione di querela in relazione alla prima contestazione; assoluzione per particolare tenuità del fatto in relazione alla seconda contestazione – (fattispecie in cui l'imputato, dopo aver pernottato con altre due persone

presso un Hotel, lasciava la propria carta d'identità, assicurando che sarebbe tornato un'ora dopo per saldare il conto e, successivamente, dichiarava falsamente a pubblici ufficiali di aver smarrito la predetta carta d'identità).

11) 1236/15: reato p. e p. artt. 110 c.p., 6 ter L. 401/89 – entrambe le parti concludevano chiedendo assoluzione per particolare tenuità del fatto – (fattispecie in cui gli imputati venivano trovati in possesso di fumogeni).

12) 1339/15: reato p. e p. artt. 110, 641 c.p. – entrambe le parti concludevano chiedendo assoluzione per particolare tenuità del fatto – (fattispecie in cui gli imputati usufruivano di una stanza di albergo e si allontanavano il giorno dopo senza pagare).

13) 1756/15: reato p. e p. art. 385 comma 3 c.p. – “(...)il fatto appare sostanzialmente privo di offensività concreta (atteso che il ritardo è effettivamente consistito in 15 minuti)” – entrambe le parti concludevano chiedendo assoluzione per particolare tenuità del fatto – (fattispecie in cui l'imputato commetteva reato di evasione impropria allontanandosi dalla propria abitazione per un tempo superiore a quello concesso).

14) 1339/15: reato p. e p. artt. 110, 641 c.p. – entrambe le parti concludevano chiedendo assoluzione per particolare tenuità del fatto – (fattispecie in cui gli imputati usufruivano di una stanza di albergo e si allontanavano il giorno dopo senza pagare).

15) 1134/15: reato p. e p. art. 699 c.p. – entrambe le parti concludevano chiedendo non doversi procedere per particolare tenuità del fatto – (fattispecie in cui l'imputato portava fuori della propria abitazione, senza giustificato motivo, due grossi coltelli a scatto).

16) 1032/15: reato p. e p. art. 75 comma 1, D. Lgs 159/2011 – entrambe le parti concludevano chiedendo non doversi procedere per particolare tenuità del fatto – (fattispecie in cui l'imputato contravveniva all'obbligo inerente la sorveglianza semplice di non rincasare più tardi delle 22.00 e di non uscire più presto delle ore 6.00).

17) 328/15: reato p. e p. artt. 138 comma 2, 159 comma 2 lett. C) D.lgs 81/2008 – entrambe le parti concludevano chiedendo non luogo a procedere per particolare tenuità del fatto – (fattispecie in cui l'imputato nella sua qualità di titolare della ditta individuale omonima e di datore di lavoro, ometteva di erigere il ponteggio all'interno del cantiere edile aperto in XXX ad una distanza inferiore a cm 20 dall'edificio.)

Note:

(1) P. Pomanti, “La clausola di particolare tenuità del fatto”, in www.archiviopenale.it, 2015, pag. 13.

(2) T. Padovani, “Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang”, in *Guida al diritto*, 2015, fasc. 15, pag. 20.

(3) R. Bartoli, “L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto”, in “*Diritto penale e processo*”, 2015, fasc. 6, pag. 665.

(4) È appena il caso di notare che la recidiva specifica e/o reiterata, oltre che rilevare in relazione al profilo dell'abitualità del comportamento, deve essere presa in considerazione anche in relazione alla valutazione del limite edittale di cinque anni, il cui superamento determina la non applicabilità dell'istituto in esame. Infatti la recidiva specifica e quella reiterata sono pacificamente considerate dalla giurisprudenza di legittimità circostanze aggravanti ad effetto speciale e come tali dovranno essere prese in considerazione, anche ai fini del superamento o meno dei limiti edittali. Del resto un analogo orientamento è individuabile in relazione a altro istituto: la prescrizione. Infatti la Cassazione tiene conto della recidiva specifica e/o reiterata, quale circostanza aggravante ad effetto speciale, nel calcolo dei termini della pre-

scrizione non solo in relazione all'istituto dell'interruzione della prescrizione (art 160 c.p.), ma anche in relazione al calcolo del tempo necessario a prescrivere (art. 157 c.p.).

(5) R. Bartoli, *Op. cit.*, pag. 665.

(6) R. Dies, “*Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità*”, in “*Diritto penale contemporaneo*”, p. 23, nota 6.

(7) R. Bartoli, *Op. cit.*, pag. 665.

(8) Fattispecie in tema di arresto facoltativo in flagranza in cui la Suprema Corte ha affermato che “*l'arresto da parte della polizia giudiziaria in ordine ai reati indicati dal secondo comma dell'art. 381 cod. proc. pen. non è consentito nell'ipotesi di tentativo, in considerazione dell'autonomia del delitto tentato rispetto a quello consumato*”. Cass., Sez. 2, Sentenza n. 45511 del 05/10/2005 Cc.(dep.15/12/2005) Rv. 232933.

(9) La giurisprudenza di legittimità successiva ha infatti precisato che “*L'autonomia del delitto tentato comporta che gli effetti giuridici sfavorevoli previsti con specifico richiamo di determinate norme incriminatrici vanno riferiti alle sole ipotesi di reato consumato e ciò in quanto le norme sfavorevoli sono di stretta interpretazione e, in difetto di espressa previsione, non possono trovare applicazione anche per le corrispondenti ipotesi di delitto tentato*”. Cass., Sez. 2, Sentenza n. 5504 del 22/10/2013 Ud.(dep.04/02/2014) Rv. 258198.

(10) A. Leopizzi, “*De minimis non curat praetor? Il principio di offensività e la nuova esimente della particolare tenuità del fatto*”, in “*La giustizia penale*”, 2015, fasc. 5, p. 2, pag. 272; In senso conforme, G. AIRÒ, “*Non punibilità per particolare tenuità del fatto*”, in “*Archivio della nuova procedura penale*”, 2015, fasc. 5, pag. 409.

(11) R. Dies, *Op. cit.*, pag. 4, nota 9.

(12) A. Giulia, “*La particolare tenuità del fatto (art. 131-bis): tre prime applicazioni da parte del Tribunale di Milano*”, in “*Diritto penale contemporaneo*”, 21 maggio 2015, pag. 1-2.

(13) Cass., Sez. 5, Sentenza n. 7738 del 04/02/2015 Ud.(dep.19/02/2015) Rv. 263434 “*Ai fini della configurabilità della circostanza attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità rilevano, oltre al valore economico del danno, anche gli ulteriori effetti pregiudizievoli cagionati alla persona offesa dalla condotta delittuosa complessivamente valutata. (Fattispecie nella quale la S.C. ha escluso l'applicabilità dell'attenuante alla sottrazione di una patente di guida in base al complessivo danno subito dalla persona offesa per l'abusivo utilizzo e per ottenere il duplicato)*”.

(14) Proprio prendendo a esame il caso paradigmatico del furto si è affermato in dottrina che “*se il giudice si limitasse ad accertare che il furto abbia avuto ad oggetto beni di poche decine di euro...senza prendere in considerazione, puntualizzare e valorizzare tutte le altre peculiarità della fattispecie concreta, si rischierebbe di introdurre, per via giurisprudenziale, una generalizzata depenalizzazione di intere categorie di comportamenti e fatti, incompatibile con le finalità e con la logica che ispirano in sé il nuovo istituto*” U.D. Molina, “*il decreto legislativo n. 28 del 16 marzo 2015. disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'art. 1, comma 1, lettera M), della legge 28 aprile 2014, n. 67. questioni di diritto processuale e di diritto sostanziale*”, in *Rivista penale*, 2016, fasc. 1, pag.12; sui rapporti tra non punibilità per particolare tenuità del fatto e circostanza attenuante della speciale tenuità del danno o del pericolo si veda, P. Pomanti, *Op. cit.*, pag. 17.

(15) Nel senso della necessità di un'applicazione della clausola della particolare tenuità che tenga conto di un apprezzamento analitico di tutti i parametri di valutazione si è espressa la Cassazione, Sez. III, 15 luglio 2015, n. 38380, Ferraiuolo, Rv. 264796; Sez. V, 7 ottobre 2015, n. 48020, V.; Sez. III, del 8 ottobre 2015, n. 47039, Derossi.

(16) In motivazione, Cass., Sez. 4, Sentenza n. 22381 del 2015 “*inoltre, la connotazione della colpa addebitata al datore di lavoro, afferente la mancata fornitura ai lavoratori dei mezzi di protezione, presenta ex se profili di obiettiva rilevanza, ostativi alla astratta configurabilità della particolare tenuità*”.

(17) F. Menditto, “*Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lanciano, Prime linee guida per l'applicazione del decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28*”, in “*Diritto Penale Contemporaneo*”, 3 aprile 2015, p.

- 11; G. Amato, "Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trento, Decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28. Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto. Prime riflessioni, in "Diritto penale contemporaneo", 18 giugno 2015, pag. 5.
- In dottrina, A. Giulia, "La non punibilità per particolare tenuità del fatto", in "Diritto penale contemporaneo", 16 dicembre 2015, pag. 7; A. Giulia, *Op. cit.*, 21 maggio 2015, pag. 2; C.F. Grosso, "La non punibilità per particolare tenuità del fatto", in "Diritto penale e processo", 2015, fasc. 5, pag. 519; F. Mantovani, "la non punibilità per particolare tenuità del fatto", in "La giustizia penale", 2015, fasc. 6, p. 2, pag. 322.
- (18) C.F. Grosso, *Op. cit.*, pag. 520; nello stesso senso, A. Giulia, *Op. cit.*, 16 dicembre 2015, p. 8.
- (19) Nello stesso senso, in dottrina, A. Giulia, *Op. cit.*, 16 dicembre 2015, p. 7; R. Dies, *Op. cit.*, p. 23, nota 51.
- (20) A titolo esemplificativo la Corte di Cassazione ha evidenziato che l'esiguità del danno o del pericolo è ravvisabile anche nel caso di lesioni personali tradottesi in una contrattura di minimo rilievo, Cass., Sez. V, 7 ottobre 2015, n. 48020.
- (21) A. Leopizzi, *Op. cit.*, pag. 275.
- (22) C.F. Grosso, *Op. cit.*, pag. 519; G. Airò, *Op. cit.*, pag. 410;
- (23) In senso conforme, R. Bartoli, *Op. cit.*, pag. 667.
- (24) "il fatto è di particolare tenuità quando, rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza non giustificano l'esercizio dell'azione penale, tenuto conto altresì del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato".
- (25) Prevede che il giudice pronunci sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto "se risulta la tenuità del fatto e l'occasionalità del comportamento...quando l'ulteriore corso del procedimento pregiudichi le esigenze educative del minore".
- (26) R. Bartoli, *Op. cit.*, pag. 667.
- (27) R. Dies, *Op. cit.*, pag. 4.
- (28) R. Bartoli, *Op. cit.*, pag. 668.
- (29) G. Airò, *Op. cit.*, pag. 410; F. Caprioli, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in "Diritto penale contemporaneo", p. 18; G. Amato, "Con l'offesa lieve e la non abitualità si aggancia il caso", in "Guida al diritto", 2015, fasc. 15, pag. 31.
- (30) F. Mantovani, "Diritto penale, Parte generale", Padova, Cedam, 2013, pag. 438; G. Fiandaca, E. Musco, "Diritto Penale, parte generale", Torino, Zanichelli, 2014, pag. 210.
- (31) S. Pierluigi, "Pena - esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto-reati edilizi", in "Il Foro Italiano", fasc. 1, p. 2, pag. 1; A. Leopizzi, *Op. cit.*, pag. 275.
- (32) In merito si vedano due recenti pronunce della Cassazione "In tema di reati permanenti, è preclusa l'applicazione della causa di non punibilità per la particolare tenuità del fatto finché la permanenza non sia cessata, in ragione della perdurante compressione del bene giuridico per effetto della condotta delittuosa.", Cass., Sez. 3, Sentenza n. 50215 del 08/10/2015 Ud. (dep.22/12/2015) Rv. 265435; "In tema di particolare tenuità del fatto, il reato permanente, in quanto caratterizzato dalla persistenza, ma non dalla reiterazione, della condotta, non è riconducibile nell'alveo del comportamento abituale che preclude l'applicazione di cui all'art. 131-bis cod. pen., anche se importa una attenta valutazione con riferimento alla configurabilità della particolare tenuità dell'offesa, la cui sussistenza è tanto più difficilmente rilevabile quanto più a lungo si sia protratta la permanenza.", Cass., Sez. 3, Sentenza n. 47039 del 08/10/2015 Ud. (dep.27/11/2015) Rv. 265448.
- (33) G. Airò, *Op. cit.*, pag. 410, F. Menditto, *Op. cit.*, pag. 17; contrario all'applicazione in caso di continuazione, seppur dubbioso in relazione all'ipotesi di due soli reati, è anche F. Mantovani, *Op. cit.*, pag. 322.
- (34) Cass., Sez. 3, Sentenza n. 29897 del 28/05/2015 Ud. (dep. 13/07/2015) Rv. 264034, in "Cassazione penale", 2015, fasc. 12, sez. 2, pag. 4437.
- (35) Cass., Sez. 3, Sentenza n. 43816 del 01/07/2015 Ud. (dep.30/10/2015) Rv. 265084.
- (36) In senso possibilista si esprime anche E. Marzaduri, "L'ennesimo compito arduo (... ma non impossibile) per l'interprete delle norme processualpenalistiche: alla ricerca di una soluzione ragionevole del rapporto tra accertamenti giudiziali e declaratoria di non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis c.p.", in www.archiviopenale.it, 2015, n. 1, pag. 4.
- (37) A. Leopizzi, *Op. Cit.*, pag. 278; in senso dubitativo si esprime anche T. Padovani, *Op. cit.*, pag. 22.
- (38) C. Pacetti, "Particolare tenuità del fatto e reato continuato", in "Cassazione Penale", 2015, fasc. 12, sez. 2, pag. 4439; in senso conforme P. Pomanti, *Op. Cit.*, 2015, pag. 17.
- (39) G. Alberti, "Nota a Tribunale di Grosseto, 6 luglio 2015, n. 650, Giud. Mezzaluna", in "Diritto penale contemporaneo", 5 ottobre 2015, pag. 2. Il caso sottoposto al giudice di merito riguardava un soggetto che, in qualità di datore di lavoro, ometteva di versare all'I.N.P.S. le ritenute previdenziali e assistenziali operate sulle retribuzioni dei lavoratori per nove mesi consecutivi, per una somma complessiva di 785,00 euro.
- (40) Nello stesso senso T. Padovani, *Op. cit.*, p. 23.
- (41) Sull'argomento si veda G. Alberti, *Op. cit.*, 21 maggio 2015. Il caso riguardava un soggetto che attivava una fornitura di energia elettrica telefonando al call center dell'ente erogatore e fingendosi la persona offesa mediante indicazione dei suoi dati anagrafici, e inducendo in errore l'operatore con conseguente profitto per sé e corrispondente danno per la persona offesa.
- (42) G. Airò, *Op. cit.*, pag. 410; Sembra invece ricondurre il reato continuato all'espressione "più reati della stessa indole" F. Mantovani, "Diritto Penale", Padova, Cedam, 2015, p.795.
- (43) C. Pacetti, *Op. cit.*, pag. 4441.
- (44) G. Fiandaca, E. Musco, *Op. cit.*, p. 714; F. Mantovani, *Op. cit.*, 2013, p. 506-507.
- (45) Cass. Sez. U, Sentenza n. 3286 del 27/11/2008 Ud. (dep.23/01/2009) Rv. 241755.
- (46) Corte Costituzionale n. 86/1970 in www.cortecostituzionale.it; recentemente la Cassazione ha ribadito il concetto: "In tema di applicazione nella fase esecutiva della disciplina del reato continuato, una volta ritenuta, da parte del giudice dell'esecuzione, l'unicità del disegno criminoso tra due fatti oggetto di due diverse sentenze e applicata agli stessi la disciplina del reato continuato, la sospensione condizionale della pena già disposta per uno dei due fatti non è automaticamente revocata, essendo compito del giudice valutare se il beneficio già concesso possa estendersi alla pena complessivamente determinata ovvero se esso debba essere revocato perché venuti meno i presupposti di legge." Cass. Sez. 1, Sentenza n. 24571 del 28/05/2009 Cc. (dep. 15/06/2009) Rv. 243819.
- (47) "La continuazione non da luogo ad una figura autonoma di reato, ma configura soltanto un'unità giuridica fittizia, ispirata al principio del favor rei, con la quale si è voluto, per ragioni di equità, mitigare il rigore relative al concorso di reati. Il legislatore, in sostanza, per esigenze pratiche e precipuamente quoad poenam ed ad altri determinati effetti, (decorrenza della prescrizione, Competenza territoriale, abitualità e professionalità nel reato, recidiva, eccetera) finge di trovarsi di fronte ad un reato unico, mentre per tutti gli altri effetti, resta integra l'autonomia e la struttura delle violazioni singole, che debbono considerarsi come reati distinti." Cass., Sez. 3, Sentenza n. 5444 del 10/11/1975 Ud. (dep. 29/04/1976) Rv.133993.
- (48) "Ai fini dell'applicazione della pena accessoria in caso di più reati unificati sotto il vincolo della continuazione occorre fare riferimento alla misura della pena base stabilita per il reato più grave e non a quella complessiva risultante dall'aumento della continuazione" Cass., Sez. 7, Sentenza n. 48787 del 29/10/2014 Cc. (dep.24/11/2014) Rv.264478.
- (49) "Ai fini dell'applicazione del condono o dell'ammnistia è giuridicamente possibile la scissione del reato continuato nelle sue singole componenti qualora l'unificazione si risolva non in un beneficio, ma in un danno per il condannato, incompatibile con l'esigenza del "favor rei", alla quale si ispira la "ratio" dell'istituto previsto dall'art. 81 cod. pen." Cass. Sez. 1, Sentenza n. 3986 del 03/07/1998 Cc. (dep.30/09/1998) Rv. 211426.
- (50) Cfr. art 158 c.p. come modificato dalla legge 251/2005.

- (51) In tal senso C. Pacetti, *Op. cit.*, pag. 4442; P. Pomanti, *Op. cit.*, pag. 16.
- (52) P. Gaeta, A. Macchia, "Tra nobili assiologie costituzionali e delicate criticità interpretative: riflessioni sparse sulla non punibilità per particolare tenuità del fatto", in "Cassazione penale", 2015, n. 07/08, pag. 2610.
- (53) G.i.p. Imperia, RGGIP 3847/15.
- (54) Cass. Sez. 3, Sent. n. 47039 del 8 ottobre 2015, in "Il Foro Italiano", 2016, fasc. 1, p. 2, pag. 1; in dottrina in senso conforme A. Leopizzi, *Op. Cit.*, p. 2, pag. 278.
- (55) U.D. Molina, *Op. cit.*, pag. 11.
- (56) R. Bartoli, *Op. cit.*, pag. 669.
- (57) A. Leopizzi, *Op. Cit.*, pag. 278; F. Mantovani, *Op. cit.*, pag. 322; G. Zaccaro, "La non punibilità per particolare tenuità del fatto", in www.questionegiustizia.it, 26 febbraio 2015.
- (58) Cass., Sez. 6, Sentenza n. 44683 del 15/09/2015 Ud. (dep. 06/11/2015) Rv. 265114.
- (59) La Cassazione ha ritenuto la particolare tenuità del fatto compatibile anche con lesioni lievi tradottesi in una contrattura, Cass. Sez. 5, Sentenza n. 48020 del 07/10/2015 Ud. (dep. 03/12/2015) Rv. 265467.
- (60) Cass., Sez. 3, n. 47039 del 8 ottobre 2015 (dep. 27 novembre 2015), in "Il Foro italiano", 2016, fasc. 1, p. 2, pag. 1, con nota di S. Pierluigi.
- (61) F. Mantovani, *Op. cit.*, 2013, pag. 185.
- (62) G. Fiandaca, E. Musco, *Op. cit.*, pag. 3.
- (63) A titolo meramente esemplificativo, sull'argomento, E. Di Salvo "Principio di offensività e particolare tenuità del fatto", in "Cassazione Penale", 2010, fasc. 12, sez. 3, pag. 2756- 2764; G. Riccardi, "I confini mobili del principio di offensività", 1999, fasc. 2, p. 1, pag. 275-739; G. Micheletta, "Note sull'offensività e la ragionevolezza di alcune fattispecie penali in materia di stupefacenti", in "Rivista penale", 2001, fasc. 9, p. 2, pag. 750 - 759; A. Panetta, "Sul principio di offensività del reato e del delitto di calunnia trent'anni dopo", in "Cassazione penale", 2010, fasc. 12, sez. 3, pag. 4167-4178.
- (64) Per tutti, F. Antolisei, "Manuale di diritto penale, Pt. gen.", Milano, Giuffrè, 1997, pagg. 492 ss.
- (65) M. Gallo, "Dolo (diritto penale)", in "Enciclopedia del Diritto", Vol. 13, Giuffrè, Milano, 1964, pagg. 750 ss; G. Neppi Modona, "Reato impossibile", in "Digesto delle discipline penalistiche", Vol. 11, Utet, Torino, 1996, pagg. 259 ss.
- (66) F. Stella, "La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo", in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 1973, pagg. 3 ss; G. Fiandaca, E. Musco, *Op. cit.*, pag. 505.
- (67) Cass. Sez. U, Sentenza n. 40354 del 18/07/2013 Ud. (dep 30/09/2013) Rv. 255975), in "Cassazione Penale", 2014, fasc. 5, sez. 4.1, pag. 1652, con nota di R. Capitelli, "La nozione di "mezzo fraudolento" nel delitto di furto aggravato tra implicazioni storiche e principio di offensività".
- (68) C. F. Grosso, M. Pellissero, D. Petrini, P. Pisa, "Manuale di diritto penale, Parte Generale", Giuffrè, Milano, 2013, pag. 266.
- (69) F. Mantovani, *Op. cit.*, 2013, pag. 188; G. Fiandaca, E. Musco, *Op. cit.*, pag. 162.
- (70) C. F. Grosso, M. Pellissero, D. Petrini, P. Pisa, *Op. cit.*, pag. 266.
- (71) Sia consentito rinviare ai numerosi contributi della dottrina sull'argomento, *ex plurimis*: F. Picché, "Il Principio di offensività alla luce della giurisprudenza costituzionale", in "Rivista penale", 2010, fasc. 4, pag. 352-359; A. Benigni, "Ribadito dalla Corte Costituzionale il principio di necessaria offensività del reato", in "Cassazione penale", 2001, fasc. 07/08, p. 1, pag. 2015-2020; S. Beltrani, "Coltivazione domestica di piante da stupefacenti: la fine di un equivoco", in "Cassazione penale", 2008, fasc. 12, sez. 2, p. 4517; A. Panetta, *Op. cit.*, p. 4172; P. Gaeta, A. Macchia, *Op. cit.*, pag. 2599; A. Leopizzi, *Op. cit.*, pag. 264.
- (72) G. Alberti, *Op. cit.*, 16 dicembre 2015, pag. 4; R. Dies, *Op. cit.*, nota 16, pag. 7; auspica che l'introduzione della norma in esame non porti la giurisprudenza a ridurre l'ambito di operatività dell'inoffensività, C.F. Grosso, *Op. cit.*, pag. 523.
- (73) "In tema di tentativo, l'idoneità degli atti non va valutata con riferimento ad un criterio probabilistico di realizzazione dell'intento delittuoso, bensì in relazione alla possibilità che alla condotta consegua lo scopo che l'agente si propone, configurandosi invece un reato impossibile per inidoneità degli atti, ai sensi dell'art. 49 cod. pen., in presenza di un'inefficienza strutturale e strumentale del mezzo usato che sia assoluta e indipendente da cause estranee ed estrinseche, di modo che l'azione, valutata "ex ante" e in relazione alla sua realizzazione secondo quanto originariamente voluto dall'agente, risulti del tutto priva della capacità di attuare il proposito criminoso." Cass., Sez. 1, Sentenza n. 36726 del 02/07/2015 Ud. (dep. 10/09/2015) Rv. 264567.
- (74) "L'inesistenza dell'oggetto del reato dà luogo a reato impossibile solo qualora l'oggetto sia inesistente "in rerum natura" o si tratti di inesistenza originaria ed assoluta, non anche quando l'oggetto sia mancante in via temporanea o per cause accidentali." Cass. Sez. 3, Sentenza n. 26505 del 20/05/2015 Ud. (dep. 24/06/2015) Rv. 264396.
- (75) C.F. Grosso, M. Pellissero, D. Petrini, P. Pisa, *Op. cit.*, pag. 270.
- (76) F. Mantovani, *Op. cit.*, 2015, pag. 796.
- (77) Cass., Sez. 6, Sentenza n. 5254 del 10/11/2015 Ud. (dep. 09/02/2016) Rv. 265642.
- (78) P. Gaeta, A. Macchia, *Op. cit.*, pag. 2606.
- (79) P. Pomanti, *Op. cit.* pag. 5; S. Serra, "La causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.", in www.camerapenalenovara.it, pag. 20.
- (80) Cass. Sez. 5, Sent. n. 5800 ud. 02/07/2015 (dep. 11/02/2016), in www.cortedicassazione.it.
- (81) C.F. Grosso, *Op. cit.*, pag. 523; in senso adesivo R. BARTOLI, *Op. cit.*, pag. 663.
- (82) G. Alberti, *Op. cit.*, 16 dicembre 2015, pag. 11;
- (83) U.D. Molina, *Op. cit.*, pag. 11;
- (84) G.L. Gatta, "Note a margine di una prima sentenza della Cassazione in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.)", in "Diritto penale contemporaneo", 22 aprile 2015.
- (85) Corte Cost. 333/1991, in www.cortecostituzionale.it.
- (86) S. Serra, *Op. cit.*, pag. 10.
- (87) R. Dies, *Op. cit.*, pag. 22.
- (88) Nel senso della necessità di una valutazione globale del fatto anche G. Airò, *Op. cit.*, pag. 413.
- (89) F. Menditto, *Op. cit.*, pag. 29.
- (90) R. Dies, *Op. cit.*, pag. 23.
- (91) Cass., Sez. IV, 9 settembre 2015, n. 44132, Longoni, Rv. 264829-264830.
- (92) A. Corbo, "La non punibilità per particolare tenuità del fatto", in "Rassegna della giurisprudenza di legittimità- Ufficio del massimario della Corte di Cassazione", pag. 59.
- (93) Cass., Sez. 3, n. 47039 del 8 ottobre 2015 (dep. 27 novembre 2015), in "Il Foro italiano", 2016, fasc. 1, p. 2, con nota di S. Pierluigi, par. 4, pag. 12.
- (94) S.U. n. 25457 del 29/03/2012, Campagna Rudie, Rv. 252694.
- (95) Cass., Sez. IV, (ord.) 3 dicembre 2015, n. 49824, Tushaj.
- (96) G. Alberti, "Guida in stato di ebbrezza e rifiuto di sottoporsi agli accertamenti alcolimetrici: applicabile l'art. 131-bis c.p.? la parola alle Sezioni Unite", in "Diritto penale contemporaneo", 15 febbraio 2016, pag. 4.