

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:

Rossella Atzeni, Elena Bassoli (E.B.), Lavinia Botto, 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.), Leopoldo Ghigliotti (L.GH.), Francesco Ghisiglieri (F.GHI.), Carlo Iavicoli, Gian Maria Tavella (G.M.T.), Marco Tiby (M.TY.), Stefano Torchio (ST.TOR.), Ivano Vigiotti, Stefano Andrea Vignolo (ST.VGN.)

Sezione famiglia e minori:

Cinzia Miniotti, Giuliana Tondina

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.), Roberta Anania (R.A.), Marco Baghino (M.BAG.), Francesca Bagnasco (F.BGN.), Francesca Bartolini (F.BART.), Alexander Beecroft (A.BEE.), Massimo Benoit Torseno (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.), Cesare Bruzzone (C.BRU.), Carlo Alberto Calcagno, Alessandra Caldini, Sonia Canata (SO.C.), Chiara Canepa (CH.CNP.), Matteo Caniglia Cogliolo (M.C.C.), 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.), Pierpaolo Curri (P.P.CU.), Francesca Dagnino (F.DA.), Marina Damonte (MA.DMT.), Michele Dasio, 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.), Paolo Donadoni, Marcella Donati, Carlo Fava, Attilio Fagiani, Andrea Ferreccio (A.FRC.), Wanda Finelli (W.F.), Francesca Florino, Alessandro Fontana (A.F.), Antonio Fontana (A.FONT.), Cesare Fossati, Stella Frascà (ST.FR.), Serafina Funaro (SE.F.), Giovanna Galione (G.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 Liporace (A.LI.), Franco Longo (F.LO.), Francesca Maberino (F.MA.), Fiammetta Malagoli (F.MLG.), Natalina Mancini (NI.MA.), Andrea Maura (A.MAU.), Federica Marchese (FED.MH.), Cristina Marras, 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.), Nicola Orecchia (N.OR.), Francesca Orfanelli (F.O.), Giorgia Orsi, 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, Alberto Princiotta, Claudio Rambaldi (CL.RM.), Ottavia Raschi (O.R.), 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 Torriello, Serena Torri (S.T.), Andrea Trucchi, Elisabetta Varni (E.VAR.), Jenny Verduci (J.V.), Valeria Vignolo (V.VGN.), Giacomo Viotti, Andrea Vistosi (A.VST.), Fabio Zanoli (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.), Daniele Ferrari (D.F.), Alessia Fusco (A.FUS.), Sarah Garabellò (SAR.G.), Luca Leonardi (L.L.), Andrea Macchiavello (A.M.), Aurelio Domenico Masuelli, Andrea Mozziati, Maria Paola Pessagno, Federico Ponte (F.P.), Luca Sagunto, Alessandro Salustri, Jenny Verduci (J.V.)

Sezione di diritto tributario:

Sara Armella (S.A.), Alessia Baldassarre (A.BAL.), Stefano Betti, Andrea Bodrito, Giuseppe Croce (G.C.), Filippo Da Passano (F.P.), Elizabeth Frixione (EL.FRX.), Andrea Giolo (AN.GI.), Fabio Graziano (F.G.), Marco Grimani (MA.GRI.), Claudia Nouvion (C.N.), Caterina Oliva, Roberta Pera (R.P.), Alessandro Piccardi (A.P.), Agnese Querci (A.Q.), Lorenzo Ugolini (L.U.)

Sezione di diritto penale:

Cristina Brigneti (CR.BR.), Francesco Brignola (FR.BR.), Francesca Bruzzone (FR.BRZ.), Michele Ciravegna (M.CIR.), Luca Aldo Forlani, Marco Gerunzi, Giovanni Battista Gramatica, Stefania Ligas (S.LIG.), Nicoletta Lisi (NIC.LI.), Francesca Maberino (F.MA.), Maria Montemagno (M.MG.), Emanuele Olcese, Paola Pepe (P.PE.), Paolo Pittaluga (PA.PITT.), Luigi Sannino (L.SN.), Cristina Senes (CR.SEN.), Alessandro Torri (A.T.), Chantal Torrigino (CH.T.)

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

- Corte d'Appello di Genova, sez. min., 19 febbraio 2015 **3**
- Tribunale di Genova, sez. IX, ord. 13 giugno 2014 **6**  
Con nota di Marcello Stella
- La class action a tutela dei piccoli azionisti* **7**
- Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 12 novembre 2014 **11**
- Corte d'Appello di Genova, 20 gennaio 2015 **15**
- Corte di Cassazione, sez. lav., 27 gennaio 2015 **18**

Massime **21**

### Documenti

- *Il paternalismo giuridico: tra conoscenza e compassione.*  
Michele Marchesiello **24**
- *Interessi "processuali" e dintorni (a proposito della modifica dell'art. 1284 c.c.)*  
Mauro Grondona **32**
- *Responsabilità per cose in custodia*  
Antonio Fontana **35**
- *Scacco matto al custode: spunti problematici in tema di presunzione di responsabilità ex art. 2051 c.c.*  
Marco Tiby **38**
- *Cedu, diritto al processo e al gratuito patrocinio: il caso dell'Italia*  
Chiara E. Tuo **42**

- *Il trasporto marittimo delle merci pericolose*  
Filippo Maria Torresi **47**

### Recensioni e segnalazioni

- Guido Calabresi. *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano.*  
recensione di Michele Marchesiello **58**

---

## Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

### Sentenze e Ordinanze

- Corte Costituzionale, 27 gennaio 2015 **61**
- Con nota di Pasquale Costanzo **63**
- TAR Liguria, 13 gennaio 2015 **64**

Massime **66**

---

## Sezione di diritto tributario

Massime **70**

---

## Sezione di diritto penale

Massime **73**

### Documenti

- *"Conclusioni provvisorie" in tema di autoriciclaggio.*  
Paola Rizzo **76**

---

## L'Ordine degli Avvocati di Genova ringrazia



**BANCA PASSADORE & C.**

BANCA PRIVATA INDIPENDENTE FONDATA NEL 1888

## Sezione di diritto civile

**Sentenze e Ordinanze**

Corte d'Appello di Genova, sezione specializzata minori, 19 febbraio 2015 - Pres. Sangiuolo - Rel. Baudinelli - R. e S. (Avv.ti Figone e Giuliano).

**ADOZIONE - adozione internazionale ex art. 36 Legge 1983/84 - contrarietà all'ordine pubblico - sussiste - pronuncia di adozione ex art. 44 lett.d) Legge 1983/84 - ammissibilità.**

*Pur essendo stata pronunciata nello Stato del Marocco la Kafalah (istituto che prevede la protezione del minore in stato di abbandono da parte dell'affidatario ma quest'ultimo non assume il ruolo di tutore, né si creano legami parentali e diritti successori) e pur potendo ipotizzare, con riferimento a un eventuale provvedimento di adozione da parte del giudice italiano, la contrarietà all'ordine pubblico per elusione delle norme di diritto interno con riferimento alla normativa della adozione internazionale di cui alla legge 1983/84, non di meno appare legittima una pronuncia di adozione particolare ex art. 44 legge 1983/84, nella fattispecie la ipotesi di cui alla lettera d), in quanto tale forma di adozione non ha effetti legittimanti e consente di mantenere rapporti e legami con la famiglia di origine e ciò una volta che il minore ha fatto ingresso nello stato italiano. (Nella fattispecie la corte ha ritenuto sussistere abbondanti elementi di valutazione tra cui gli stessi provvedimenti dello stato marocchino che prevedono il diritto all'espatrio del minore, la valutazione di idoneità dei reclamanti alla custodia, la maturazione del minore di un senso di appartenenza alla famiglia reclamante e un particolare attaccamento alla signora V.R, tanto da considerarla la propria madre, che si è presa cura del fanciullo da tempo, spesso andando in Marocco).*

F.L.O.

(... Omissis...)

L'appello in esame risulta, ad avviso della Corte, fondato.

1) Il Tribunale per i minorenni di Genova assumeva la decisione impugnata, sulla scorta delle seguenti considerazioni.

a) Per quanto attiene alla domanda di riconoscimento del provvedimento dell'Autorità Giudiziaria del Marocco, invocando i ricorrenti a sostegno della propria domanda la sussistenza dei presupposti di cui agli artt. 65 e 66 DPR 218/2005, risultava evidente, secondo il TM, ai sensi dell'art. 67 stesso DPR, l'incompetenza del Tribunale minorile a decidere in via principale sul riconoscimento, competente essendo l'autorità giudiziaria ordinaria;

b) Per quanto attiene alla domanda di adozione ex art. 44 lett. a) o d) Legge 184/1983, tale domanda era inammissibile in quanto: i) l'art. 44 l. adoz. è uno strumento specifico rivolto al fine di garantire il diritto del minore alla costituzione della status di figlio in casi particolari, in cui non trova applicazione la generale disciplina sull'adozione di minorenni prevista dalla legge 183/84; ii) la rilevanza della kafalah come strumento di protezione dell'infanzia è riconosciuta dall'art. 20 della Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo; iii) è tuttavia pacifico che la kafalah, anche quando, come nel caso presente, è stata disposta giudizialmente a seguito di verifica dello stato di abbandono, non è

istituto assimilabile all'adozione, che è vietata dalla legislazione del paese di origine (v. in particolare art. 2 legge del Regno del Marocco n. 15/01, secondo il quale "la kafalah non dà diritto alla filiazione, né alla successione"); iv) è vero che la Cassazione (SU n. 21108/2013), esaminando la Kafalah giudiziale attribuita a cittadini italiani residenti in Italia (o cittadini UE titolari di soggiorno a titolo principale), quale presupposto per l'attuazione del ricongiungimento familiare del minore straniero e per il conseguente rilascio del visto d'ingresso, ed interpretando estensivamente la normativa in materia (in particolare gli artt. 2 e 3 Dlvo 30/2007), ritiene che il minore affidato in kafalah rientri nell'ambito degli "altri familiari" per i quali può essere chiesto il ricongiungimento; v) tuttavia la Corte, pur escludendo in linea di principio la contrarietà all'ordine pubblico dell'interpretazione accolta, proprio perché "il provvedimento straniero è destinato non a produrre direttamente, in quanto tale, effetti giuridici ma a costituire presupposto di fatto di un provvedimento amministrativo di ricongiungimento, avrebbe riconosciuto che la possibile contrarietà o l'elusione della disciplina sull'adozione internazionale "sarebbe ipotizzabile se dalla kafalah si volessero far derivare effetti nel nostro ordinamento identici o analoghi a quelli dell'adozione"; vi) in siffatta situazione di fatto e di diritto, il Tribunale per i Minorenni ritiene di non avere giurisdizione per decidere né misure di protezione, né tanto meno la costituzione dello status di filiazione, in capo ad un minore cittadino straniero, residente e dimorante nel paese d'origine, e per il quale le competenti autorità di tale paese hanno applicato misure di tutela, considerate idonee alla protezione del minore sulla base della legislazione convenzionale sopra ricordata ed esplicitamente escludenti la costituzione dello status di filiazione; vii) tale decisione sarebbe coerente anche con il quadro normativo desumibile dalla Convenzione dell'Aja del 19/10/1996 (sia pure ancora in corso di ratifica dinanzi al Parlamento italiano), la quale prevede agli artt. 3 e 33 la kafalah quale presupposto per l'attuazione del c.d. "affido familiare internazionale".

2) In merito alla motivazione della decisione impugnata si rileva che non paiono essere stati adeguatamente considerati dal Tribunale per i Minorenni gli aspetti di seguito indicati. **i)** Le caratteristiche dello strumento previsto dall'art. 44 L. 184/1983 e le sue differenze rispetto all'adozione legittimante. Da questo punto di vista, se è vero che a seguito dell'adozione pronunciata ai sensi della citata disposizione il minore assume lo stato di figlio adottivo dell'adottante o degli adottanti, si deve sottolineare, per quanto qui particolarmente interessa, che egli mantiene tutti i diritti e doveri verso la famiglia di origine.

**ii)** La verifica in ordine all'eventuale compatibilità del regime giuridico dell'adozione ai sensi della norma citata con la funzione e le finalità dell'istituto della kafalah nei paesi di diritto islamico. La particolarità di tali paesi è determinata dal fatto che il diritto islamico non ammette l'adozione (ragion per cui essi non hanno ratificato la Convenzione dell'Aja del 29/5/1993), ma prevede, quale strumento giuridico per la protezione dell'infanzia abbandonata, la kafalah, in virtù della quale l'af-

fidatario si prende cura del minore, ma non ne diventa il tutore, né si crea alcun legame parentale e successorio tra il minore affidato e l'affidatario, essendo la kafalah destinata a cessare con il raggiungimento della maggiore età. E' da premettere che, nel vigore dell'originario art. 31 l. adoz., in forza del quale l'ingresso nello stato a scopo di adozione di stranieri minori degli anni quattordici era consentito quando vi fosse provvedimento di adozione o di affidamento preadottivo del minore emesso da una autorità straniera o "altro provvedimento in materia di tutela e degli altri istituti di protezione dei minori", era possibile al giudice italiano dichiarare il provvedimento islamico di kafalah efficace in Italia come affidamento preadottivo e, infine, dichiarare l'adozione. Tale possibilità è oggi preclusa a seguito della ratifica, con la L. 476/1998, della Convenzione dell'Aja del 29/5/1993, non essendo soddisfatti i requisiti stabiliti dall'art. 36 L. 183/1984, per dichiarare efficaci in Italia l'adozione o l'affidamento a scopo adottivo pronunciato in un paese non aderente alla Convenzione né firmatario di accordo bilaterale con l'Italia: in particolare, per quanto qui interessa, la sussistenza da parte dei genitori naturali non di un generico consenso all'adozione, ma di un preciso consenso ad un'adozione avente effetto legittimante e quindi tale da comportare la cessazione dei rapporti giuridici fra il minore e la sua famiglia d'origine. Di tale condizione si deve escludere la sussistenza nel caso di specie, proprio in considerazione delle caratteristiche dell'istituto della kafalah che si sono sommariamente evidenziate. Se dunque certamente il provvedimento di kafalah non può essere assunto a presupposto per la pronuncia di adozione legittimante, si deve rilevare sotto questo profilo che la decisione impugnata segue il solco dei precedenti Giurisprudenziali di legittimità, che però sono esclusivamente relativi a tale forma di adozione (1). Dove appare deficitaria la motivazione del Tribunale per i minorenni è invece sul piano dell'approfondimento in ordine alla possibilità di conciliare le indicate caratteristiche della kafalah con quelle dell'adozione di cui all'art. 44 L. 184/1984, che non determina, come visto, la cessazione dei rapporti con la famiglia d'origine. Se infatti i requisiti di cui all'art. 36 L. 184/1984 sono stabiliti in riferimento all'adozione legittimante, che rescinde tali rapporti, potrebbero non esservi ostacoli, in linea di principio, con riguardo ad una forma di adozione che non ne impedisce la prosecuzione e che prevede, in ogni caso, presupposti diversi e del tutto autonomi rispetto all'adozione legittimante. A questo punto si aprirebbe la strada alla verifica, richiesta dai reclamanti, in ordine all'idoneità del provvedimento di kafalah a costituire un valido presupposto per l'adozione ai sensi dell'art. 44 lett. d) L. 184/1983 (dovendosi fin d'ora escludere la ravvisabilità dell'ipotesi di cui alla lett. a) della norma citata, che presuppone, nell'adottando, la condizione di orfano di entrambi i genitori, insussistente nel caso di specie).

III) Le conseguenze derivanti dall'orientamento della Giurisprudenza in merito al ricongiungimento del minore affidato in kafalah.

E' vero che le Sezioni Unite della Cassazione, con la pronuncia citata nella motivazione dal Tribunale per i Minorenni (2), hanno soltanto riconosciuto che il minore affidato con provvedimento di kafalah possa essere compreso "nell'ambito degli altri familiari di cui all'art. 3, comma 2, lett. a), per i quali il cittadino italiano residente in Italia (o il cittadino dell'Unione titolare di soggiorno a titolo principale) può chiedere il ricongiungimento se a) è a carico, ovvero, b) convive nel paese di provenienza del cittadino extracomuni-

tario, o, ancora, c) gravi motivi di salute ne impongano l'assistenza personale" (Cass. Sez. U, Sentenza n. 21108 del 16/09/2013, Rv. 627475, in motivazione). E' vero altresì che la Cassazione si pone il problema della possibile contrarietà di tale interpretazione estensiva all'ordine pubblico interno (non a quello internazionale, essendo la kafalah espressamente prevista come valida misura di protezione dei minori dall'art. 20 della convenzione di New York sui diritti del fanciullo, sottoscritta il 20 novembre 1989 e dagli artt. 3 e 33, della convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996, sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione del minore, sottoscritta dall'Italia, anche se non ancora ratificata e resa esecutiva), ma la contrarietà, ipotizzabile con riferimento al "rilievo attribuito a un provvedimento straniero di affidamento che potrebbe porsi come contrastante od elusivo della disciplina interna dell'adozione internazionale, da ritenersi di applicazione necessaria", e quindi qualora "si trattasse di attribuire efficacia in Italia a sentenze ed atti stranieri", viene esclusa in quanto, nella fattispecie esaminata dalla Corte, "il provvedimento straniero è destinato non a produrre direttamente, in quanto tale, effetti giuridici nel nostro ordinamento, ma a costituire presupposto di fatto di un provvedimento amministrativo interno di ricongiungimento" (Cass. Sez. U, Sentenza n. 21108 del 16/09/2013, Rv. 627475 in motivazione).

Ad avviso della Corte, è dunque evidente che il problema della contrarietà all'ordine pubblico si porrebbe solo nel caso in cui si producessero effetti in contrasto con la normativa sull'adozione internazionale, che consente l'adozione legittimante solo in presenza dei requisiti stabiliti dall'art. 36 L. 184/1983, mentre nella concreta fattispecie si tratta piuttosto di valutare se, da un lato, il provvedimento di kafalah emesso dall'Autorità Giudiziaria del Marocco, dall'altro, il legame affettivo creatosi tra il minore e i reclamanti, durante il prolungato periodo in cui si sono presi cura di lui nel paese di origine, possano, congiuntamente considerati, costituire valido presupposto per la pronuncia di adozione ai sensi dell'art. 44 lett. d) L. 184/1984, i cui effetti non sembrano confliggenti con il regime giuridico della kafalah e quindi neppure, per le ragioni indicate ai punti che precedono, con la "disciplina interna dell'adozione internazionale, da ritenersi di applicazione necessaria", secondo il dictum della Cassazione.

D'altro canto, se si seguisse di nuovo la via del ricongiungimento, in precedenza negato alla stessa coppia e che oggi non potrebbe non essere consentito, stante il mutato orientamento della Giurisprudenza in materia, una volta che il minore avesse fatto ingresso in Italia, ancor più difficilmente potrebbe essere disconosciuto il rilievo, ai fini dell'adozione prevista dall'art. 44 lett. d) L. 184/1983, di una situazione come quella così configurata.

IV) La peculiarità della situazione in esame.

Tale peculiarità dipende dal fatto che non vi è solo il provvedimento di kafalah, di cui tener conto, ma anche di tutto ciò che i reclamanti hanno compiuto, nel corso ormai degli anni, per prendersi cura del minore, dal punto di vista materiale e della vicinanza affettiva: la signora Raquel si è trasferita per periodi prolungati in Marocco, e anche quando non è presente ivi, si occupa del minore per mezzo di persone di fiducia, legate da vincoli familiari; i reclamanti provvedono a tutte le esigenze del minore; si è ormai creato un legame affettivo tale per cui il minore considera la signora Raquel come la propria madre. Tutto ciò del resto è avvenuto non

solo su un piano di fatto, ma in forza di un provvedimento giurisdizionale dello stato di origine che autorizzava l'operato della signora Raquel e addirittura l'espatrio del minore (non avvenuto come visto a causa del diniego del ricongiungimento).

Si comprende la posizione del Tribunale che ritiene di non avere giurisdizione per decidere né misure di protezione, né tanto meno la costituzione dello status di filiazione, in capo ad un minore cittadino straniero, residente e dimorante nel paese d'origine, e per il quale le competenti autorità di tale paese hanno applicato misure di tutela. Ma la situazione del minore è stata monitorata, sia pure per due volte a distanza anni dai servizi che si sono occupati della questione (peraltro riscontrando tanto nella relazione 28/11/2008 quanto nella relazione 24/1/2012 l'assiduità e l'attenzione con le quali la signora Racquel si prende cura del minore a lei affidato), e risulta ampiamente documentata attraverso il complesso iter giudiziario che è stato seguito nel corso del tempo: per cui la Corte ritiene al contrario di disporre di abbondanti elementi di valutazione, mentre non si può fare a meno di rilevare che nella misura di protezione adottata dallo stato di origine, è compresa l'autorizzazione all'espatrio, concessa con provvedimento del 12/8/2009. Inoltre, quanto alla natura del provvedimento di kafalah datato 24/6/2008, l'esame di esso evidenzia che è stato emesso in seguito alla dichiarazione di abbandono del minore e contiene l'accertamento dell'idoneità della signora Racquel alla custodia, per cui senz'altro si può dire che si tratta di kafalah pubblicistica (provvedimento emesso all'esito di procedura giudiziaria) e non si rientra nell'ipotesi - che pure sarebbe di rara verifica nella pratica - di affidamento in kafalah quale frutto di un accordo tra affidanti e affidatari, siglato davanti ad un giudice o ad un notaio, soggetto ad omologazione da parte dell'autorità giurisdizionale.

D'altra parte, come anticipato, non vi vede come in oggi, stante l'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia, potrebbe essere rifiutato il ricongiungimento del minore, né, realisticamente, come si potrebbe evitare di attribuire rilevanza alla sua situazione, sotto il profilo dell'art. 44 lett. d) L. 184/1983, una volta che egli avesse fatto legittimamente ingresso nel territorio nazionale, essendo chiaro che in quel momento verrebbero completamente a cadere le ragioni di dubbio espresse dal Tribunale in merito al decidere su un minore in quanto residente e dimorante nel paese di origine: avuto riguardo al fatto che il presupposto dell'adozione prevista dalla norma citata è costituito dalla constatata impossibilità di effettuare un affidamento preadottivo, il che avviene tipicamente, come ha chiarito la Giurisprudenza, qualora sussista una situazione di fatto (legami affettivi già instaurati dal minore con persona o persone che non possono ricorrere ad adozione legittimante) che non appare opportuno - nell'interesse di un minore che ha ormai maturato un senso di appartenenza alla famiglia presso la quale si trova considerandola come propria - travolgere solo perché non sussistono quelle condizioni che consentirebbero un'adozione con effetti legittimanti.

Poiché la sussistenza di siffatta situazione è già attualmente ravvisabile sulla base degli elementi di cui si dispone, appare evidente che l'ulteriore posticipazione di un'eventuale decisione sull'adozione al momento successivo all'ingresso potrebbe anche comportare una violazione della normativa in materia di giusto processo ai sensi dell'art. 111 Cost., in particolare del principio della ragionevole durata del processo, in considerazione del prolungato e travagliato iter giudiziario già affrontato dai reclamanti.

In definitiva, in relazione alla peculiarità della situazione concreta, ed in attesa della ratifica della convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996, sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione del minore (3), si tratta di trovare una soluzione adeguata, mediante l'unico strumento, previsto dalla normativa vigente, che appare non in contrasto con la disciplina sull'adozione internazionale: ponendosi "sulla stessa linea seguita dalla comunicazione della Commissione al Parlamento e al Consiglio Europeo del 2 luglio 2009, denominata Guida agli aspetti di difficile trasposizione e applicazione della direttiva 2004/38/CE" nella quale si afferma che "i minori in affidamento e i genitori affidatari che hanno l'affidamento temporaneo possono beneficiare dei diritti previsti dalla direttiva a seconda dell'intensità del legame caso per caso" e che "nell'attuare la direttiva gli Stati membri devono sempre agire nell'interesse superiore del minore, secondo quanto contemplato dalla convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989".

In definitiva l'appello deve essere accolto, riformando la sentenza impugnata.

#### P.Q.M.

In riforma della sentenza Tribunale per i minorenni 7/11/2014, ed in accoglimento dell'appello proposto da Racquel e Sergio, pronuncia l'adozione ai sensi e per gli effetti dell'art. 44 lett. d), in favore dei reclamanti, del minore Ali nato il 2008 in Marocco.

#### Note:

(1) Deve essere dichiarata inammissibile la domanda, proposta ai sensi degli artt. 66 e 67 della legge 31 maggio 1995, n. 218, di riconoscimento in Italia del provvedimento di affidamento in "kafalah" di un minore in stato d'abbandono, ad una coppia di coniugi italiana, emessa dal Tribunale di prima istanza di Casablanca (in Marocco), atteso che l'inserimento di un minore straniero, in stato d'abbandono, in una famiglia italiana, può avvenire esclusivamente in applicazione della disciplina dell'adozione internazionale regolata dalle procedure richiamate dagli artt. 29 e 36 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (come modificata dalla legge 31 dicembre 1998, n. 476, di ratifica ed attuazione della Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993), con la conseguenza che, in tale ipotesi, non possono essere applicate le norme generali di diritto internazionale privato relative al riconoscimento dei provvedimenti stranieri, ma devono essere applicate le disposizioni speciali in materia di adozione ai sensi dell'art. 41, secondo comma, della legge n. 218 del 1995. (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 19450 del 23/09/2011, Rv. 619712)

(2) Non può essere rifiutato il nulla osta all'ingresso nel territorio nazionale, per ricongiungimento familiare, richiesto nell'interesse di minore cittadino extracomunitario, affidato a cittadino italiano residente in Italia con provvedimento di "kafalah" pronunciato dal giudice straniero, nel caso in cui il minore stesso sia a carico o conviva nel paese di provenienza con il cittadino italiano, ovvero gravi motivi di salute impongano che debba essere da questi personalmente assistito. (Principio enunciato ai sensi dell'art. 363 c.p.c.) (Cass. Sez. U, Sentenza n. 21108 del 16/09/2013, Rv. 627475); v. anche Cass. Sez. 1, Sentenza n. 11404 del 22/05/2014, Rv. 631435.

(3) Nella quale è espressamente previsto (art. 3, lett. e) che il collocamento di un minore in una famiglia di accoglienza tramite kafalah è una delle misure di protezione della persona oggetto della disciplina convenzionale e all'art. 33, viene disciplinato il procedimento per l'attribuzione di effetti in ordinamenti diversi da quello in cui il provvedimento di affidamento è disposto ("1. Quando prospetta il collocamento del minore in una famiglia di accoglienza o in un istituto, o la sua assistenza legale tramite kafalah o istituto analogo, e quando tale collocamento o assistenza avverrà in un altro Stato contraente, l'autorità competente ai sensi degli artt. 5 e 10 consulterà preliminarmente l'Autorità centrale o un'altra autorità competente di quest'ultimo Stato. A tal fine le comunicherà un rapporto sul minore e i motivi della sua proposta di collocamento o assistenza. 2. La decisione sul collocamento o l'assistenza potrà essere presa nello Stato richiedente solo se l'Autorità centrale o un'altra autorità competente dello Stato richiesto avrà approvato tale collocamento o assistenza, tenuto conto del superiore interesse del minore"). Nella motivazione di Cass. Sez. U, Sentenza n. 21108 del 16/09/2013, Rv. 627475 si legge: "È evidente che la ratifica della convenzione da parte dell'Italia avrebbe risolto e, comunque, risolverebbe per il futuro, tutti i problemi interpretativi e applicativi oggetto delle precedenti decisioni della Corte e di quelli posti dall'attuale procedimento".

Tribunale di Genova, sez. IX civ., ord. 13 giugno 2014, Pres. Costanzo - Rel. Giordano - Comitato tutela del risparmio Banca Carige (Avv. M. Viale) c. Banca Carige s.p.a. (Avv.ti Roppo, Bianchi, Bernava, Mazzeo, Afferni, Passeri).

**CONSUMATORI e utenti - azione di classe - comitato - legittimazione processuale - condizioni.**

**CONSUMATORI e utenti - azione di classe - legittimazione processuale - conferimento di mandato a comitati - necessità.**

**CONSUMATORI e utenti - azione di classe - mancata indicazione dei singoli consumatori proponenti - inammissibilità.**

(Art. 140-bis, D.lgs. 206/05)

*La legittimazione di un comitato costituito ai sensi dell'art. 140-bis, co. I, cod. cons. a stare in giudizio in nome e per conto dei suoi membri sussiste, senza bisogno di conferimento di una procura ad hoc, esclusivamente se il comitato è stato costituito all'unico scopo di promuovere l'azione di classe. (1)*

*E' inammissibile, per difetto di legittimazione ad agire, l'azione di classe proposta da un comitato che affermi di agire in proprio a tutela di diritti altrui, facenti capo a soggetti non identificati né individuabili per relationem in tutti i suoi membri. (2) (Fattispecie in tema di azione di classe risarcitoria proposta da un comitato di piccoli azionisti a fronte di una pratica commerciale scorretta ritenuta lesiva del diritto alla consapevole scelta di investimento o disinvestimento in azioni della banca convenuta e dichiarata inammissibile per carenza di legittimazione ad agire del comitato proponente).*

(... Omissis...) Il Comitato "Tutela del Risparmio - Banca Carige" ha proposto azione ex art. 140 bis codice del consumo, esponendo:

- di essersi costituito al fine di "rappresentare, tutelare e difendere i diritti e le aspettative dei piccoli azionisti di Banca Carige S.p.a., intendendosi per essi tutti coloro... che detengano la proprietà di azioni del predetto Istituto di credito alla data del 3 dicembre 2013 non superiore allo 0,1% del totale azioni Banca Carige S.p.a." (art. 2 dello statuto - doc. 4);

- che Banca Carige aveva fornito informazioni incomplete o fuorvianti, se non addirittura false e menzognere, circa la propria reale situazione economico - finanziaria, in occasione della diffusione delle circolari informative agli azionisti del 2011, 2012 e 2013 e di un assemblea dei soci tenutasi in data 30.9.2013;

- che ciò costituiva pratica commerciale scorretta ( ai sensi ex art. 18 comma 1 lett. d) cod. cons.), avendo avuto l'effetto di incidere sulle scelte di investimento dei suddetti piccoli azionisti, inducendoli ad acquistare oppure a non vendere azioni Carige, in ogni caso a compiere scelte, relative all'investimento dei propri risparmi, che altrimenti non avrebbero compiuto;

- che tali azionisti, cui andava riconosciuta la qualifica di consumatori, ai sensi dell'art. 3 cod. cons. - in ragione della loro limitata partecipazione azionaria, tale da impedirne l'identificazione con la banca convenuta, sulla cui gestione non potevano in alcun modo incidere - erano titolari di diritti omogenei, che si assumevano lesi, a causa dalla suddetta pratica commerciale scorretta, in conseguenza della perdita di quotazione delle relative azioni.

Sulla base di tali allegazioni, chiedeva:

che ritenuta l'ammissibilità dell'azione e adottati provvedimenti ex art. 140 bis comma 9 venisse accertata "la responsabilità della banca CARIGE s.p.a. e per essa dei suoi organi amministrativi (consiglio di amministrazione, presidente e direttore generale) e di controllo, in carica sino al 30.9.2013, in solido fra loro, per pratiche commerciali scorrette" e conseguentemente; che la stessa Banca venisse condannata "al risarcimento di tutti i danni a causa di ciò derivati ai clienti - risparmiatori del Comitato nella misura che risulterà dovuta in corso di causa ovvero ritenuta equa, oltre rivalutazione ed interessi."

La Banca convenuta, costituendosi in giudizio, ha contestato l'ammissibilità e la fondatezza dell'azione, sotto molteplici profili, ed ha concluso chiedendo la declaratoria di inammissibilità e, subordinatamente, il rigetto della domanda nel merito, con pubblicazione della sentenza.

**Sull'eccezione preliminare di difetto di legittimazione attiva.**

Ai sensi dell'art. 140 bis cod. cons. (rubricato "Azione di classe") la legittimazione attiva spetta ai singoli consumatori e utenti ("ciascun componete la classe ... può agire"), diversamente da quanto previsto per l'azione di cui all'art. 32-bis del TUF, richiamato a pagina 7 dell'atto di citazione, (rubricato "Tutela degli interessi collettivi degli investitori"), che riconosce legittimazione attiva alle associazioni dei consumatori, inserite nell'elenco di cui all'art. 137 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, per la tutela degli interessi collettivi degli investitori, nelle forme previste dagli articoli 139 e 140 del predetto decreto legislativo ( che prevedono la legittimazione ad agire in capo ai soggetti di cui all'art. 139 del decreto n. 206). L'art. 32-bis del TUF richiama, infatti, significativamente, le forme previste dagli artt. 139 e 140 cod. cons. e non anche all'azione di classe prevista dall'art. 140 bis in esame, a conferma della diversità delle posizioni tutelabili e della conseguente differente legittimazione ad agire;

d'altronde l'attuale art. 140 bis significativamente è diverso da quello introdotto nel 2007, in cui la legittimazione ad agire era attribuita ad enti collettivi ed i consumatori o utenti potevano aderire all'azione o intervenire nel giudizio. L'art. 140 bis cod. cons. precisa, altresì, che ciascun componente della classe, ossia ciascun consumatore o utente, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa. Nel caso in esame l'azione è stata proposta da un Comitato. Occorre, dunque, chiarire se il conferimento di un mandato sia richiesto soltanto nel caso in cui l'azione sia esercitata mediante associazioni ovvero anche mediante comitati, posto che il dato letterale della norma riferisce il conferimento del mandato alle sole associazioni ("mediante associazioni cui dà mandato") richiamando, per la proposizione dell'azione mediante comitati, il requisito della partecipazione agli stessi ("o comitati cui partecipa").

Come evidenziato in dottrina, la mera partecipazione ad un comitato può ritenersi sufficiente a fondare la legittimazione di quest'ultimo soltanto laddove lo stesso sia stato costituito espressamente al solo scopo di promuovere l'azione di classe di cui si tratta, di talché, per norma statutaria, l'adesione all'ente comporta il conferimento di mandato per l'esercizio dell'azione. Una diversa interpretazione non giustificherebbe costituzionalmente la possibilità, per i soli comitati, di prescindere

dal conferimento di mandato.

Poiché la parte sostanziale del giudizio - in quanto titolare del diritto azionato e destinatario degli effetti della sentenza - è comunque sempre il singolo consumatore o utente - è necessario, perché si possa ravvisare il potere di stare in giudizio in capo al comitato, unico attore nella presente causa, non solo l'esistenza del mandato, ma anche l'indicazione del nome del soggetto il cui diritto viene azionato.

Nel caso in esame difettano entrambe i requisiti: 1) l'atto di citazione non contiene indicazione del nome degli aderenti al comitato che hanno inteso promuovere l'azione, 2) il Comitato ha agito in nome proprio a tutela di diritti altrui, facenti capo a soggetti non identificati né individuabili *per relationem* in tutti gli aderenti al comitato e ciò in quanto a) neppure si conoscono tutti gli aderenti al comitato, alla data di introduzione del giudizio, b) sicuramente due partecipanti all'assemblea del 20.2.2014, che ha deliberato la proposizione della presente azione - di cui non è, peraltro, nota l'identità non risultando essa dal verbale di assemblea - sono estranei al presente giudizio, avendo espresso voto contrario alla proposizione della presente causa. Né potrebbe sostenersi che il fatto di partecipare al comitato renda anche costoro automaticamente parti del giudizio, non potendo ragionevolmente ritenersi che il fatto di partecipare al comitato li abbia privati della disponibilità di tali diritti.

Tale carenza, in primo luogo, rende di per sé inammissibile l'azione, in quanto restano incerti i limiti soggettivi del giudicato, non essendo noto chi siano i titolari dei diritti pretesamente azionati; in secondo luogo non consente di verificare il requisito soggettivo della qualifica di consumatore, con ciò compromettendo il diritto di difesa di parte convenuta, costituzionalmente garantito: si noti che lo scopo del comitato e quello di tutelare i diritti e le aspettative dei piccoli azionisti di Banca Carige S.p.a., per tali intendendosi a termini di statuto (art. 2) persone sia fisiche che giuridiche, per la quali è esclusa ai sensi di legge la qualifica di consumatore. Il Comitato non risulta munito di mandato: il Comitato attore non è stato costituito al solo scopo di promuovere la presente azione e, quindi, in base a quanto sopra esposto, la sua legittimazione non può prescindere dal conferimento di un mandato da parte dei singoli aderenti. Il Comitato attore si propone, infatti, finalità più ampie ed anche estranee alla proposizione di azioni giudiziarie (cfr. art. 2 dello statuto): a) promuovere la conoscenza e il rispetto della legalità nella sfera del risparmio e dell'investimento; b) rappresentare tutelare e difendere i diritti e le aspettative dei piccoli azionisti di Banca Carige; c) partecipare, tramite propri esponenti, agli organi rappresentativi e decisionali societari e di controllo della banca medesima; d) relazionarsi con soggetti istituzionali, che possano svolgere funzioni di vigilanza e coordinamento nei confronti di banca Carige; e) agire in giudizio e/o in sede stragiudiziale con lo scopo di tutelare i diritti dei propri aderenti o di coloro che comunque rientrino nella sfera di cui alla lett. b); f) agire a tutela degli interessi degli aderenti anche attraverso le modalità previste dall'art. 36 lett. a) del TUF). L'adesione allo stesso non comporta quindi il conferimento di alcun mandato alla proposizione del presente giudizio. La previsione fra gli scopi statutari di quello cui al punto e) dell'art. 2: "agire in giudizio ... per la tutela di diritti dei proprio aderenti o di coloro che comunque rientrano nella sfera di cui alla lett. b)" non comporta che, con l'adesione al Comitato e l'accettazione dello statuto, i singoli

aderenti conferiscano mandato al Comitato per la tutela dei propri diritti individuali. La finalità del comitato espressa attraverso tale previsione statutaria necessita, infatti, per la sua attuazione, del conferimento di specifico mandato da parte di ciascun aderente. Tale interpretazione è avvalorata dalla previsione di cui all'art. 8 dello statuto, in base al quale spetta all'assemblea "deliberare le azioni legali (giudiziali e stragiudiziali)", a conferma del fatto che la previsione di cui all'art. 2 punto e) non legittima di per sé il Comitato alla proposizione di qualunque azione, pur finalizzata alla tutela dei piccoli azionisti Carige. Diversamente dovrebbe ammettersi che per solo fatto di aderire al comitato il singolo aderente possa trovarsi, anche contro la propria volontà, ad essere parte in un giudizio proposto dal comitato a tutela di diritti individuali (e non di diritti facenti capo al comitato in quanto tale) in forza di delibera assembleare del comitato approvata a maggioranza con il suo voto contrario; ipotesi questa ricorrente nel caso di specie ove la delibera del 20.2.2014 sul punto 3 all'o.d.g. avene ad oggetto "proposizione azione di classe" è stata votata con il voto contrario di due partecipanti all'assemblea (di cui non è peraltro nota l'identità, come ignota è l'identità di coloro che hanno partecipato all'assemblea e hanno votato a favore). Il conferimento di tale mandato, per i motivi appena esposti (ossia mancata indicazione nominativa di coloro che hanno votato favorevolmente alla proposizione dell'azione), non può neppure ricavarsi dal tenore del verbale di assemblea sopra citato, che dà atto soltanto dell'adozione, da parte dell'ente, di una delibera di proposizione della causa, che però necessita, a valle, del conferimento di specifico mandato da parte dei titolari dei diritti che si intendono azionare.

Per tali motivi deve essere dichiarata la inammissibilità della domanda per difetto di legittimazione ad agire del Comitato attore.

(...*Omissis*...) P.Q.M.

Il Collegio, visto l'art. 140 bis d.lgs. n. D.lgs. n. 206/2005, dichiara l'inammissibilità dell'azione per difetto di legittimazione ad agire del Comitato "Tutela del risparmio Banca Carige". (...*Omissis*...)

**(1-2) La prima class action a tutela di piccoli azionisti scivola su un apparente difetto di legittimazione processuale del comitato proponente ma il Tribunale adito non le tende la mano.**

1. La riscrittura dell'art. 140-bis cod. cons. ad opera della l. 99/2009 ha restituito la legittimazione a promuovere l'azione di classe ai singoli consumatori o utenti titolari dei diritti individuali omogenei lesi da un illecito plurioffensivo o seriale. Oggi: "ciascun componente della classe ... può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni".

Il ruolo degli enti collettivi nel processo di classe, con ciò, non è stato ridimensionato. Di fatto risulterà ancora indispensabile per sostenere gli oneri patrimoniali e tecnico-organizzativi legati al contenzioso collettivo. Difficilmente un singolo consumatore, titolare di un micro-credito seriale, risulterà capace o ben disposto a farsene carico. Se non vuole agire in tutto e per tutto da solo e sobbarcarsi tutti quanti i costi e i rischi, l'aspirante *class representative* potrà farsi coadiuvare, anzitutto, da una associazione consumeristica. Ed anzi, quasi sempre sarà proprio l'associazione ad eleggere, tra la cerchia dei titolari dei diritti omogenei, il consuma-

tore danneggiato più idoneo ad assumere il ruolo di parte in senso formale, per mettere al suo fianco la propria struttura organizzativa e patrimoniale e consentire all'azione di classe di superare il filtro di ammissibilità previsto dal co. 6 (1).

Per non tarpare l'iniziativa privata, il legislatore ha esteso la legittimazione a proporre l'azione di classe anche a comitati costituiti *ad hoc*, a condizione che al comitato "partecipati" almeno uno dei componenti della classe potenziale. Probabilmente si è ritenuto più affidabile e motivato il comitato che oltre a proporsi lo scopo di tutela di diritti omogenei facenti capo a una cerchia più o meno allargata di soggetti annoverati, tra le sue file, almeno un portatore dell'interesse egoistico (2).

2. L'ordinanza in commento concerne appunto un caso in cui un gruppo di piccoli azionisti aveva dato vita ad un comitato per promuovere una azione di classe risarcitoria nei confronti della banca partecipata.

Cosa più facile a dirsi che a farsi, verrebbe da dire (3).

Giova premettere che lo scarno dettato dell'art. 140-bis consente di delineare tre ipotesi di coinvolgimento di un comitato nel processo collettivo.

La prima (e meno probabile) è quella in cui il proponente dell'azione di classe rimane pur sempre il singolo danneggiato. In questo caso il comitato, cui il singolo partecipa, si limiterà ad assistere l'attore individuale nel compimento delle attività coesenziali al processo di classe (pubblicizzazione dell'azione di classe, raccolta delle adesioni degli altri componenti della classe, etc.), non starà in giudizio né potrà nominare un proprio difensore di fiducia per compiere gli atti processuali: verrà in rilievo nella sua dimensione puramente oggettiva, di patrimonio destinato a uno scopo. La proverbiale borsa cui attingere per finanziare l'azione di classe. Unico soggetto legittimato a compiere gli atti processuali, in questo caso, sarà il consumatore proponente l'azione. Nell'atto di citazione, l'attore dovrà peraltro precisare di volersi giovare dell'assistenza tecnico-organizzativa del comitato, così da mostrarsi soggetto idoneo a curare adeguatamente l'interesse della classe e consentire all'azione di superare il filtro di ammissibilità.

Potrebbe accadere anche (seconda ipotesi) che i componenti della classe cedano al comitato costituendo i loro micro-crediti individuali (4). Il comitato, in tal caso, ben potrà promuovere l'azione di classe in proprio.

La terza e più accreditata ipotesi è quella in cui il ruolo di parte processuale è assunto direttamente dal comitato, che figurerà dunque come unico attore formale (5).

Il caso deciso, piuttosto faticosamente, si colloca qui.

Il Tribunale ligure, per prima cosa, si è chiesto se il comitato attore tragga il potere di stare in giudizio in nome e per conto dei consumatori in virtù della mera partecipazione di questi ultimi al comitato; oppure se *a latere* della sottoscrizione del programma del comitato occorra comunque un formale atto di conferimento del potere di rappresentanza sostanziale e processuale in favore dell'ente che agisce, da parte dei consumatori titolari dei diritti soggettivi omogenei dedotti in giudizio mediante l'atto di citazione contenente la domanda risarcitoria.

Secondo la tesi abbracciata dal Tribunale (6), il rilascio di una procura in favore del comitato-attore non sarebbe necessario nel solo caso in cui il comitato sia stato costituito espressamente con l'unico scopo di promuovere l'azione di classe. Qualora, invece, gli scopi del comitato siano più d'uno, il nesso biunivoco tra adesione del consu-

matore al comitato e conferimento del potere di rappresentanza sostanziale e processuale verrebbe meno.

Questa tesi (7) persuade poco.

E' ben vero, infatti, che l'ampiezza dei poteri che il comitato riceve dai suoi membri dipende, in concreto, dallo scopo annunciato nel programma o nello statuto; ma quando un comitato è costituito ai sensi dell'art. 140-bis, e tra le sue finalità campeggia quella di agire in giudizio a tutela dei micro-crediti individuali, il consumatore che stipula il c.d. negozio di oblazione con cui diventa membro del comitato, sarà ben consapevole ed accetterà sempre di buon grado di essere rappresentato in giudizio dal comitato (8).

La sottoscrizione del programma del comitato, in altre parole, sarà l'equipollente di un conferimento convenzionale del potere di rappresentanza sostanziale e processuale al comitato.

Non si vede perché tale conclusione dovrebbe mutare allorché le finalità per cui il comitato è costituito siano più d'una. Non si spiega, infatti, perché la rappresentanza conferita dovrebbe essere meno valida se oltre allo scopo di "stare in giudizio per tutelare i diritti dei suoi membri" il comitato assommi anche lo scopo programmatico di "promuovere la conoscenza e il rispetto della legalità nella sfera del risparmio" nell'interesse dei rappresentati.

La pluralità degli scopi statuari del comitato attore, nel caso di specie, non era dunque una buona ragione per rilevare una manchevolezza nel potere di rappresentare in giudizio i suoi membri.

Ulteriore fonte di complicazioni nel caso di specie è stata ritenuta la seguente: da statuto, la proposizione dell'azione di classe doveva essere deliberata dalla maggioranza dei membri del comitato. L'azione contro la banca convenuta era stata sì deliberata dalla maggioranza, ma con il voto contrario di due membri.

A giudizio del tribunale ciò avrebbe impedito al comitato di agire in giudizio a tutela dei diritti soggettivi dei suoi membri senza avere acquisito da ciascuno di essi una idonea procura: "diversamente dovrebbe ammettersi che per il solo fatto di aderire al comitato il singolo aderente possa trovarsi, anche contro la propria volontà, ad essere parte in un giudizio proposto dal comitato a tutela di diritti individuali".

L'argomento, non si può nascondere, è suggestivo. Tuttavia, non può essere condiviso.

All'assemblea, infatti, non era demandato di modificare gli scopi del comitato (che rimanevano quelli fissati nel programma, condivisi da ciascun componente all'atto di divenire membro) né i suoi poteri. Lo statuto prevedeva soltanto, come di regola avviene negli statuti delle società, che la proposizione dell'azione giudiziale (che rientrava perfettamente negli obiettivi e nei poteri del comitato) fosse preceduta da una deliberazione della maggioranza, trattandosi, dopotutto, del compimento di un atto che avrebbe implicato l'impiego dei fondi raccolti dal comitato, la selezione e la remunerazione del *class counsel*, etc. Questo procedimento di formazione della volontà dell'ente retto dal principio maggioritario (9) era stato preventivamente accettato da tutti i membri del comitato, all'atto della sottoscrizione. Essi erano dunque pienamente consapevoli che il comitato avrebbe agito e fatto valere in giudizio i diritti individuali di ciascuno, se e quando ciò fosse stato voluto dalla maggioranza dei suoi membri. Il voto contrario all'esercizio dell'azione di classe, pertanto, non avrebbe determinato il venir meno del potere del comitato di stare in giudizio in nome e per conto dei suoi membri, neppure limitatamente ai dissenzienti.

A codeste (vere o presunte) difficoltà di galleggiamento dell'azione di classe, ad ogni buon conto, si sarebbe potuto sopperire fissando un termine al comitato-attore entro cui regolarizzare i suoi poteri di rappresentanza volontaria a norma dell'art. 182 c.p.c.: vuoi sollecitando la ratifica della domanda giudiziale da parte dei suoi membri, vuoi consentendo al comitato di farsi rilasciare una procura idonea ai sensi dell'art. 77 c.p.c.

Senonché l'iniziativa del comitato attore era caratterizzata da altri due, e questa volta genuini, vizi.

Primo. L'ente attore aveva ommesso di indicare i nominativi dei suoi membri nell'atto di citazione e, da statuto, risultava che il comitato si proponeva di tutelare i diritti di tutti gli azionisti, non solo persone fisiche ma anche persone giuridiche (piccole imprese) (10). Queste circostanze, a giudizio del Tribunale, non avrebbero consentito di verificare *in limine* "il requisito soggettivo della qualifica di consumatore" in capo ai rappresentati.

Nulla cui un ordine di integrazione ai sensi dell'art. 164, co. V, c.p.c. non avrebbe potuto ovviare, beninteso. Il Tribunale poteva rilevare, molto semplicemente, che se vi è incertezza in ordine all'identità del titolare (o ai titolari) del diritto (o dei diritti) dedotto in giudizio, l'atto di citazione è bensì affetto da una nullità (11), ma si tratta di una nullità sanabile dall'attore.

Come se non bastasse, però, il comitato aveva inopinatamente affermato di agire "in nome proprio a tutela di diritti altrui". Esiziale conseguenza di questa impostazione della domanda è che se anche i nominativi dei *domini litis* fossero infine venuti alla luce, comunque una ratifica della domanda giudiziale da parte dei titolari dei diritti sarebbe stata preclusa (12).

Il diavolo fa le pentole, insomma... e proprio nulla (a meno di ritenere che l'affermazione del comitato attore fosse scusabilmente imputabile ad una ambiguità dell'art. 140-bis, nel qual caso, una sanatoria si sarebbe forse potuta cercare a livello di interpretazione del contenuto pretensivo della domanda) avrebbe potuto risparmiare l'azione di classe così impostata da una declaratoria di inammissibilità: alla fine dipesa - anche se la *ratio iudicandi* non è perfettamente distinguibile - da un assorbente difetto di legittimazione ad agire (ex art. 81 c.p.c.) del comitato-attore.

Marcello Stella

Dottore di ricerca in diritto processuale civile

Università di Milano

Avvocato in Milano e Verona

#### Note:

(1) Così Consolo, in Consolo-Zuffi, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons. Lineamenti processuali*, Padova, 2012, 120, per il quale il mandato di cui al primo comma dell'art. 140-bis non deve essere inteso come volto a conferire un potere di rappresentanza in giudizio all'associazione ai sensi dell'art. 77 c.p.c., bensì va ricondotto al *genus* della c.d. rappresentanza tecnica: l'associazione (o il comitato), nel loro ruolo di mandatari *sui generis* del *class representative*, hanno infatti il compito di mettere al servizio dell'attore e della classe la loro esperienza, il loro *appeal* mediatico e le loro risorse tecnico-organizzative per adempiere agli oneri che il processo di classe comporta. Proprio in questo senso, da ult., App. Torino, 26.1.2012: "l'associazione (o comitato) assume dunque *ex lege* una funzione di ausilio tecnico ... senza alcuna interferenza sulla titolarità, né sulla disponibilità del rapporto sostanziale dedotto con l'azione risarcitoria"; e già App. Torino, 23.9.2011, in *Foro it.*, 2011, I,1, 1888 che si riporta testualmente alla tesi del citato A.

(2) La previsione di cui all'art. 140-bis traccia anche una eccezione rispetto all'art. 39 c.c., tenuto conto che lo scopo per cui i comitati vengono istituiti "è generalmente di interesse pubblico e in ogni caso non egoistico" (Cass. 14.10.1960, n. 2743; Cass., 23.6.1994, n. 6032). Quanto mai sfuggente, tuttavia, è il ruolo che il consumatore è chiamato ad assumere in seno al comitato. La questione non è di poco momento, poiché attiene ad una

condizione cui il legislatore ha subordinato la legittimazione processuale del comitato. Il deposito di un atto di citazione, da cui risulta che il comitato è partecipato da un consumatore o da un utente, è a ben vedere un requisito di ammissibilità della domanda. Questo requisito farà difetto nel caso in cui il comitato non risulti partecipato da neppure un consumatore appartenente alla classe. Ma che cosa vuol dire "partecipare" ad un comitato? Secondo la dottrina più autorevole (Galgano, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1976, 276 ss.) due sono le fasi in cui il fenomeno giuridico del comitato può essere scandito. Della prima fase, che attiene alla iniziativa della pubblica sottoscrizione, sono protagonisti i *promotori*: "costoro svolgono in esecuzione dell'impegno contrattuale fra loro intercorso (il contratto di comitato), un'attività che consiste nel diffondere tra il pubblico il programma di un'opera di interesse collettivo, nell'invitare ad offrire fondi per la realizzazione dell'opera, nel curare l'esecuzione delle sottoscrizioni". Una volta terminata la raccolta di fondi e che sia stata raggiunta la formazione di un patrimonio idoneo al raggiungimento dello scopo, "escono dalla scena i promotori: questi potranno, come normalmente accade, assumere essi stessi la qualità di organizzatori e provvedere alla destinazione dei fondi raccolti allo scopo annunciato... [Tuttavia,] l'ulteriore attività di erogazione del patrimonio raccolto è, anziché esecuzione del contratto di comitato, adempimento dei negozi di oblazione: essa è attività degli organizzatori, quali amministratori di una fondazione costituita dalla pluralità degli oblatori. Che ai negozi di oblazione, e non al contratto di comitato, vada imputato il vincolo di destinazione gravante sui fondi raccolti è, d'altronde, confermato dal fatto che una loro diversa destinazione può, a norma dell'art. 42, essere prevista dai promotori solo al momento della costituzione". La questione relativa al significato della "partecipazione" del singolo consumatore al comitato, sul piano esecutivo e sul piano dei suoi risvolti dinamico-processuali, si lascia allora formulare più nitidamente in questi termini: perché sussista la *legitimatō ad processum* del comitato occorre che un membro della classe abbia assunto il ruolo di promotore - attività, evidentemente, che si sarà già esaurita al momento della proposizione della domanda giudiziale -, di organizzatore o gestore dei fondi raccolti, oppure, ancora, è sufficiente che (almeno) un consumatore abbia sottoscritto il programma del comitato e si sia dunque, come recita l'art. 41 c.c., impegnato ad effettuare le obblazioni promesse? La prima soluzione, al pari dell'ultima, ha il pregio della certezza. Al momento della verifica dei presupposti processuali che attengono alle parti (tra cui la capacità processuale, i.e. di compiere atti del processo) sarà immediatamente possibile controllare se il comitato annoveri tra i suoi promotori o tra i suoi sottoscrittori almeno un membro della classe potenziale nel cui interesse affermi di agire. La seconda soluzione presta invece il fianco all'inconveniente che il *class member* partecipante al comitato (ma non in qualità di promotore, né di sottoscrittore) potrebbe essere cessato dalla carica di organizzatore o di gestore dei fondi al momento della proposizione della domanda, oppure potrebbe cessare dalla carica *pendente lite*. Nel qual caso, a meno che egli non venga rimpiazzato nello stesso ruolo da un altro *class member*, il comitato si ritroverebbe sguarnito di una delle condizioni che lo legittimano a stare in giudizio a mente dell'art. 140-bis, co. 1. La lettera della legge, come detto, non offre appigli che consentano di preferire una soluzione ad un'altra, quanto al significato da dare alla locuzione "*cui partecipa*". Se la *ratio* della diretta partecipazione del consumatore al comitato è semplicemente quella di allineare gli scopi del comitato agli interessi egoistici dei componenti della classe, tale esigenza sarà soddisfatta egregiamente sia che il consumatore abbia assunto il ruolo di promotore del comitato (come, presumibilmente, quasi sempre accadrà per Consolo, *op. cit.*, 112), sia quando abbia sottoscritto il programma del comitato e si sia impegnato ad effettuare l'oblazione: ciò accadrà in tanto in quanto il vincolo di destinazione dei fondi raccolti, prospettato nel programma stilato dai promotori, sia in linea con l'aspirazione di ricevere tutela delle loro posizioni giuridiche individuali riposta dai singoli nella attività del comitato. Se la *ratio* della diretta partecipazione del singolo danneggiato al comitato è invece quella di consentire una vigilanza più costante e pregnante, da parte di almeno un membro della classe, sul modo in cui i fondi raccolti presso il pubblico dei sottoscrittori (che potranno essere anche soggetti diversi dai consumatori componenti della classe, beninteso) vengono impiegati dai rappresentanti del comitato, ecco che tale condizione parrebbe dover permanere per tutto il corso del processo, senza che possano operare meccanismi di *perpetuatio legitimationis* di sorta. Il venir meno di tale condizione, a stretto rigore, finirebbe per avere un diretto riverbero sul piano processuale, quale evento che colpisce la parte costituita. Va tenuto presente che interpretazioni eccessivamente formalistiche della disciplina dell'art. 140-bis, ancora imperfetta e bisognosa di ritocchi, rischierebbero di vanificare sul nascere l'effettività del nuovo rimedio. Riteniamo, in definitiva, che le questioni qui lumeggiate - con l'eccezione del caso-limite del comitato che non presenti verun legame soggettivo con la classe, perché non annovera alcun consumatore tra i suoi membri né tra i suoi promotori, gestori e organizzatori - dovranno essere risolte dal giudice in sede di filtro, nell'ambito della valutazione discrezionale in ordine alla (in-)sussistenza di conflitti di interesse e alla idoneità del comitato a curare adeguatamente gli interessi della

classe. Il profilo in esame, forse proprio per questo, ha ricevuto meno attenzione da parte della dottrina: cfr. Conte, *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa: l'azione di classe a protezione dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in AA.VV., *Futuro Giustizia Azione collettiva Mediazione*, a cura di Vigoriti-Conte, Torino, 2010, 34, per il quale almeno un componente della classe dovrà figurare tra i promotori e non tra i meri sottoscrittori del comitato.

(3) Di recente, C. App. Firenze, 15.7.2014, *Adusbec c. MPS*, in *Giur. it.*, 2015, I, 89, nt. Iacumin, *Azione di classe e tutela degli azionisti*, ha dichiarato inammissibile l'azione di classe proposta da un piccolo azionista rilevando che al proponente non poteva essere riconosciuta la qualità di consumatore, ed accantonando così il distinguo tra azionista-imprenditore e azionista-risparmiatore propugnato dall'attore. Che i tempi siano maturi per una riflessione ad ampio raggio sull'opportunità di mantenere imbrigliata nell'alveo consumeristico la nozione di "soggetto debole", è un dato emerso nel Convegno Nazionale di Genova del 16-17 aprile 2015, intitolato "Il modello di tutela del consumatore. Quale paradigma di tutela degli altri soggetti deboli". Un segnale forte, nella medesima direzione, è rappresentato dalla proposta di legge del 9 luglio 2013 che vorrebbe far confluire la disciplina dell'azione di classe nel c.p.c., in chiusura del Libro quarto, e così subito dopo la disciplina dell'arbitrato. Ogni riferimento a consumatori e utenti sarebbe abolito, onde "chiunque", anche professionisti e piccole imprese, sarebbe legittimato ad esperire tale rimedio a tutela di diritti individuali omogenei. Sulla crisi della teorica del *consumer welfare*, nella transizione dalla prospettiva macroeconomica del liberalismo classico alla prospettiva di massimizzazione della utilità individuale che pervade il neo- o tardo-liberalismo, ed alla espunzione di ogni obiettivo di *policy* politica o sociale dalla normativa a tutela dei consumatori, i rilievi di Denozza, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale* vanno incrociati con la prospettiva valoriale di Lipari, *Ancora su persona e mercato*, entrambi in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, II, Milano, 2015. V. anche Spadafora, *Le pretese tutelabili attraverso l'azione di classe. Spunti teorico-ricostruttivi e prassi applicativa*, Padova, 2012, 87 ss., che allude significativamente ad una proliferazione di "sottostatus" di soggetti deboli, in una varietà di contesti diversi dai rapporti tra consumatore e professionista.

(4) Nega che una cessione dei crediti risarcitori dei singoli al comitato sia imposta dal dettato dell'art. 140-bis Consolo, *op. cit.*, 112-113, nt. 7. Nell'ipotesi, invece, di cessione spontanea dei micro-crediti individuali in favore del comitato attore, l'attenzione dovrà focalizzarsi sul tipo di accordo stipulato tra comitato cessionario e sottoscrittori cedenti. E' ben vero infatti che la cessione del credito può avvenire anche a titolo gratuito e vige rispetto ad essa la "presunzione di causa" (Cass. 8145/2009). La giurisprudenza di merito, tuttavia, alle prese negli ultimi anni (anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 140-bis) con *litigation* finanziarie di tipo seriale, si è rivelata molto rigorosa nel valutare il profilo della legittimazione processuale di enti collettivi, che si rendano cessionari di crediti litigiosi al solo scopo di azionarli in giudizio per poi redistribuire ai danti causa, piccoli azionisti o risparmiatori, l'esito della lite. Per un caso, legato allo scandalo Madoff, di rilevato difetto di capacità di stare in giudizio dovuta al fatto che l'attore (una società di intermediazione mobiliare) si era "artatamente precostituita una legittimazione processuale" in assenza dei presupposti sostanziali, essendosi resa cessionaria a titolo gratuito delle quote (e dei connessi diritti di credito) degli azionisti individuali, con impegno a ritrasferire agli azionisti le loro quote alla fine del processo promosso contro la società di gestione del fondo in cui gli azionisti avevano investito, v. Trib. Milano, Sez. VI, 18.4.2013, n. 5434.

(5) Così Consolo, *op. cit.*, 112.

(6) E conia da Fiorio, *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), § 3.1, ora in Demarchi-Ambrosini, *I diritti dei consumatori e la nuova class action*, Bologna, 2010, 497 ss. Cfr. l'approccio più permissivo, e giustamente secondo noi, di Tavormina, *La nuova class action: il coordinamento con la disciplina del codice di procedura civile*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2010, 246, il quale constata che "è normale che un'associazione si prefigga generici scopi di tutela degli interessi degli associati senza specifica indicazione di una loro rappresentanza in giudizio (per la quale si rende perciò necessario un mandato *ad hoc*), mentre un comitato sorga con obiettivi molto precisi che con l'adozione del nuovo 140-bis, potranno includere proprio la rappresentanza in giudizio dei propri aderenti in uno o più contenziosi collettivi in funzione dei quali il comitato si sia costituito".

(7) Né può accogliersi *in toto* la tesi di D'Angiolella, commento al co. 1 dell'art. 140-bis, in *La nuova class action a tutela dei consumatori e degli utenti*, a cura di Cesaro-Bocchini, Padova, 2012, 25, secondo la quale "all'iniziativa del comitato consegue la soggettivizzazione dell'azione in capo ad un ente, che, proprio in quanto costituito dagli stessi consumatori titolari dei diritti omogenei [...] assume direttamente la qualità di soggetto legittimato ad agire". Il comitato, a ben vedere, non trae alcun potere di rappresentanza in giudizio per il solo fatto di essere costituito dai titolari dei diritti omogenei. Se il programma o lo statuto del comitato prevedono che uno degli scopi del comitato sia quello di far valere in giudizio i diritti omogenei dei membri,

solo in questo caso potrà ritenersi che la sottoscrizione del programma del comitato sia equipollente al conferimento al comitato di poteri di rappresentanza sostanziali e processuali. Il c.d. negozio di oblazione si presenterà infatti, nel caso di comitato costituito ai sensi e per le finalità di cui al comma I dell'art. 140-bis, come un atto negoziale complesso che, da un lato, impegnerà il singolo sottoscrittore ad effettuare le obblazioni economiche promesse per dotare il comitato dei fondi occorrenti a sostenere l'azione in giudizio, e dall'altro lato investirà il comitato stesso dei poteri di disposizione dei micro-crediti seriali dei suoi membri.

(8) Si potrebbe addirittura pensare che l'attribuzione del potere di rappresentanza processuale dei membri sottoscrittori, nel caso di comitati costituiti per la finalità di cui all'art. 140-bis cod. cons., discenda direttamente dalla legge, in deroga alla regola che la rappresentanza processuale volontaria non può mai essere disgiunta dal conferimento al rappresentante del potere di disporre del diritto anche sul piano sostanziale. Quest'ultima regola, sposata dall'art. 77 c.p.c., sarebbe giustificata dal fatto che solo la parte o chi è munito di rappresentanza sostanziale può compiere determinati atti che implicano disposizione del diritto nel processo (come la conciliazione, il giuramento, etc.): così Carnelutti, *Rappresentanza processuale volontaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 636, in severa critica a Trib. Taranto 6.4.1956, che aveva ammesso a comparire all'udienza presidenziale, nelle veci del coniuge rappresentato, in un giudizio di separazione personale, un rappresentante volontario ovviamente privo del potere di disporre del rapporto sul piano sostanziale; id., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Roma, 1956, 99: "è da escludere qualsiasi specie di rappresentanza processuale senza procura (gestione di negozi nel processo)"; Andrioli, *Commento al c.p.c.*, Napoli, 1954, 224: "non è ammessa la rappresentanza volontaria limitata agli atti processuali ma essa può essere conferita solamente a chi genera in pari tempo negozi e compia attività di natura sostanziale in nome del rappresentato"; Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2014, 352-353. Cfr. Allorio, *Comm. c.p.c.*, II, Torino, 1973, 909, secondo il quale la norma di cui all'art. 77 c.p.c. sarebbe il frutto di una valutazione di mera opportunità legislativa e non dovrebbe essere affatto considerata come imposta dai principi. Nello stesso senso, Cipriani, *Sulla rappresentanza processuale volontaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 1132.

(9) In proposito si v. Santi Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 151: "può darsi che un ente senza personalità, abbia, in virtù della sua stessa struttura giuridica, una volontà unitaria che serve per manifestazioni soggettive non sue, ma di altri, che di solito sono i suoi membri ... chi in questi casi vuole ed agisce è l'ente medesimo per mezzo di organi suoi". Il passo è richiamato anche da Mandrioli, *Premesse generali allo studio della rappresentanza nel processo civile*, Milano, 1957, 157, nt. 196.

(10) In dottrina, non manca chi, come Ferrante, *L'azione di classe nel diritto italiano. Profili sostanziali*, Padova, 2012, 100, ha sottolineato che l'adesione al comitato potrebbe trasformarsi in un espediente per eludere il requisito della omogeneità dei diritti previsto dall'art. 140-bis e veicolare nel processo di classe diritti eterogenei facenti capo a soggetti diversi da consumatori. Onde evitarlo, "ciascun componente [della classe] dovrà allegare e provare la titolarità della situazione-modello o dell'interesse collettivo espressa dal comitato come tale". Il rilievo è pertinente, quantunque, in effetti, superfluo. E' chiaro, infatti, che la mera *membership* al comitato promotore dell'azione di classe non determina alcuna attenuazione degli oneri di allegazione e di prova dell'esistenza di ciascuno dei micro-crediti facenti capo ai membri del comitato e da quest'ultimo dedotti in giudizio in nome e per conto dei suoi membri. L'alternativa che si lascia semmai prospettare è la seguente: il comitato-attore potrà limitarsi ad azionare (quale rappresentante sostanziale e processuale) il diritto soggettivo di uno solo dei suoi membri, nominativamente individuato nell'atto di citazione, affermando che tale diritto presenta caratteri comuni con i diritti di una miriade di altri soggetti (altri membri del comitato e terzi potenziali aderenti all'azione di classe). Se l'azione di classe verrà dichiarata ammissibile, il comitato dovrà raccogliere e depositare in giudizio gli atti di adesione alla azione di classe, unitamente alla relativa "documentazione probatoria", provenienti dai terzi ma anche dagli stessi membri del comitato che rispondano ai requisiti della classe ed i cui diritti non siano già stati previamente dedotti in giudizio con l'atto introduttivo. Altrimenti, il comitato potrà fin da subito azionare i diritti soggettivi di tutti i suoi membri, indicandone le generalità nell'atto di citazione, ma esponendosi in questo caso al rischio che l'impresa convenuta possa sin da subito rilevare ed eccepire eventuali disomogeneità tra le situazioni giuridiche facenti capo a diversi membri del comitato, che potrebbero costare caro all'azione. Se l'azione di classe sarà dichiarata ammissibile, non vi sarà bisogno che i membri del comitato, i cui diritti soggettivi saranno già stati dedotti in giudizio con il medesimo atto di citazione, depositino un atto di adesione all'azione "certificata". Il comitato, in questa seconda ipotesi, si limiterà a raccogliere le adesioni all'azione provenienti da terzi, diversi dai suoi membri, che saranno già divenuti parti in senso sostanziale e soggetti agli effetti del futuro giudicato.

(11) Per carenza del requisito di cui al n. 2 dell'art. 163 c.p.c. Sulla diversità dei presupposti per l'operare dei rimedi previsti, rispettivamente, dagli artt.

182, co. II, e 164, co. V, c.p.c. v. invece Proto Pisani, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965, 534-535: "L'art. 182, co. II, c.p.c., a differenza dell'art. 164, non disciplina l'ipotesi di difetto di un elemento essenziale della domanda giudiziale, ma, invece, quella del difetto di un suo presupposto".

(12) In base al costante orientamento della giurisprudenza di legittimità non è possibile la ratifica dell'operato di chi ha fatto valere un diritto altrui prospettandolo come proprio, in quanto una ratifica è concepibile soltanto nel caso di chi agisca in nome e per conto di altri senza averne i poteri (Cass., 5.4.1995, n. 4000; Cass., 30.10.1991, n. 11637).

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 12 novembre 2014, n. 111 - Pres. e Rel. Sanna - U.C.I. (Avv. Feliziani) c. M.M. (Avv. Francia e Medina) e contro Allianz (Avv. Traverso).

**DANNO in materia civile - danno conseguente a sinistro mortale - risarcibilità del danno biologico terminale e da invalidità permanente - trasmissibilità iure hereditatis - inammissibilità.**

**DANNO in materia civile - danno conseguente a sinistro mortale - risarcibilità dell'invalidità temporale totale - trasmissibilità iure hereditatis - ammissibilità.**

(Artt. 1, 456 e 2043 c.c.)

*In tema di risarcimento dei danni conseguenti a sinistro stradale si ritiene che sussista una impossibilità strutturale all'acquisizione del diritto al risarcimento da perdita della vita in capo a chi ne viene privato per essere l'esistenza in vita del titolare ontologicamente imprescindibile per l'acquisizione nel suo patrimonio di un diritto soggettivo, non essendo ammesso dall'ordinamento legislativo un incremento patrimoniale di un soggetto non più esistente.*

*Pertanto, non può essere riconosciuto in capo alla vittima deceduta a causa del sinistro il diritto, trasmissibile agli eredi, al risarcimento della perdita psicofisica in una percentuale pari al 100%.*

*Allo stato attuale della legislazione e nel rispetto dei consolidati principi e norme vigenti in caso di lesione mortale, si ritiene adeguata, a titolo di ristoro del danno biologico terminale patito dalla vittima, la liquidazione in base alla durata dell'invalidità temporale totale, coincidente con la residua vita, computata dal momento del sinistro fino al decesso. Solo nel rispetto a tale voce di danno i congiunti della vittima hanno azione iure hereditatis contro il responsabile, unitamente al danno morale integrato dalle sofferenze dell'agonia e dalla consapevolezza dell'approssimarsi della fine della vita. (Nella specie la Corte d'Appello ha riformato la sentenza impugnata ritenendo non ammissibile la liquidazione di una somma iure hereditatis a titolo di ristoro della perdita del 100% dell'integrità psico-fisica e, per contro, ammissibile unicamente il diritto alla liquidazione del danno da inabilità temporanea totale in capo agli eredi calcolata dalla data del sinistro fino all'evento morte del congiunto, oltre al danno morale cagionato alla vittima).*

C.GIA.

(... Omissis...) **Ragioni della decisione.**

1. Viene in decisione l'appello avverso la sentenza in epigrafe. Con essa sono state decise le domande proposte con atto di citazione in data 1-7-1998 da Menconi Marco, Attuoni Ida Elena e Andreoli Maria Grazia nei confronti di Attuoni Angelo e Loyd Adriatico Ass.ni s.p.a., onde sentirli condannare, in solido tra loro, al risarcimento dei danni da loro rispettivamente subiti in conseguenza del sinistro stradale verificatosi alle ore 18,30 circa del 7-6-1997 lungo l'autostrada A12, all'altezza della chilometrica 116,900, tra l'autovettura Ford Escort tg AV 244 KW, condotta da - e di proprietà

-di Attuoni Angelo - e sulla quale viaggiavano, in qualità di trasportate, la Andreoli e Lattanzi Ines (madre del Menconi, la quale era deceduta all'Ospedale di Massa, per le lesioni riportate nell'incidente, il successivo 17-6-1997) e, l'autobus tedesco Koessbohre S 215 tg Has J572, condotto da Brandlein Ludwig e di proprietà di Bengel Manfred. Sono state altresì decise le domande nei confronti del proprietario e conducente dell'autobus tedesco, nonché dell'U.C.I., chiamati in causa dall'Attuoni a proprio scarico di responsabilità e al fine di sentirli condannare, in solido, a risarcirgli i danni - alla persona e al mezzo di sua proprietà coi correlativi esborsi - subiti a causa del sinistro. Si costituivano, oltre all'Attuoni, la Loyd Adriatico Ass.ni s.p.a., contestando anch'essa l'esistenza di una qualsivoglia responsabilità del proprio assicurato nell'accaduto. I terzi chiamati - Bengel Manfred, quale titolare della ditta Bengel Reisen, sia -a mezzo di altro difensore - Brendlein Ludwig e l'U.C.I., i quali tutti rilevavano, in particolare, che era stata l'autovettura dell'Attuoni a tamponare l'autobus condotto da Brendlein, il quale già da tempo si era spostato sulla corsia di sorpasso: talché il Bengel spiegava domanda riconvenzionale diretta al ristoro dei danni subiti, in pendenza dell'incidente, dal veicolo di sua proprietà, ivi comprese le spese ad esso riferibili.

2. Il tribunale - effettuata l'istruttoria mediante l'acquisizione del rapporto relativo all'incidente, nonché mediante ammissione ed espletamento di prova orale - delegata, per l'audizione dei testi residenti in Germania, all'A.G. tedesca - e di consulenze tecniche d'ufficio, medica e tecnica - ha così deciso:

1) dichiara che la responsabilità della produzione del sinistro stradale di cui è causa deve essere ascritta nella misura del 50 per cento per ciascuno, ai sensi dell'art. 1054, 2° comma, ad Attuoni Aurelio, conducente -e proprietario -della Ford Escort tg. AV 244 KW, assicurata presso la Loyd Adriatico Ass.ni s.p.a. e Brandlein Ludwig, conducente dell'autobus tedesco Koessbohre S 215 tg. Has J 572 di proprietà di Bengel Reisen (titolare Bengel Manfred).  
2) Condanna, per l'effetto, Attuoni Angelo e la Loyd Adriatico Ass.ni s.p.a., in persona del suo legale rappresentante, da un lato e Brandlein Ludwig, Bengel Manfred e l'U.C.I. in persona del suo legale rappresentante, dall'altro, in solido tra loro e nella misura del 50% ciascuno nei rispettivi rapporti, a corrispondere agli attori le seguenti somme:

(... Omissis...)

4) Dichiara che la somma ricevuta da Bengel Manfred dall'assicuratore Kravak è soddisfacente delle pretese risarcitorie avanzate, nel presente giudizio, dallo stesso Bengel quale titolare della ditta Bengel Reisen -in riferimento ai danni subiti, nel sinistro de quo, dall'autobus indicato al punto 1) del presente dispositivo.

5) Condanna Attuoni Angelo e la Loyd Adriatico Ass.ni s.p.a. in persona de suo legale rappresentante, da un lato e Brandlein Ludwig, Bengel Manfred e l'U.C.I., in persona del suo legale rappresentante, dall'altro in solido tra loro nella misura del 50 per cento ciascuno nei rispettivi rapporti a rifondere agli attori le spese di lite, che liquida in Euro 8.500,00 per onorari, Euro 5.00,00 per funzioni, Euro 312,46 per esposti ed Euro 1.250,00 ex art. 15 L.P., oltre IVA e CAP

6) Dichiara le spese di lite integralmente compensate nei rapporti tra i convenuti e i chiamati in causa.

(... Omissis...)

3. - Appella l'U.C.I. avverso : a) l'applicazione della presunzione di pari responsabilità di cui all'art.2054 2° comma c.c., b) il riconoscimento a Menconi Marco di danni iure hae-

*reditatis*, c) l'erroneo riconoscimento del danno *iure haereditatis* da invalidità al 100% della *de cuius* Lattanzi Ines, ottantacinquenne deceduta dopo dieci giorni dal sinistro, e in subordine l'eccessiva qualificazione, d) erroneo o eccessivo riconoscimento di danno morale alla Lattanzi; e) eccessiva liquidazione del danno morale a Menconi Marco per la morte della madre Lattanzi Ines, f) erroneo riconoscimento del risarcimento del danno morale a Attuoni Ida Elena per la morte della suocera Lattanzi Ines.

4. Resiste senza proporre appello incidentale la Attuoni Ida Elena, anche quale erede del Menconi, deceduto nel corso del processo di appello.

5. La Allianz afferma di aver dato esecuzione alla sentenza pagando gli importi in essa indicati e ne chiede la conferma.

6. Gli altri appellati sono rimasti contumaci.

### I. Primo motivo di appello: responsabilità del sinistro. Il motivo è infondato.

Il primo motivo di appello si basa sull'assunto che il Tribunale non avrebbe tenuto adeguato conto delle dichiarazioni dei testi trasportati nel bus, sentiti per rogatoria in Germania, delle quali non ha tenuto conto neppure la CTU ricostruttiva della dinamica. Assume l'appellante che la responsabilità dell'incidente avrebbe dovuto essere ascritta al solo Menconi, per la elevatissima velocità (140 Km/h) con cui era giunto nella corsia di sorpasso percorsa dall'autobus, così violentemente tamponando il bus tedesco. Il motivo è inammissibile per genericità, in quanto afferma, senza indicazione delle dichiarazioni specifiche dei vari testi tedeschi, che essi avrebbero riferito che il veicolo marciava da qualche chilometro nella corsia di sorpasso, senza tenere alcun conto delle specifiche motivazioni di cui a pag. 5 e 6 della sentenza appellata, che considerano, espressamente riportandone vari testuali brani, le dichiarazioni di Kate Wertner e Mathilde Brendlein. Inoltre, il repentino spostamento di corsia è stato ipotizzato dai verbalizzanti in quanto plausibile in base alle risultanze e non è stato escluso dalla c.t.u. dinamica, di modo che non risulta superata la presunzione di cui all'art.2054 c.c.

### II. Secondo motivo di appello: pronuncia *extra petita* sul danno *iure haereditatis*. Il motivo è infondato.

Il secondo motivo di appello è infondato, non essendo intervenuta la lamentata violazione dell'art.112 c.p.c. Dalla citazione idi primo grado emerge, infatti, che il Mengoni richiedeva il risarcimento di tutti i danni patiti e specificatamente ed espressamente anche di quello *iure haereditatis*, essendo menzionata, al paragrafo 4 della narrativa di citazione, la circostanza di fatto del decesso della madre Lattanzi Ines, in conseguenza delle lesioni riportate nel sinistro, e leggendosi, al paragrafo 5, che, quale unico erede, egli aveva patito "*danno non patrimoniale iure proprio e iure successioneis*".

### III. Terzo motivo di appello: danno da agonia o danno non patrimoniale *iure haereditatis* da morte immediata.

1. Il terzo motivo di appello è fondato. Il tribunale ha riconosciuto in capo alla Lattanzi, deceduta a causa del sinistro, il diritto, trasmissibile al figlio erede, al risarcimento della "perdita dell'integrità psico-fisica" in una percentuale non inferiore al 100% "atteso che l'entità e la gravità delle lesioni da lei subite sono state tali da non consentirne la sopravvivenza se non per pochi giorni", e ha così liquidato in capo

alla Lattanzi, ottantacinquenne all'epoca del sinistro, Lire 200.000.000 (pari a € 103.391,38) a questo titolo, in applicazione delle tabelle all'epoca in uso al tribunale di Massa.

2. L'appellante oppone che il danno "terminale", riconosciuto dalla giurisprudenza alla persona deceduta e trasmissibile agli eredi, non coincide col danno biologico, ma costituisce una diversa componente della categoria unitaria del danno non patrimoniale, quest'ultima quale configurata nella ricostruzione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass. S.U. 26972/2008). Tale danno è integrato dalle sofferenze dell'agonia e dalla consapevolezza dell'approssimarsi della fine della vita ed è in sostanza individuabile, in relazione al caso in esame, nel danno morale, che è stato distintamente riconosciuto dal Tribunale in capo alla Lattanzi e liquidato in € 25.822,84 al figlio *iure haereditatis* (e che neppure esso competerebbe secondo altro motivo, sostenendo l'appellante l'assenza del requisito della permanenza cosciente in vita). L'ulteriore somma di € 103.29,38 è stata invece liquidata al Menconi *iure haereditatis* quale perdita del 100% dell'integrità psico-fisica della defunta Lattanzi ed espressamente qualificata dal Tribunale come risarcimento del danno biologico, che in questo caso non compete.

3. Negli atti conclusionali, la difesa dell'appellato Menconi argomenta, richiamando gli argomenti di Cass. 1361/2014, come massimati, circa la spettanza dal Menconi *iure haereditatis* del danno della Lattanzi da perdita della vita propria. La difesa dell'UCI oppone che il danno da perdita della vita propria della *de cuius* non è oggetto dell'appello, non essendo stato riconosciuto dal tribunale, che ha riconosciuto il diverso danno da invalidità permanente totale, qualificabile come danno biologico, e che in ogni caso il precedente di Cass. 1361/2014 è isolato e non condivisibile.

4. Le questioni poste da Cass. 1361/2014 non paiono al Collegio eludibili, posto che, al di là degli aspetti nominalistici, privi di rilievo dopo che la categoria del danno non patrimoniale è stata ricondotta dalle Sezioni Unite della Cassazione ad unità, è evidente che ciò che il tribunale ha inteso risarcire con la statuizione in esame, attesa l'entità della somma che ne è oggetto, è proprio la perdita della vita della Lattanzi e non il danno alla salute (danno biologico) da lei subito nei dieci giorni intercorsi tra l'incidente e la morte. Né, a parere del Collegio, la questione si sposta per il fatto che, tra la lesione patita dalla Lattanzi e la morte sono intercorsi dieci giorni, dato che uno dei capisaldi delle argomentazioni di Cass. 1361/2014 è l'irrelevanza del nesso "cronologico" tra la lesione e la morte, rilevando soltanto il collegamento logico tra "lesione mortale" e perdita del bene vita.

5. Ciò posto, il Collegio dissente dalle argomentazioni del precedente in esame. L'opposizione dell'appellante all'accoglimento della pretesa in esame è fondata, alla luce del tradizionale orientamento giurisprudenziale (cfr. Corte Cost., 27/10/1994, n. 372, Cass. S.U. 22.12.1925 e la giurisprudenza di legittimità sia precedente che successiva alla sentenza 1361/2014 in tema di cosiddetto danno biologico "terminale" e di danno "catastrofale"). Nella logica della distinzione solo descrittivo-contenutistica delle voci del danno non patrimoniale, logica volta ad evitare duplicazioni risarcitorie, con tali termini la giurisprudenza (cfr. le più recenti Cass. 15491/2014 e Cass. 23183/2014) suole indicare rispettivamente il danno biologico da invalidità temporanea intercorso dal sinistro alla morte e la sofferenza psichica derivante dalla percezione dell'approssimarsi della morte.

6. La giurisprudenza evidenzia l'impossibilità strutturale dell'acquisizione del diritto al risarcimento del danno da perdita della vita in capo a chi ne viene privato, per essere l'esistenza in vita del titolare ontologicamente imprescindibile per l'acquisizione nel suo patrimonio di un diritto soggettivo. Così sul punto si è espressa la Corte Costituzionale: "un diritto di risarcimento può sorgere in capo alla persona deceduta limitatamente ai danni verificatisi dal momento della lesione a quello della morte, e quindi non sorge in caso di morte immediata, la quale impedisce che la lesione si rifletta in una perdita a carico della persona offesa, ormai non più in vita."... "L'ostacolo a riconoscere ai congiunti un diritto di risarcimento in qualità di eredi non proviene dunque, come pensa il giudice a quo, dal carattere patrimoniale dei danni risarcibili ai sensi dell'art. 2043 c.c., bensì da un limite strutturale della responsabilità civile: limite afferente sia all'oggetto del risarcimento, che non può consistere se non in una perdita cagionata dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva, sia alla liquidazione del danno, che non può riferirsi se non a perdite." (così in motivazione la sentenza n. 372/1994).

7. La sentenza n. 1361/2014 ritiene superabile tali argomenti in forza della seguente *fictionis juris*: "Il diritto al ristoro del danno da perdita della vita si acquisisce dalla vittima istantaneamente al momento della lesione mortale, e quindi anteriormente all'*exitus*, costituendo ontologica, imprescindibile eccezione al principio dell'irrisarcibilità del danno-evento e della risarcibilità dei soli danni-conseguenza." Si afferma ancora come "l'assunto della assenza di capacità giuridica della vittima si profili carente laddove non considera che al momento della lesione mortale la medesima è ancora in vita, ed è in tale momento che acquista il diritto al risarcimento (principio rispondente, secondo alcuni, al brocardo *momentum mortis vitae tribuitur*)".

8. La suddetta argomentazione è già stata ritenuta inidonea a superare l'impossibilità di risarcire ad una persona il danno della propria morte dalle Sezioni Unite della Suprema Corte con le seguenti affermazioni. Se i danni derivanti dalla morte "non possono logicamente non essere a questa successivi, è evidentemente assurda la concezione, rispetto ad essi, di un soggetto originario di diritto che più non esisteva quando i medesimi si verificarono. Ed allorché in contrario deducesi che l'azione di danni nasce non dalla morte, ma dalla lesione che ha causato la morte, e che fra questa e la lesione istessa deve pur sempre intercedere un intervallo di tempo che, pur quanto minimo fino all'attimo, è sufficiente a che, durante il suo corso, il lesionato acquisti il diritto ai danni derivanti dalla lesione: anziché contraddire ai concetti anzidetti, si fornisce ad essi argomento di conferma. Imperocché, se è alla lesione che si rapportano i danni, questi entrano e possono logicamente entrare nel patrimonio del lesionato solo in quanto e fin quando il medesimo sia in vita. Questo spentosi, cessa anche la capacità di acquistare, che presuppone appunto e necessariamente l'esistenza di un soggetto di diritto. Onde, in rapporto alla persona del lesionato, come soggetto dell'azione di danni, questi restano senz'altro confinati nell'ambito dei danni verificatisi dal momento della lesione a quello della morte, ed è soltanto rispetto ad essi che gli eredi possono agire *haereditatis* (così Cass. S.U. 22.12.1925 in motivazione).

9. La concezione di una finzione giuridica, che anticipa al momento della lesione non solo il danno conseguenza, ma lo stesso danno-evento della perdita della vita, introduce un istituto che la stessa Cass. 1361/2014, che ritiene di poterlo inventare nell'ordinamento, espressamente definisce eccezionale: "il ristoro del danno da perdita della vita costituisce in realtà ontologica ed imprescindibile eccezione al principio della risarcibilità

dei soli danni-conseguenza." In realtà, alla luce di quanto esposto al paragrafo 8 che precede, l'eccezione è di ben più ampia portata. Alla lesione, ancorché "mortale", consegue, infatti, la perdita di *chances* di vita, ma solo con la morte si verifica il danno-evento, costituito dalla perdita del bene vita. Non soltanto le conseguenze della morte non possono essere patite dal soggetto morto, ma egli, in quanto soggetto non in vita, non può neppure più ricevere l'apporto patrimoniale derivante dal risarcimento del danno evento. La *fictionis iuris*, in base alla quale il diritto al risarcimento del danno provocato dalla propria morte entra nel patrimonio del morituro ancora vivente, non comporta quindi soltanto eccezione al principio, di solida elaborazione giurisprudenziale, della rilevanza ai fini risarcitori (anche nell'ambito dei diritti costituzionalmente protetti) dei danni-conseguenza, ma implica l'eccezione al principio che soltanto il soggetto esistente può divenire titolare di diritti, principio espresso per la persona fisica nell'art. 1 primo comma c.c. (la capacità giuridica si acquista al momento della nascita) e dall'art. 456 primo comma c.c. "la successione si apre al momento della morte" e ribadito dall'art. 69 c.c. (nessuno è ammesso a reclamare un diritto in nome della persona di cui si ignora l'esistenza se non prova che la persona esisteva quando il diritto è nato"). L'operatività della *fictionis* consiste proprio nel ritardare l'apertura della successione ad un momento successivo alla morte, consentendo il sorgere in capo al defunto della titolarità di un'obbligazione prima che la successione si apra, per consentire l'effetto della trasmissione di essa *iure haereditatis*.

10. L'aggancio normativo giustificante l'eccezione, secondo la logica argomentativa della sentenza in esame, è rinvenibile nell'argomento, di interpretazione costituzionalmente orientata, secondo cui il fatto che la perdita della vita non abbia "per antonomasia, conseguenze inter vivos per l'individuo, che appunto cessa di esistere" "non può e non deve tuttavia condurre a negarne in favore del medesimo il ristoro, giacché la perdita della vita, bene supremo dell'uomo e oggetto di primaria tutela da parte dell'ordinamento, non può rimanere priva di conseguenze anche sul piano civilistico."

11. Questo Collegio ritiene tale base argomentativa insufficiente ad impedire di continuare a dare applicazione ai sopra indicati principi e norme di legge anche nel caso in oggetto.

12. Gli argomenti di cui al precedente di legittimità in esame, richiamati dalla difesa di una delle parti, sono però tali da imporre il vaglio della costituzionalità delle suddette norme, nella parte in non fanno eccezione ai principi e norme in questione in riferimento al diritto al risarcimento del danno da perdita della vita propria per effetto di illecito in capo al defunto, eccezione finalizzata ad ammettere l'ingresso dell'obbligazione nel suo patrimonio per consentirne il trasferimento agli eredi, secondo la finalità risarcitoria evidenziata da Cass 1361/2014 (cfr. in motivazione: "la circostanza per la quale la prestazione è percepita da altri non tocca il titolo dell'obbligazione ne estingue la sua funzione risarcitoria, giacché anche attraverso la trasmissione per via ereditaria la vittima trae vantaggio dall'acquisizione del relativo credito, contribuendo esso ad accrescere l'eredità lasciata ai propri congiunti").

13. La questione può essere affrontata senza necessità di ulteriore interlocuzione delle parti, dato che tutti i profili di disamina resi necessari dalle tematiche poste da Cass. 1361/2014 appartengono già al contraddittorio e la configurazione degli argomenti come astrattamente recepibili sotto il profilo della questione di costituzionalità, anziché

della interpretazione costituzionalmente orientata, attono alla qualificazione delle questioni.

14. E' nella logica della incostituzionalità in riferimento all'art. 3 Cost., per irrazionale disparità di tutela rispetto ad altri casi in cui un diritto può essere riconosciuto in forza di *factio iuris* in capo alla persona fisica non esistente in vita e alla persona giuridica, che va esaminato l'argomento di Cass. 1361/2014 secondo cui va considerato il "compiuto riconoscimento della risarcibilità del danno non patrimoniale in favore del neonato e del nascituro, e a fortiori dell'ente giuridico per violazione del diritto al nome, all'onore, all'immagine, alla reputazione, all'identità."

15. La disparità non pare a questo Collegio in alcun modo qualificabile come irragionevole, attesa la radicale diversità delle situazioni, che prevedono l'acquisizione del diritto in capo ad un soggetto comunque indiscibilmente ricollegata alla sua esistenza nel mondo del diritto, dato che il nascituro acquisisce i diritti solo con la nascita e l'ente giuridico li acquisisce in quanto persona giuridica esistente nel mondo del diritto (e con la perdita di tale qualità perde il patrimonio e il suo contenuto, così come lo perde la persona fisica nel momento della morte), e più in generale qualsivoglia diritto riconosciuto ad enti di gestione previsti dalla legge lo è in quanto tali enti si riconoscono esistenti nell'ordinamento.

16. Quanto ad altri profili di interpretazione costituzionalmente orientata, arduo è argomentare in riferimento alla tutela costituzionale del diritto assoluto dell'uomo alla vita. Ancora più arduo è argomentare sul rapporto tra la vita e la morte. Questo Collegio non osa spingersi a distinzioni tra l'atteggiarsi di tale rapporto in termini "naturali", piuttosto che in termini "logici" o "giuridici", e non dimentica che proprio da una decisione della Suprema Corte, la sentenza n. 21748/2007, ha avuto origine il fenomeno sociologico della totale partecipazione di un popolo ad una collettiva *meditatio mortis*, che, insieme alla unitaria e incondizionata esaltazione della dignità della vita, ha posto in luce profonde diversità di visione sulla sua tutela. Indagare su questo tema è indagare la volontà espressa dal Popolo Italiano nella sua Costituzione sul sommo vertice, e sul limite, del diritto. Il Collegio si pone in atteggiamento di umiltà intellettuale di fronte alla complessità della ricerca e non condivide le certezze di Cass. 1361/2014 secondo cui "la ristorabilità anche del danno da morte, inteso come lesione del diritto inviolabile alla vita, in favore di chi la perde, si appalesa in realtà imprescindibile, in quanto tutelato dall'art. 2 Cost., e ora anche dalla Costituzione Europea (v. Cass., 12/7/2006, n. 15760).", e secondo cui "Negare alla vittima il ristoro per la perdita della propria vita significa determinare una situazione effettuale che in realtà rimorde alla coscienza sociale, costituendo ipotesi che del principio in argomento viene invero a minare la bontà, dando adito ad aneliti di relativo abbandono o superamento in quanto divenuto una "gabbia interpretativa" inidonea a consentire di pervenire a legittimi risultati ermeneutici, rispondenti al comune sentire sociale dell'attuale momento storico."

17. Si osserva soltanto che, nella visione armonica del sistema giuridico, stona l'affermazione che il diritto sommo riconosciuto dall'ordinamento sia tutelato attraverso l'invenzione giurisprudenziale di un istituto eccezionale non codificato.

18. Restando sul piano elevato, ma consueto in sede di disamina di questioni di costituzionalità, della considerazione del rapporto di equilibrio tra le tutele di diritti di rango costituzionale, la ricostruzione di Cass. 1361/2014 di quella

che, per un istituto codificato si definisce *ratio legis*, pone all'attenzione il seguente argomento: "La morte ha per conseguenza la perdita non già solo di qualcosa bensì di tutto; non solamente di uno dei molteplici beni, ma del bene supremo della vita; non già di qualche effetto o conseguenza, bensì di tutti gli effetti e conseguenze, di tutto ciò di cui consta (va) la vita della (di quella determinata) vittima e che avrebbe continuato a dispiegarsi in tutti i molteplici effetti suoi propri se l'illecito non ne avesse causato la soppressione. Il ristoro del danno da perdita della vita ha funzione compensativa, e il relativo diritto (o ragione di credito) è trasmissibile *iure haereditatis* (cfr. Cass., 3/10/2013, n. 22601), non patrimoniale essendo il bene protetto (la vita), e non già il diritto al ristoro della relativa lesione."

19. Dal punto di vista del concreto operare della tutela, è evidente, e la sentenza in esame ne dà atto, che il risarcimento così riconosciuto va a vantaggio degli eredi, aggiungendosi, di fatto e di diritto, all'integrale risarcimento dei danni ad essi dovuto *iure proprio*, ma ciò si giustificerebbe in base alla considerazione che "in un ordinamento in cui il diritto alla salute è definito dalla giurisprudenza quale "situazione resistente a tutta oltranza" (formulazione utilizzata da Cass., Sez. Un., 6/10/1979, n. 5172), sia "impensabile che invece il diritto alla vita possa degradare ad una tutela meno penetrante e diretta, finendo in qualche modo per dipendere dalla garanzia del primo" (e si evidenzia che tale è sostanzialmente l'assunto di Cass., 24/3/2011, n. 6754).

20. Con ciò si sposta dal piano della tutela dei beni della vita a quello astratto del riconoscimento ideale dei principi, la scelta -che compete al legislatore e che qui si esamina solo sotto il profilo della sussistenza o meno di dubbi di ragionevolezza non manifestamente infondati- tra il distribuire le risorse economiche della società al fine di consentire una vita il più possibile dignitosa a chi, a seguito di illecito, patisce una invalidità permanente, rispetto all'incrementare gli importi del risarcimento in denaro degli eredi di un defunto. Opinioni diverse sono in astratto possibili, ma il Collegio ritiene manifestamente infondati i dubbi di ragionevolezza della scelta operata dal legislatore di non riconoscere eccezioni al principio che non si ammettono incrementi patrimoniali in favore di un soggetto non esistente, per il risarcimento del danno da morte propria da illecito, da trasmettere agli eredi già pienamente risarciti *iure proprio*.

21. Sempre sul piano dei principi, con la sentenza in esame si pone l'accento su una sorta di dignità "assoluta" della tutela economico-risarcitoria, quasi che l'impossibilità di monetizzazione svisciva il diritto, col conseguente rischio di obliterare l'oggettiva irreparabilità di alcuni danni, e il conseguente oggettivo appannamento della consapevolezza della maggior effettività in relazione ad essi della prevenzione e repressione penale dei comportamenti lesivi; col rischio, così, di "iper" legittimare, a livello di interpretazione costituzionalmente orientata, la tutela economico-risarcitoria a scapito della tutela in forma specifica anche nelle ipotesi in cui questa sarebbe possibile.

22. Ancora sul piano dei principi, si osserva che è oggetto di scelta da parte dell'ordinamento anche il punto di equilibrio tra la tutela delle esigenze della persona e quella delle esigenze sociali. Concerne tali equilibri lo spostamento dell'ottica risarcitoria dalla finalità compensativa a quella punitiva. Anche sotto questo profilo gli argomenti di Cass. 1361/2014 - che espressamente si pone nell'ottica del superamento di quelle che definisce "gabbie interpretative" -

contengono aspetti fortemente “innovativi” rispetto all’assetto interpretativo finora conosciuto, ma lo fanno a discapito del principio personalistico. Poco consoni alla lettura della Costituzione, secondo cui il rispetto della persona muove innanzi tutto dal rispetto del singolo individuo, paiono infatti, sul piano delle conseguenze strutturali sul sistema delle tutele, i sacrifici al libero dispiegarsi dell’autonomia negoziale che fanno da corollario all’ingresso nel patrimonio di un soggetto di un diritto *in extremis*: In relazione a tali corollari può infatti seriamente dubitarsi che il diritto al risarcimento del danno da morte propria, che entra nel patrimonio del morituro *in extremis* grazie alla ipotizzata *fictione iuris* - e di cui il primo titolare non può disporre dopo il suo sorgere, per l’insuperabile realtà della morte- possa uscirne per volontà anticipata in vita dal titolare prima della lesione mortale, essendo meramente eventuale il verificarsi della morte a seguito di illecito e richiedendo la disposizione del diritto di credito, secondo i principi generali, l’esistenza di un diritto almeno determinabile. Alla fine, si configura l’esistenza di una obbligazione pecuniaria “ontologicamente” (e cioè per sua stessa natura e non per occasionali accadimenti di fatto) irrinunciabile, una obbligazione il cui debito non può essere rimesso al proprio debitore.

23. Ed ancora - ponendosi sull’elevato piano dalla dichiarata aspirazione del precedente giurisprudenziale in esame della tutela del valore ideale della vita umana disciolto da ogni legame con le conseguenze pratiche della morte - è possibile che la persona attinta da ferita mortale, per proprie ragioni di natura spirituale o etica, o di fede religiosa, inscindibili dalla sua dignità di persona umana, non voglia accettare che il valore assoluto della perdita della propria vita venga risarcito in denaro perché ritiene di aver ricevuto la vita come un dono e come tale vuole renderla alla sua fine. Una tale persona vivrebbe l’imposizione della riduzione a denaro del valore assoluto della propria vita come uno svilimento dell’infinita ricchezza della vita stessa.

24. Allo stato attuale della legislazione, quindi, nel rispetto dei consolidati principi e norme di diritto vigenti, si ritiene adeguata per il danno biologico terminale patito dalla Lattanzi la liquidazione in base alla durata dell’invalidità temporanea totale coincidente con la residua vita, nella somma giornaliera di € 200,00 alla actualità, tenuto conto delle tabelle di Milano, aggiornate al 2014, con adeguata maggiorazione. Si riduce così la condanna a questo titolo ad € 2.000,00 all’actualità.

**IV. Quarto motivo di appello: il danno morale catastrofico.** L’appellante assume che non è dovuto il risarcimento per le sofferenze patite dalla Lattanzi per i dieci giorni intercorsi dalla lesione alla morte, non essendo la donna in tale periodo cosciente. Il motivo è infondato perché emerge dagli atti che dopo il sinistro la Lattanzi fu ricoverata nel reparto di ortopedia “vigile e orientata” e tale rimase fino al ricovero nel reparto di rianimazione dove giunse a seguito di improvviso arresto respiratorio. La paziente fu inizialmente ricoverata in presenza di gravi lesioni politraumatiche, ma in condizioni di lucidità e definita nella cartella clinica del reparto di ortopedia come collaborante, sofferente quindi per il peggioramento improvviso delle sue condizioni di salute e desiderosa di riprendere la propria vita normale. E’ perciò da ritenersi che, essendo in normali condizioni di capacità cognitive, abbia avuto piena consapevolezza della gravità delle proprie

condizioni e, data anche l’età avanzata, dell’approssimarsi della morte.

**V. Quinto motivo di appello: danno morale del Menconi *iure proprio*.**

Il quarto motivo di appello è infondato. Il danno liquidato al Menconi *iure proprio* per la sofferenza patita per la morte della madre di € 72.303,96 è del tutto adeguato rispetto ai parametri, di cui alle tabelle milanesi, e i dubbi dell’appellante circa l’effettiva convivenza (per essere la defunta unica componente del proprio nucleo in base allo stato di famiglia) non rilevano, risultando dai documenti che la madre e il Menconi hanno lo stesso indirizzo e non incidendo nella profondità del rapporto affettivo e di consuetudine di vita le circostanze della convivenza della anziana nella stessa casa o in un proprio appartamento adiacente a quello del figlio.

**VI. Sesto motivo di appello: danno morale della Attuoni *iure proprio*.**

Il quinto motivo è infondato, essendo basato sulla affermazione della inesistenza di prova di intensi rapporti affettivi e di frequentazione tra la suocera e la nuora, mentre vale circa la particolare vicinanza quanto esposto al paragrafo che precede.

**VII. Conclusivamente e sulle spese.**

1. L’appello viene quindi accolto limitatamente alla riduzione della somma di € 103.291,28, liquidata al Menconi di cui al paragrafo 6 ad € 2.000,00. La sentenza appellata viene confermata nel resto. La modifica non incide sulle spese processuali di primo grado, considerato il complesso della decisione. (... *Omissis*...)

3. Non è accoglibile la domanda di restituzione di somme avanzata dall’appellante, in quanto i pagamenti sono stati effettuati dalla società assicuratrice, che non avanza pretese restitutorie.

**P.Q.M.**

La Corte definitivamente pronunciando, in parziale accoglimento dell’appello e in corrispondente riforma della sentenza di primo grado, che conferma nel resto, riduce da € 103.291,38 ad € 2.000,00 la condanna in favore di Menconi Marco, e per lui dell’erede Attuoni Ida Elena di cui al capo 2 f) del dispositivo della sentenza appellata. (... *Omissis*...)

---

Corte d’Appello di Genova, sez. III civ., 20 gennaio 2015 - Pres. Sanguolo - Rel. Maistrello - M. (Avv.ti Prevosto e Guelfi) c. C. (Avv.ti Valfrè e Vinci).

**DONAZIONE - revocazione per ingratitudine - ingiuria grave - unico episodio ingiurioso - presupposti.**

(Art. 801 c.c.)

*L’azione ingiuriosa grave, presupposto della revocazione per ingratitudine ex art. 801 c.c., implica un giudizio (anche) sociale ed etico del comportamento del donatario, diretto a verificare che esso sia rivolto contro la sfera morale e spirituale del donante in modo diretto ed esplicito e sia tale da disvelare un reale e perdurante sentimento di avversione, espressione di una ingratitudine verso il donante e tale da ripugnare alla coscienza comune. L’ingiuria deve, pertanto, essere condotta consapevolmente e volontariamente dal donatario di-*

rettamente contro il patrimonio morale del donante, risolvendosi in una perversa animosità verso il donante, idonea a giustificare il pentimento rispetto al compiuto atto di liberalità.

Doveroso, al fine di accertare la gravità dell'ingiuria, accertare il contesto nella quale essa si è manifestata, rilevando non la quantità di episodi, ma bensì l'effettiva offensività del comportamento tenuto dal donatario rispetto alla dignità della persona del donante.

(La Corte d'Appello, respingendo la domanda di riforma di una pronuncia di revoca della donazione ex art. 801 c.c., ha ritenuto che dovesse ritenersi grave l'ingiuria rivolta in un'unica occasione a due donatori - con riserva di usufrutto - per avere il donante augurato la dipartita di essi in tempi ravvicinati, non essendovi dubbio che tale affermazione costituisca una grave condotta ingiuriosa, espressiva di un reale sentimento di avversione e ingratitudine nei confronti dei donanti).

C.GIA.

(... Omissis...) **Svolgimento del processo.**

Con ricorso ex art. 702 bis c.p.c. depositato in data 23/02/2010, i coniugi Candido Viale e Maria Rosa Nobbio evocavano in giudizio, innanzi al Tribunale di Sanremo sez. distaccata di Ventimiglia, il Sig. Maurizio Magoni Rossi, deducendo di avergli donato nel 2002 alcuni immobili, riservandosene l'usufrutto vitalizio e di voler revocare la donazione effettuata nei suoi confronti.

In particolare, i ricorrenti assumevano che con l'atto di donazione (atto Notaio Panico del 09/10/2002) fosse stato posto a carico del donatario un onere di assistenza in favore dei donanti, ma che da oltre tre anni il donatario non vi avesse dato adempimento.

Denunciavano, poi, che il donatario avesse compiuto alcune contravvenzioni edilizie sui fondi oggetto della donazione.

Soprattutto, si dolevano che, nell'estate del 2009, il Sig. Magoni avesse pronunciato frasi gravemente ingiuriose nei loro confronti, del seguente tenore: "Sti vecchi di merda mi hanno proprio rotto i coglioni, ma andate un po' a fare in culo, pezzenti bastardi, spero che il diavolo vi porti via presto così qui diventa tutto mio".

I ricorrenti ritenevano che i suesposti comportamenti integrassero un'ingiuria grave ai sensi dell'art. 801 c.c. e, pertanto, chiedevano che il giudice disponesse la revocazione della donazione per ingratitudine e, conseguentemente, li dichiarasse unici ed esclusivi proprietari di tutti i beni immobili donati, ordinando al Conservatore dei Registri Immobiliari di Sanremo la conseguente trascrizione ed al Direttore dell'U.T.E. di Imperia la conseguente voltura catastale.

Si costituiva in giudizio il Sig. Magoni, il quale contestava integralmente le avversarie deduzioni e instava per il rigetto delle domande spiegate dai ricorrenti.

Segnatamente, il resistente deduceva che il preteso inadempimento dell'onere di assistenza e le asserite contravvenzioni edilizie non costituissero motivo di revocazione della donazione ai sensi dell'art. 801 c.c., e che, in ogni caso, i ricorrenti fossero decaduti dalla relativa azione ai sensi dell'art. 802 c.c.. Con riferimento al preteso episodio di ingiuria, il resistente deduceva che, quand'anche lo stesso fosse stato dimostrato, non sarebbe stato comunque idoneo a fondare la revocazione della donazione, dal momento che si sarebbe trattato di un singolo episodio, per di più inserito in un contesto di conflittualità già esistente tra le parti (nel 2008 il Sig. Magoni aveva proposto un ricorso per reintegrazione nel possesso contro i coniugi Viale, per aver collocato sulla strada che conduce ai suoi fondi dei bancali ed altri ostacoli che ne impedivano il transito con mezzi meccanici).

La causa veniva istruita con la produzione di documenti e l'audizione di sommari informatori, i quali, all'udienza del 15/07/2010, dichiaravano di aver assistito da una certa distanza alla discussione occorsa tra le parti, e di aver, in quell'occasione, udito il Sig. Magoni pronunciare la frase ingiuriosa sopra riportata.

Dichiarata chiusa l'istruttoria, il giudice si riservava di decidere e in data 23/07/2010 emetteva ordinanza, poi depositata in Cancelleria in data 26/07/2010, con cui disponeva quanto segue:

*"Revoca la donazione con riserva di usufrutto e onere effettuata dai ricorrenti con atto Notaio Panico del 09.10.2002, per cui è causa; Ordina al Sig. Conservatore dei RR.II. di Sanremo la trascrizione della presente ordinanza;*

*Ordina al Direttore dell'U.T.E. di Imperia la conseguente volturazione catastale, con loro esonero da responsabilità.*

*Condanna Magoni Rossi Maurizio alla refusione delle spese di lite, che liquida in € 2.366,44, come da motivazione".*

In particolare, nella parte motiva del provvedimento il Tribunale osservava che le condotte di mancata assistenza e prestazione di cure e gli abusi edilizi che il donatario avrebbe posto in essere non erano stati provati in giudizio e, comunque, non sarebbero risultati rilevanti ai fini della decisione, in quanto tali comportamenti non integrerebbero motivi legittimi di revocazione della donazione.

Segnatamente, tali condotte non sarebbero ricomprese nel novero indicato dall'art. 463 nn. 1 - 3 c.c., né sarebbero *ex se* foriere di alcun pregiudizio grave e doloso del patrimonio dei donanti.

Nondimeno, il Tribunale riteneva il ricorso in parte fondato, in quanto, alla luce della espletata istruttoria testimoniale, sarebbe stata dimostrata l'ingiuria grave commessa dal Sig. Magoni (donatario) ai danni dei coniugi Viale - Nobbio (donanti), per aver il primo proferito le citate frasi lesive dell'onore e del decoro dei secondi, alla presenza degli stessi e di altre persone.

Avverso tale ordinanza ha proposto appello il Sig. Magoni, con atto di citazione notificato in data 23/09/2010, concludendo per la riforma parziale dell'impugnato provvedimento e per la conseguente condanna degli appellati a restituire la somma loro versata in esecuzione dello stesso.

L'appellante ha affidato l'impugnazione ad un unico motivo di appello, deducendo la violazione e la falsa applicazione dell'art. 801 c.c., nonché difetto di motivazione su un punto decisivo della controversia, in quanto il giudice di prime cure non avrebbe affrontato il problema cruciale della controversia, ossia se un singolo episodio di ingiuria sia idoneo ovvero meno a fondare la revocazione della donazione, ai sensi dell'art. 801 c.c..

Si sono costituite in giudizio le parti appellate, deducendo l'infondatezza dell'impugnazione avversaria ed istando per la conferma del provvedimento gravato.

All'udienza del 16/10/2014 le parti hanno precisato le conclusioni come in atti e la causa è stata trattenuta in decisione, con termini di legge per il deposito di comparse conclusionali e memorie di replica.

**Motivi della decisione.**

L'appello è infondato per le ragioni che seguono.

Conformemente all'interpretazione fornita dalla giurisprudenza pressoché costante della Suprema Corte di Cassazione, per poter revocare una donazione per ingratitudine ai sensi dell'art. 801 c.c., costituisce presupposto necessario la cd. ingiuria grave, che "pur mutuando dal diritto penale il suo significato intrinseco e l'individuazione del bene leso, tuttavia si distacca dalle

previsioni degli artt. 594 e 595 c.p. e consiste in un comportamento suscettibile di ledere in modo rilevante il patrimonio morale del donante ed espressivo di un reale sentimento di avversione da parte del donatario, tale da ripugnare alla coscienza collettiva.” (Cassazione civile, 31/03/2011, n. 7487).

Corrisponde a tale definizione, secondo la terminologia usata dalla Suprema Corte, “un qualsiasi atto o comportamento il quale leda in modo rilevante il patrimonio morale del donante, e palesi per ciò solo un sentimento di avversione da parte del donatario” (Cassazione civile, 28/05/2008, n. 14093).

La valutazione in ordine alla configurabilità dell’ingiuria grave consiste in un giudizio (anche) “sociale ed etico” del comportamento del donatario, diretto a verificare che esso sia rivolto “contro la sfera morale e spirituale del donante in modo diretto ed esplicito”, e sia tale da disvelare “un reale e perdurante sentimento di avversione, espressione di una ingratitudine verso il donante, tale da ripugnare alla coscienza comune (Cass. 20.8.1990 n. 8445; Cass. 28.8.1997 n. 8165; Cass. 5.11.2001 n. 13631)” (Cassazione civile sez. n. 7033/2005).

Detto in altre parole, l’azione ingiuriosa, per essere rilevante quale causa di revocazione della donazione, deve essere condotta consapevolmente e volontariamente dal donatario direttamente contro il patrimonio morale del donante, risolvendosi in una “perversa animosità verso il donante, idonea a giustificare il pentimento rispetto al compiuto atto di liberalità” (Cassazione civile sez. II, 05/11/1990, n. 10614).

Alla luce di tale ricostruzione dell’istituto dell’ingiuria grave, ai sensi dell’art. 801 c.c., è necessario considerare se il comportamento in concreto tenuto dall’appellante nel caso di specie sia stato tale da ledere il patrimonio morale degli appellati, ossia se esso sia stato tale da disvelare un sentimento di avversione da parte del donatario, espressivo di una ingratitudine verso i donanti, tale da ripugnare la coscienza collettiva e, inoltre, tale da giustificare il pentimento di questi ultimi rispetto al compiuto atto di liberalità.

Orbene, questa Corte non ignora che la giurisprudenza di legittimità sia estremamente cauta nel ravvisare il presupposto dell’ingiuria grave, idonea a fondare la revocazione della donazione. Tanto è vero, che in talune occasioni i giudici di legittimità hanno ritenuto che un singolo accadimento, seppur di per sé censurabile, non fosse riconducibile ad espressione di una profonda e radicata avversione verso il donante, tale da giustificare la revoca della donazione.

Non può però sottacersi che, in tali casi, la Suprema Corte ha ritenuto la necessità di tenere in considerazione il peculiare contesto in cui l’episodio ingiurioso sia venuto a verificarsi, ossia la situazione oggettiva di aspro contrasto esistente tra le parti, cioè la preesistente situazione di deterioramento dei loro rapporti (Cassazione civile, 24/06/2008, n. 17188, che nel caso di specie esaminato ha ritenuto insussistenti gli estremi dell’ingratitudine in quanto, oltre a non essere stata dimostrata la pretesa segregazione e violenza subita dalla donante, il lamentato stato di tensione doveva ricondursi all’incompatibilità di carattere tra le parti, evidenziatasi con la convivenza).

Qualora, infatti, i rapporti tra donatario e donante siano connotati da una perdurante conflittualità, in genere resa ancor più acuta dalla convivenza tra i medesimi, ben si comprende la ragione per la quale i giudici di legittimità abbiano ritenuto che un singolo accadimento, per quanto censurabile, non possa essere ritenuto di per sé indicativo di una profonda avversione ed irricoscenza del donatario nei confronti del donante, tale da consentire la revoca della liberalità compiuta.

Ma dalle citate decisioni della suprema Corte non può dedursi

- come invece pretenderebbe di fare l’appellante - un principio generale secondo il quale, al fine di integrare l’ingiuria grave di cui all’art. 801 c.c., dovrebbero necessariamente ricorrere una pluralità di episodi ingiuriosi.

Al contrario, deve ritenersi che un singolo accadimento (come è nel caso di specie) possa risultare assolutamente lesivo del patrimonio morale dei donanti, mentre potrebbero non assurgere allo stesso livello di gravità una pluralità di episodi (si confronti ad esempio la sentenza della Cassazione del 05/04/2005 n. 7033, che ha escluso che il comportamento tenuto dal donatario, consistito nell’aver schiaffeggiato due volte la donante, integrasse l’ingratitudine, tenuto conto del contesto di deterioramento dei rapporti familiari tra le parti).

In altre parole, ciò che pare determinante al fine di ritenere ovvero meno integrata un’ingiuria grave ex art. 801 c.c. non è la quantità di accadimenti, ma piuttosto l’effettiva offensività del comportamento tenuto dal donatario rispetto alla dignità della persona del donante.

Ciò trova ulteriore conferma nelle numerose pronunce di legittimità, nelle quali l’ingiuria grave viene comunemente definita come un “qualsiasi atto o comportamento” di per sé idoneo a disvelare l’ingratitudine del donatario ed a ledere il patrimonio morale del donante.

Nel caso di specie, emerge con evidenza l’estrema gravità ed offensività delle frasi proferite dal Sig. Magoni ai danni dei coniugi Viale - Nobbio.

Ciò che più colpisce del suo comportamento è che egli abbia, non solo apostrofato i donanti con epiteti poco lusinghieri, ma soprattutto che si sia augurato la loro dipartita in tempi ravvicinati (“spero che il diavolo vi porti via presto così qui diventa tutto mio”).

Non vi sono dubbi in ordine al fatto che tali frasi siano gravemente offensive della dignità personale degli odierni appellati e che le stesse siano altresì suscettibili di ledere in modo rilevante il patrimonio morale dei donanti.

A fronte di una tale gravità della condotta ingiuriosa tenuta dall’appellante, a nulla rileva il fatto che si sia trattato di un singolo episodio, essendo esso del tutto sufficiente per esprimere un reale sentimento di avversione nei confronti degli appellati, tale da ripugnare alla coscienza collettiva.

Tale condotta disvela l’ingratitudine del donatario per la generosità di cui il medesimo è stato beneficiato; pertanto, essa è tale da giustificare il pentimento degli appellati relativamente alla compiuta liberalità.

Né assume alcuna rilevanza, nel senso di escludere la ricorrenza del presupposto della revocazione, la circostanza che tra le parti in causa già fosse pendente un giudizio relativo a questioni di vicinato.

Tale circostanza, infatti, non può essere in alcun modo assimilata ad una situazione di aspro contrasto e di deterioramento dei rapporti tra le parti, quale è la perdurante conflittualità nascente dalla convivenza tra familiari, alla quale certa giurisprudenza di legittimità ha ritenuto di dover attribuire rilevanza in sede di valutazione della gravità dell’ingiuria compiuta.

Quanto fin qui osservato conduce a ritenere che il comportamento del Sig. Magoni integri il presupposto dell’ingiuria grave, necessario per la revocazione della donazione per ingratitudine, ai sensi dell’art. 801 c.c..

Pertanto, l’appello deve essere respinto, con la conferma della decisione impugnata.

In applicazione del principio della soccombenza a carico dell’appellante devono essere poste le spese del presente grado di giudizio, liquidate in dispositivo ex art. 4 del decreto n. 55/2014, tenuto conto della natura e del valore della causa e

della sua non particolare complessità, nonché del mancato espletamento di attività istruttorie.

#### P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza ed eccezione reietta, respinge l'appello proposto da Magoni Rossi Maurizio avverso alla ordinanza ex art. 702 bis cpc emessa dal Tribunale di Sanremo sezione distaccata di Ventimiglia in data 23-26.7.2010, che conferma integralmente.

Corte di Cassazione, sez. lav., 27 gennaio 2015 n. 1482 - Pres. Macioce - Est. Amendola - P.M. Ceroni (concl. conf.) - R.C. (Avv. Severini) c. INAIL (Avv. Moraggi).

Conferma Appello Genova 6 agosto 2008.

**PUBBLICO IMPIEGO (rapporto di) - avvocatura dell'Inail - procedura selettiva per l'attribuzione di incarichi di coordinamento - mancata indicazione di un termine per il suo espletamento - non costituisce inadempimento nei confronti degli aspiranti, non sussistendo, in capo ad essi, un diritto soggettivo - risarcimento per gli eventuali danni - non sussiste, non esistendo alcuna norma che imponga una "ragionevole durata" entro cui le operazioni concorsuali debbano essere terminate.**

(Circolari INAIL nn. 44/95 e 84/97, art. 72 CCNL 1994/97 per la dirigenza, artt. 1175 e 1375 c.c.)

*La violazione dei principi della correttezza e della buona fede si configura solo nell'ipotesi che vengano lesi diritti soggettivi già riconosciuti in base a norme di legge, riguardando le modalità di adempimento degli obblighi a tali diritti correlati. Le stesse regole non valgono, invece, a configurare obblighi aggiuntivi che non trovino ex art. 1173 c.c. la loro fonte nel contratto, nel fatto illecito o in ogni altro atto o fatto idoneo a produrli in conformità dell'ordinamento giuridico.*

*L'interpretazione di una circolare amministrativa, anche di provenienza ministeriale, cui può essere equiparata una circolare di un ente pubblico non economico, costituisce accertamento di fatto proprio del giudice di merito ed è censurabile in Cassazione solo per violazione delle norme legali di ermeneutica contrattuale o per vizi di motivazione, essendo tali circolari qualificabili come atti unilaterali. (Nella specie la Suprema Corte, confermando le decisioni rese, rispettivamente in primo ed in secondo grado, dal Tribunale e dalla Corte d'Appello di Genova, ha ritenuto che nessun inadempimento fosse ravvisabile, neppure sotto il profilo della correttezza e della buona fede, nel comportamento dell'INAIL, per aver questi espletato soltanto nel 2002 un concorso bandito fin dal 1997, dal momento che la circolare non prevedeva alcun termine né perentorio né ordinario.)*

(...Omissis...)

L'avv. R.C. conveniva innanzi al Tribunale di Genova l'INAIL, di cui era dipendente dal 1976, esponendo che aveva partecipato ad una procedura selettiva per l'attribuzione di incarichi di coordinamento per le 26 avvocature periferiche e gli 8 settori centrali dell'Avvocatura centrale di Roma, procedura indetta dall'INAIL con circolare n. 24 del 17 gennaio 2002; che all'esito di essa aveva ottenuto un punteggio di 56 punti, che lo aveva collocato al 30° posto nella graduatoria nazionale ed al 2° posto nelle tre sub graduatorie regionali della Liguria, della Lombardia e del Piemonte, pre-

cludendogli l'attribuzione dell'incarico per le sedi per le quali aveva espresso preferenza; che tale collocazione derivava, d'un canto, dall'illegittima attribuzione di un maggior punteggio a tre colleghi che gli erano stati preferiti, i quali avevano indebitamente beneficiato di punteggi aggiuntivi per lo svolgimento interinale di incarichi loro provvisoriamente assegnati nel periodo utilizzato dall'ente per l'espletamento della procedura, e, d'altro canto, dal minor punteggio riconosciuto all'istante rispetto a quello dovuto pari a 60,5 punti o più.

Pertanto concludeva affermando che, effettuate le rettifiche richieste, con semplice calcolo sarebbe risultata la sua collocazione al primo posto in tutte e tre le sub graduatorie regionali, con ogni consequenziale pronuncia in punto di diritto all'attribuzione dell'incarico ed al risarcimento per i danni subiti.

Con sentenza del 6 agosto 2008, la Corte d'Appello di Genova, confermando la pronuncia di primo grado, ha respinto l'impugnazione proposta dal lavoratore. Circa la pretesa tardività della procedura selettiva che, secondo parte ricorrente, sarebbe stata indetta nel 2002 a distanza di cinque anni dal momento in cui era stata attivata con circolare n. 84 del 1997, la Corte territoriale ha ritenuto che nessun inadempimento dell'Istituto si fosse realizzato, "perché nessun obbligo giuridico aveva nei confronti dell'avv. R.C. che parimenti non poteva vantare alcuna posizione di diritto soggettivo".

Inoltre la Corte genovese ha ritenuto legittima sia l'assegnazione interinale dell'incarico di coordinatori reggenti ai colleghi del R.C. a lui poi preferiti, sia il punteggio loro attribuito per tale incarico provvisorio.

Per la cassazione di tale sentenza R.C. ha proposto ricorso con tre motivi. Entrambe le parti hanno depositato memorie ex art. 378 c.p.c.

Il Collegio giudica il ricorso infondato.

Con il primo mezzo d'impugnazione, ai sensi dell'art. 360, co. 1, n. 3, c.p.c., si deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 115 c.p.c., dell'art. 72 del CCNL 1994/1997 per la dirigenza e specifiche tipologie professionali degli enti pubblici non economici, nonché degli artt. 1175 e 1375 c.c.

Con il quesito di diritto posto a conclusione del motivo si interroga la Corte sul se costituisca violazione del citato CCNL, anche sotto l'aspetto del mancato rispetto dei principi di correttezza e buona fede, l'ingiustificato differimento per circa cinque anni della procedura di selezione per il conferimento degli incarichi di coordinamento.

La doglianza non può trovare accoglimento. Con essa si denuncia promiscuamente la violazione di una disposizione processuale che regola i poteri del giudice nell'individuare i fatti e le prove da porre a fondamento della sua decisione, la violazione della disciplina prevista dalla contrattazione collettiva di un comparto pubblico nonché la violazione delle norme del c.c. che impongono correttezza e buona fede nei rapporti obbligatori. Nella sostanza si censura la sentenza impugnata per non aver ravvisato l'esistenza in capo all'INAIL dell'obbligo di procedere alla selezione per il conferimento degli incarichi di coordinamento entro un certo termine, per cui l'indizione della procedura nel gennaio del 2002 avrebbe rappresentato violazione di esso.

Il R.C. ravvisa il fondamento di tale obbligo e del relativo termine nell'art. 72 del CCNL 1994/1997 per la dirigenza degli enti pubblici non economici, nella circolare INAIL n. 84 del 13 ottobre 1997, negli artt. 1175 e 1375 c.c.. Tuttavia nell'art. 72 del contratto collettivo citato, riportato da

parte ricorrente, non vi è alcun passo che consenta di ritenere la sussistenza di un termine siffatto, per cui condivisibilmente i giudici di merito hanno concordemente ritenuto, anche esaminando altre disposizioni della disciplina collettiva di settore, che “l’art. 52 del CCNL citato stabilisce un preciso termine di adempimento solo per gli istituti a contenuto economico e normativo aventi carattere vincolato ed automatico, fissandolo in trenta giorni da quello di legale conoscenza del contratto”, che “le norme di cui agli artt. 72 ss. del medesimo CCNL (1998/2001) riproducono esattamente le citate disposizioni ...senza introdurre o prevedere sanzioni o rimedi per riparare a ritardi verificatisi”, che “le citate disposizioni...hanno quindi natura programmatica ed organizzativa”.

Del resto neanche parte ricorrente individua dove sia scritto nel citato art. 72 il preteso termine, non potendo certo esso ricavarsi in via implicita - come pure prospettato - dall’utilizzo nelle disposizioni di contratto collettivo di forme verbali all’indicativo presente, posto che comunque l’Istituto ha poi effettivamente indetto la procedura.

Quanto al “pronto” intendimento all’espletamento della procedura che sarebbe rinvenibile - secondo il ricorrente - nella circolare INAIL n. 84 del 1997, recante “Modalità e criteri per l’attribuzione delle posizioni di coordinatore”, il Collegio osserva quanto segue. Per consolidato orientamento di questa Corte l’interpretazione di una circolare amministrativa, anche di provenienza ministeriale, cui può essere equiparata una circolare di un ente pubblico non economico, costituisce accertamento di fatto proprio del giudice di merito ed è censurabile in Cassazione solo per violazione delle norme legali di ermeneutica contrattuale o per vizi di motivazione, essendo tali circolari qualificabili come atti unilaterali (negoziali o amministrativi: v. Cass. n. 8974 del 2008; Cass. n. 8296 del 2006; Cass. n. 4942 del 2004). Nella specie invece in ricorso ci si limita a proporre una diversa interpretazione, piuttosto che denunciare efficacemente gli eventuali vizi del procedimento ermeneutico seguito dalla Corte di merito, peraltro adeguatamente motivato e concluso nel senso che “nessun termine né perentorio né ordinario è contenuto nella circolare e nel regolamento del 1997”.

Una volta che i giudici d’appello hanno legittimamente escluso l’esistenza di un obbligo di fonte contrattuale o unilaterale di indire la procedura entro un termine prefissato ed hanno ritenuto che rientrasse nell’autonoma potestà organizzativa dell’ente stabilire i tempi ritenuti più opportuni per indire la selezione, evidentemente il termine preteso da parte ricorrente non poteva trovare autonomo fondamento negli artt. 1175 e 1375 c.c., che, com’è noto, hanno una funzione integrativa dell’obbligazione assunta dal debitore e costituiscono limite all’esercizio delle corrispondenti pretese, arricchendo il contenuto del singolo rapporto obbligatorio, con l’extrapolazione di obblighi collaterali (di protezione, di cooperazione, di informazione) che, in relazione al concreto evolversi della vicenda negoziale, vanno in definitiva ad individuare la regola iuris effettivamente applicabile e a salvaguardare la funzione obbiettiva e lo spirito del regolamento d’interessi che le parti hanno inteso raggiungere (v., per tutte, cass. n. 22819 del 2010). Questa Corte ha avuto modo di ribadire che la violazione dei “principi della correttezza (art. 1175 c.c.) e della buona fede (art. 1375 c.c.) si configura solo nell’ipotesi che vengano lesi diritti soggettivi già riconosciuti in base a norme di legge, riguardando le modalità di adempimento degli obblighi a tali

diritti correlati. Le stesse regole non valgono, invece, a configurare obblighi aggiuntivi che non trovino ex art. 1173 c.c. la loro fonte nel contratto, nel fatto illecito o in ogni altro atto o fatto idoneo a produrlo in conformità dell’ordinamento giuridico” (v. Cass. n. 7731 del 2007; Cass. n. 5140 del 2005). Non senza evidenziare che l’asserita violazione delle regole di correttezza e buona fede non avrebbe mai potuto condurre, di per sé, ad una tutela giudiziale che attribuisse punteggi aggiuntivi al R.C. ovvero sottraesse punti ai candidati a lui preferiti.

Con il secondo motivo si denuncia violazione o falsa applicazione di norme di diritto (artt. 1 e 15 preleggi, Circolari INAIL 44/95 e 84/97, CCNL 27/96 dell’11 ottobre 1996, art. 56 d. lgs. 29/93, come modificato e integrato) in relazione all’art. 360 n. 3 c.p.c. Si sostiene che, in base all’art. 56 d.lgs. n. 29/93, l’esercizio temporaneo di mansioni superiori non poteva superare i sei mesi (prorogabili sino a dodici qualora fossero state avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti). Conseguentemente erano illegittimi gli incarichi conferiti oltre tale termine e dovevano essere azzerati, per il periodo eccedente, i punteggi riconosciuti agli altri aspiranti. A conclusione del motivo si enuncia una proposizione complessa articolata in un triplice quesito con cui si chiede alla Corte adita: se configuri violazione di legge la sentenza che applichi una norma regolamentare abrogata, contenuta nella circolare INAIL n. 44/1995, per regolare fattispecie ricadenti nella successiva circolare INAIL n. 84/1997; se configuri violazione di legge la sentenza che applichi una norma regolamentare contenuta nella circolare INAIL n. 44/1995, difforme dalla norma di legge di cui all’art. 56 del d.lgs. n. 29/1993, poi divenuto art. 52 d.lgs. n. 165 del 2001; se, nell’ambito del lavoro pubblico contrattualizzato, configuri violazione dell’art. 56 testè citato e successive modificazioni l’affidamento per un tempo superiore a sei mesi di un incarico comportante lo svolgimento di mansioni superiori.

Con la tecnica promiscua già utilizzata nel primo motivo si denunciano cumulativamente violazioni e false applicazioni di disposizioni di legge, di contrattazione collettiva e di circolari dell’INAIL. Posto che le circolari dell’INAIL, per quanto innanzi detto, non rappresentano norme di diritto la cui violazione può essere denunciata ai sensi dell’art. 360, co. 1, n. 3, c.p.c., parte ricorrente, in sostanza, si duole che la Corte territoriale non abbia ritenuto applicabile al conferimento degli incarichi provvisori di coordinamento dell’avvocatura dell’Istituto l’art. 56 del d.lgs. n. 29 del 1993, poi divenuto art. 52 del d.lgs. n. 165 del 2001. La censura è infondata per la dirimente ragione che detta disposizione postula per la sua applicazione che il prestatore di lavoro sia “adibito a mansioni proprie della qualifica immediatamente superiore”. Del tutto correttamente, dunque, la Corte genovese osserva che “l’incarico di coordinamento non è assegnazione a mansioni proprie di una qualifica superiore, ma l’attribuzione, per un periodo temporaneo, di compiti riferibili alla figura di primus inter pares, con esclusione di sovraordinazione gerarchica nei confronti degli altri professionisti”. La circostanza non è ignota neanche alla difesa di parte ricorrente, costretta ad ammettere “che l’incarico di coordinamento non comporta il passaggio ad un’area funzionale superiore”; tenta invano di aggirarla deducendo che “la procedura interna...colloca il coordinamento in posizione diversa, e preminente, rispetto all’avvocato dell’ufficio legale”, e che “all’incarico è automaticamente correlato un emolumento aggiuntivo avente natura retributiva”; mal si comprende, però, come tali elementi possano trasformare

detto incarico di coordinamento nell'esercizio di "mansioni proprie della qualifica immediatamente superiore"

Con il terzo motivo si lamenta omessa o insufficiente motivazione circa un fatto controverso e decisivo per la controversia, a mente dell'art. 360, co.1, n. 5 c.p.c. Nel corpo del motivo si censura la Corte di merito per avere errato la valutazione circa: la ritenuta necessaria presenza dell'Avvocato generale nella Commissione valutatrice nel periodo dal 1997 al 2000, in contrasto con le risultanze processuali; la ritenuta necessaria presenza di solo quello "effettivo" per il periodo successivo, in travisamento e contrasto col tenore letterale della normativa applicabile (circ. INAIL n. 23/2000); il fatto che i nuovi criteri introdotti con la circ. INAIL n. 23/2000 apportassero modifiche "rilevanti" rispetto a quelli previsti nel 1997 (con circ. n. 84/1997), tanto da giustificare il pregresso ed il successivo ritardo.

Anche questo mezzo di gravame è infondato. Pacificamente il difetto di motivazione sindacabile da questa Corte è configurabile solo qualora dal ragionamento del giudice di merito, come risultante dalla sentenza impugnata, emerga la totale obliterazione di elementi che potrebbero condurre ad una diversa decisione, ovvero quando sia evincibile l'obiettiva carenza, nel complesso della medesima sentenza, del procedimento logico che lo ha indotto, sulla base degli elementi acquisiti, al suo convincimento, ma non già quando, invece, vi sia difformità rispetto alle attese ed alle deduzioni della parte ricorrente sul valore e sul significato dal primo attribuiti agli elementi delibati, risolvendosi, altrimenti, il motivo di ricorso in una inammissibile istanza di revisione delle valutazioni e del convincimento di quest'ultimo tesa all'ottenimento di una nuova pronuncia sul fatto, certamente estranea alla natura ed ai fini del giudizio di cassazione (in termini, Cass. SS.UU. n. 24148 del 2013). Invero il motivo di ricorso ex art. 360, co.1, n. 5, c.p.c., non conferisce alla Corte di cassazione il potere di riesaminare il merito dell'intera vicenda processuale sottoposta al suo vaglio, ma solo quello di controllare, sul piano della coerenza logico-formale e della correttezza giuridica, l'esame e la valutazione fatta dal giudice di merito, al quale soltanto spetta di individuare le fonti del proprio convincimento, controllarne l'attendibilità e la concludenza nonché scegliere, tra le risultanze probatorie, quelle ritenute maggiormente idonee a dimostrare la veridicità dei fatti in discussione, dando così liberamente prevalenza all'uno o all'altro dei mezzi di prova acquisiti, salvo i casi tassativamente previsti dalla legge (tra numerose altre: Cass. SS.UU. n. 5802 del 1998 nonché Cass. n. 1892 del 2002, n. 15355 del 2004, n. 1014 del 2006, n. 18119 del 2008). Inoltre con la riforma del giudizio di cassazione operata con la legge n. 40 del 2006, che ha sostituito il concetto di "punto decisivo della controversia" con quello di "fatto controverso e decisivo", il legislatore ha rafforzato l'argine per evitare che il giudizio di cassazione, che è giudizio di legittimità, venga impropriamente trasformato in un

terzo grado di merito (cfr. Cass. n. 18368 del 2013).

Sulla nozione di "decisività", poi, la Suprema Corte ha avuto da tempo modo di affermare che essa "sotto un primo aspetto si correla al fatto sulla cui ricostruzione il vizio di motivazione avrebbe inciso ed implica che il vizio deve avere inciso sulla ricostruzione di un fatto che ha determinato il giudice all'individuazione della disciplina giuridica applicabile alla fattispecie oggetto del giudizio di merito, e, quindi, di un fatto costitutivo, modificativo, impeditivo od estintivo del diritto. Sotto un secondo aspetto, la nozione di decisività concerne non il fatto sulla cui ricostruzione il vizio stesso ha inciso, bensì la stessa idoneità del vizio denunciato, ove riconosciuto, a determinarne una diversa ricostruzione e, dunque, inerisce al nesso di causalità tra il vizio della motivazione e la decisione essendo, peraltro, necessario che il vizio, una volta riconosciuto esistente, sia tale che, se non fosse stato compiuto, si sarebbe avuta una ricostruzione del fatto diversa da quella accolta dal giudice del merito e non già la sola possibilità o probabilità di essa. Infatti, se il vizio di motivazione per omessa considerazione di punto decisivo fosse configurabile sol per il fatto che la circostanza di cui il giudice del merito ha omesso la considerazione, ove esaminata, avrebbe reso soltanto possibile o probabile una ricostruzione del fatto diversa da quella adottata dal giudice del merito, oppure se il vizio di motivazione per insufficienza o contraddittorietà fosse configurabile sol perché su uno specifico fatto appaia esistente una motivazione logicamente insufficiente o contraddittoria, senza che rilevi se la decisione possa reggersi, in base al suo residuo argomentare, il ricorso per cassazione ai sensi del n. 5 dell'art. 360 si risolverebbe nell'investire la Corte di cassazione del controllo sic et simpliciter dell'iter logico della motivazione, del tutto svincolato dalla funzionalità rispetto ad un esito della ricostruzione del fatto idoneo a dare luogo ad una soluzione della controversia diversa da quella avutasi nella fase di merito" (in termini, fra le altre, Cass. n. 22979 del 2004, Cass. n. 6540 del 2005, Cass. n. 20636 del 2006, Cass. n. 3668 del 2013, Cass. n. 20612 del 2013).

Orbene, nel motivo scrutinato, a tacere dell'impropria richiesta di riesame della valutazione dei fatti processuali così come svolta dal giudice di merito, le critiche investono la parte della motivazione che ha giustificato il lasso temporale tra il momento in cui è stata emanata la circolare n. 84 del 1997 ed il momento in cui è stata indetta la procedura nel 2002. Poiché, però, si tratta di argomentazioni ulteriori rispetto alla primaria ratio decidendi, ravvisata dalla Corte territoriale nella mancanza di doverosità della condotta dell'istituto di provvedere alla selezione entro un certo termine, di per sé sola idonea a sostenere la decisione, i fatti denunciati sono assolutamente privi del carattere della "decisività", in quanto una loro diversa valutazione non avrebbe potuto condurre con certezza ad una decisione diversa. (... *Omissis*...).

# Massime

Corte d'Appello di Genova, 17 marzo 2015 – Pres. D'Arienzo - Rel. Atzeni - B.R. (Avv. Lavagetto) c. O.C. (Avv. ti Bonnacchi e Gallo).

**APPELLO civile – appello avverso ordinanza ex art. 702 quater c.p.c. – comunicazione del solo dispositivo dell'ordinanza – termine breve per impugnare – applicabilità – esclusione.**

(Artt. 327 e 702 quater c.p.c.)

**OBBLIGAZIONI e contratti – interpretazione del contratto – criterio della comune intenzione delle parti – contratto preliminare – rilevanza – esclusione.**

(Art. 1362 c.c.)

**VENDITA – vendita di beni immobili – oggetto – pertinenze non precisamente individuate – esclusione.**

(Art. 1346 e 1470 c.c.)

**PERTINENZE – posto auto – vendita separata dal bene principale – facoltà – limiti.**

(L. 28 novembre 2005 n. 246, art. 12; L. 17 agosto 1942 n. 1150, art. 41 sexies)

*E' ammissibile e tempestivo l'appello avverso ordinanza ex art. 702ter c.p.c. proposto entro sei mesi dalla pubblicazione del provvedimento impugnato, nel caso in cui la Cancelleria abbia comunicato alla parte appellante il solo dispositivo dell'ordinanza e non anche la relativa motivazione.*

*L'elemento distintivo tra contratto definitivo e contratto preliminare di vendita è dato dalla volontà delle parti, che nel contratto definitivo è rivolta direttamente al trasferimento della proprietà o di altro diritto, mentre nel contratto preliminare fa dipendere tale trasferimento da una futura manifestazione di consenso che gli stessi contraenti si obbligano a prestare. Ne consegue che, allorché le parti, dopo aver stipulato un contratto preliminare, siano poi addivenute alla stipulazione di un contratto definitivo, quest'ultimo costituisce l'unica fonte dei diritti e delle obbligazioni inerenti al particolare negozio voluto, in quanto il contratto preliminare, determinando soltanto l'obbligo reciproco della stipulazione del contratto definitivo, resta superato da questo, la cui disciplina, con riguardo alle modalità e condizioni, può anche non conformarsi a quella del preliminare, senza che perciò sia necessario un distinto accordo novativo. A tale stregua, in sede di interpretazione del contratto definitivo, non vi è alcun obbligo per il giudice di merito di valutare il comportamento delle parti ex art. 1362, comma 2, c.c. e di prendere in considerazione il testo del contratto preliminare. (in senso conforme si veda Cass. 18 aprile 2002, n. 5635)*

*La clausola contrattuale che prevede la vendita di un bene immobile "nello stato di fatto e di diritto in cui attualmente si trova con tutti gli inerenti diritti reali, accessioni, pertinenze e dipendenze, servitù attive e passive, apparenti e non apparenti (...)" costituisce mera clausola di stile inidonea per la sua genericità a trasferire una pertinenza del bene immobile non precisamente menzionata nel contratto di vendita (nel caso di specie il Collegio ha escluso che la predetta clausola fosse idonea a trasferire al compratore un posto auto ritenuto dall'appellante pertinenziale all'immobile oggetto del contratto di vendita).*

*Gli spazi per parcheggio possono essere trasferiti in modo autonomo rispetto alle altre unità immobiliari quando si tratti di costruzioni non ancora realizzate al momento dell'entrata in vigore dell'art. 12, comma 9, L. 246/2005 o per le quali, alla medesima data, non erano ancora state stipulate le vendite delle singole unità immobiliari. (In senso conforme si veda Cass. 24 febbraio 2006, n. 4264)*

A.NIC.

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 10 febbraio 2015 - Pres. Sanguolo - Rel. Baudinelli - F. Ass. (Avv. Sorrentino) c. M. spa (Avv. ti Ciccariello).

**ASSICURAZIONE (contratto di) - stipula di contratto di assicurazione per il rischio di perimento o danni per le cose trasportate - disciplina contratto di compravendita di cose generiche - disciplina ex art. 1510 c.c. - applicabilità - trasferimento del rischio all'acquirente - sussiste.**

*In ordine alla stipula di una assicurazione avente ad oggetto il trasporto di beni, nella specie spedizione a mezzo autocarro, nel caso in cui durante il trasporto si verifica una rapina nei confronti del conducente dell'autocarro e, conseguentemente, il perimento dei beni trasportati, in primo luogo va evidenziato che trovano applicazione le norme sulla compravendita - nella specie, tra le altre, in particolare, l'art. 1378 cc - stante lo stretto collegamento sussistente tra il momento in cui il venditore si libera dall'obbligo di consegna al compratore al momento della consegna allo spedizioniere delle merci con conseguente trasferimento del rischio di perimento o danni di quanto trasportato a carico dell'acquirente, al quale spettano, quindi, i diritti derivanti dall'assicurazione in questione. Va poi considerato, nell'ambito della disciplina del contratto di trasporto e in presenza di una assicurazione "per conto di chi spetta", l'art. 1510 cc, in virtù della quale il rischio del perimento delle cose trasportate si trasferisce all'acquirente in caso di consegna da parte del venditore di tali cose a un vettore o a uno spedizioniere. (Nella specie peraltro la clausola n. 8 in calce alla fattura accompagnatoria delle merci trasportate avvertiva espressamente che la merce viaggiava a rischio e pericolo dell'acquirente e si era in presenza, dunque, di una assicurazione per conto di chi spetta o altrui).*

F.L.

Tribunale di Savona, 10 ottobre 2013 - Giudice Unico Princiotta - G.A. (Avv. Arnaldo) e INAIL (Avv. Riva) c. G.Ass.ni (Avv. Bonanni).

**DANNI in materia civile - danno c.d. "differenziale"- diritto al risarcimento - sussiste.**

*La liquidazione del danno non patrimoniale a favore del soggetto vittima di sinistro della circolazione durante lo svolgimento della propria attività lavorativa deve essere effettuata secondo gli ordinari criteri civilistici. Pertanto, qualora le somma così liquidata risulti maggiore rispetto a quanto già corrisposto dall'assicuratore sociale (nella fattispecie dall'INAIL) per il danno biologico, deve essere riconosciuto al danneggiato il c.d. "danno differenziale", che si identifica nella differenza tra l'ammontare complessivo del risarcimento dovuto e quanto versato dall'assicuratore sociale a titolo di indennità.*

A.DM.

Tribunale di Genova, 19 febbraio 2015 – Giudice Unico Bonino – Fondazione R. (Avv.ti Del Giudice e Nicolini) c. Fallimento A. (Avv. Capecchi).

**ESECUZIONE forzata per obbligazioni pecuniarie – titolo esecutivo – in genere.**

(Art. 474 c.p.c.)

**SANITÀ pubblica – ospedali, ambulatori, case di cura, enti sanitari – autorizzazioni ed accreditamenti in materia sanitaria – trasferibilità inter vivos senza il consenso dell'ente pubblico interessato – esclusione.**

(L.R. Regione Liguria 30 luglio 1999, n. 20)

**SANITÀ pubblica – ospedali, ambulatori, case di cura, enti sanitari – domanda di rinnovo di accreditamento con un ente pubblico – legittimazione – limiti.**

**FALLIMENTO – curatore fallimentare – pagamento sulla base di titolo provvisoriamente esecutivo – obbligo di accantonamento – sussistenza.**

(Artt. 27 e ss. R.D. 16 marzo 1942, n. 267)

*Costituisce titolo esecutivo stragiudiziale ex art. 474, comma II, n. 2, c.p.c. la scrittura privata autenticata che prevede ed indica gli elementi essenziali dell'obbligazione di pagamento di una somma di denaro certa e determinata a scadenze prestabilite posta a carico dell'affittuario per il godimento dell'azienda.*

*Le autorizzazioni e gli accreditamenti in materia sanitaria di cui alla legge Regione Liguria n. 20/1999 non possono circolare separatamente dalla struttura cui accedono e non possono rientrare nel complesso dei beni aziendali suscettibili di trasferimento tra le parti con automatico subentro del cessionario o affittuario della struttura sanitaria, stante il principio generale di immutabilità dei soggetti autorizzati nei rapporti con la P.A. conformemente all'art. 2558 c.c., secondo cui il cessionario non può subentrare nei rapporti che abbiano carattere personale. Tali autorizzazioni ed accreditamenti possono, al più, essere oggetto di cessione ai sensi dell'art. 1406 c.c. solo a condizione che l'altra parte – in questo caso la Pubblica Amministrazione – vi consenta, in quanto anche se l'accredito dovesse riguardare non già la persona e/o le qualità personali del titolare o del gestore della struttura ma soltanto la dotazione da parte di quest'ultima degli standards necessari, è pur sempre certo che il trasferimento dell'accredito può solo operare previo accertamento regionale circa il possesso dei requisiti tecnici e morali in capo al cessionario, a tutela degli interessi pubblici coinvolti nel regime di concessione che si instaura tra P.A. e soggetto privato.*

*In caso di trasferimento od affitto di azienda sanitaria operante in regime di accreditamento con un ente pubblico, l'unico soggetto legittimato a chiedere il rinnovo dell'accredito a proprio nome è il cessionario o l'affittuario dell'azienda.*

*La Curatela fallimentare che, sulla base di provvedimento provvisoriamente esecutivo, ottenga l'adempimento coattivo o spontaneo di un'obbligazione di pagamento oggetto di contestazione in giudizio, deve, secondo prudenza e cautela, accantonare le somme incassate in pendenza del contenzioso con la controparte almeno sino alla definizione della controversia, essendo chiamata a restituire quanto in ipotesi ricevuto qualora l'opposizione fosse successivamente accolta.*

Tribunale di Genova, sez. I civ., 11 dicembre 2014 n. 1939 – Giudice Unico Spera – Fallimento Organizzazione Viaggi Columbus. s.r.l. (Avv. Freschi) c. Hotel A.K.S. Hotel & Touristic Enterprises S.A. (Avv. Riccomagno).

**FALLIMENTO - atti pregiudizievoli alla massa dei creditori - atti soggetti a Legge di Stato membro UE diverso rispetto alla Legge di Stato di apertura fallimento che non consente impugnativa - validità.**

(Artt. 4, comma 2, lett. m e 13 Reg. CE 29/05/2000 n. 1346) *Conformemente al disposto dell'art. 13 Reg. CE 1346/2000, la regola generale della Legge dello Stato membro nel cui territorio è aperta la procedura fallimentare non si applica quando chi ha beneficiato di un atto pregiudizievole per la massa dei creditori dia contemporaneamente prova che l'atto è soggetto alla Legge di uno Stato contraente diverso dallo Stato di apertura e che tale Legge non consente di impugnare tale atto con alcun mezzo.*

*(Nel caso di specie è stata respinta la domanda di revocatoria - proposta dalla Curatela di un Fallimento aperto in Italia - avverso un atto posto in pregiudizio della massa dei creditori, avendo dimostrato il soggetto beneficiario dei pagamenti pregiudizievoli che questi ultimi erano, per contratto, sottoposti alla legislazione greca - art. 51 L.F. greca - la quale prevede che il diritto a revocare un atto in pregiudizio della massa sia soggetto alla decadenza dopo due anni dalla dichiarazione di fallimento, ampiamente decorsi al momento della notifica dell'atto di citazione per revocatoria).*

C.GIA.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 23 maggio 2014 - Giudice Unico Lucca – V.R. (Avv. Miniati) c. Prov. Ge (Avv. Scaglia).

**OPPOSIZIONE a sanzione amministrativa – art. 193 d.lgs. 152/2006 – mancata indicazione del peso alla partenza dei rifiuti trasportati – violazione – sussiste.**

*Non assolve agli obblighi di cui all'art. 193 del D.Lgs. 152/2006, e va pertanto sanzionato, il produttore di rifiuti avviati allo smaltimento che non indica sul formulario previsto dalla norma citata, all'atto della partenza, la quantità o il peso dei rifiuti trasportati, limitandosi a barrare la casella "peso da verificarsi a destino". Tale indicazione è infatti limitata alle ipotesi in cui si possa verificare, per la natura dei rifiuti o per l'indisponibilità del sistema di pesatura, una non precisa corrispondenza tra la quantità misurata in partenza e quella a destinazione. La ratio delle norme, infatti, è quella di consentire la completa tracciabilità del ciclo di smaltimento, ed al riguardo non può essere dedotto a discolora, da un operatore professionale, l'errore interpretativo scusabile, tenuto conto dei doveri di conoscenza ed informazione su di lui gravanti proprio per la peculiare specificità del settore in cui opera. (conforme Cass. Civ., sez. VI, ord. n. 6707 del 23/3/2011).*

A.DM.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 23 maggio 2014 - Giudice Unico Braccialini – C. (Avv. Cassinelli) c. Provincia di Genova (Avv. Scaglia).

**OPPOSIZIONE a sanzione amministrativa - art. 52 c. 2 d.lgs. 22/1997 - mancata tempestiva registrazione delle operazioni nei registri previsti dalla norma - obbligo di tenuta dei registri obbligatori - violazione - sussiste.**

**PLURALITÀ di violazioni - determinazione della sanzione in maniera graduata - necessità.**

*L'art. 52, c.2 del D.Lgs. 22/1997, che prevede, per chi esercita a titolo professionale attività di raccolta o trasporto di rifiuti, l'obbligo di regolare tenuta del registro di carico e scarico, deve interpretarsi nel senso che per "tenuta" debba intendersi non solo l'istituzione e la conservazione del registro, ma anche la regolare e tempestiva annotazione nel medesimo delle varie operazioni concernenti il carico, lo scarico, il conferimento ed il trasporto dei materiali residui.*

L'omissione delle doverose registrazioni, infatti, realizza pienamente lo scopo illecito di non rendere conoscibili le materiali operazioni di conferimento dei rifiuti. La ragione di tale obbligo risiede infatti sulla necessità di una pronta "ostensibilità" dei registri in questione al fine di rendere possibile agli organi accertatori la completa tracciabilità del ciclo di gestione dei rifiuti, senza necessità di ricercare altrove il corredo documentale comprovante la legittimità dei trattamenti praticati.

Nel caso di omissione di una pluralità di registrazioni, si verifica tuttavia una unicità della condotta di "omessa tenuta". La relativa sanzione pertanto non può coincidere con la sommatoria delle sanzioni previste per le singole omissioni, ma deve essere determinata dal giudice nell'ambito della gamma edittale elencata dalla norma, adeguandone l'ammontare in considerazione della gravità e delle sistematicità delle omissioni.

A.D.M.

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., ord. 8 gennaio 2015 – Pres. Bonavia – Rel. Caiazzo – C.P. c. Banca d'Italia e A. SIM.

**OPPOSIZIONE a sanzione amministrativa - questione di legittimità costituzionale dell'art. 195, comma 7, D.Lgs. 58/98 (T.UF) - è rilevante e non manifestamente infondata.**

**SANZIONE amministrativa - natura della sanzione – criteri stabiliti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – applicazione - sanzioni previste ex art. 190 D.Lgs. 58/98 – natura ed effetti.**

**OPPOSIZIONE a sanzione amministrativa – tutela ex art. 6 § 1 Convenzione EDU – pubblicità delle udienze – valutazione della fondatezza della questione di legittimità costituzionale - elementi rilevanti.**

**PROCEDIMENTO – inderogabilità della disciplina dei riti processuali – procedimento in camera di consiglio ex art. 195 D.Lgs. 58/98 – natura non pubblica del procedimento.**

E' rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 195, comma 7, D.Lgs. 58/98 (T.UF) per contrasto con l'art. 117, comma 1, della Costituzione in relazione all'art. 6 § 1 della Convenzione dei diritti dell'uomo nella parte in cui prevede che la Corte d'Appello decida sull'opposizione al provvedimento di applicazione di sanzioni amministrative in camera di consiglio.

La gravità delle sanzioni non costituisce un parametro di riferimento per l'applicazione dei criteri stabiliti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ai fini dell'accertamento della sussistenza di una "accusa in materia penale".

Le sanzioni pecuniarie previste dall'art. 190 del D.Lgs. 58/98 non sono correlate alla riparazione di un pregiudizio economico ma hanno natura dissuasiva e repressiva e sono idonee ad incidere gravemente sul patrimonio dei soggetti colpiti e sulla vita e la capacità patrimoniale delle società cui detti soggetti appartengono, in quanto responsabili in solido e quindi soggette, nei casi in cui siano sanzionati tutti gli amministratori e i sindaci, al pagamento di somme anche molto superiori al massimo edittale.

Dovendosi tenere distinti il principio dell'oralità e quello della pubblicità delle udienze, ed essendo quest'ultimo l'oggetto della tutela predisposta dall'art. 6 § 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, si deve prescindere, nella valutazione della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, da un esame in concreto della possibilità che un'udienza pubblica non sia necessaria in ragione delle questioni trattate e della

completezza dell'istruttoria documentale (nella specie, non ricorrono le eccezionali condizioni alle quali la Corte EDU ha ricollegato la non necessità dell'udienza pubblica, essendo oggetto di controversia questioni di fatto, oltre che giuridiche).

Il procedimento in camera di consiglio previsto dall'art. 195 del D.Lgs. 58/98 è un procedimento non pubblico; laddove il procedimento pubblico si articola a sua volta in diverse sottocategorie, l'applicazione di ciascuna delle quali è rigidamente regolata dalla legge e non può essere rimessa alla scelta del giudice.

P.MO.

Tribunale di Imperia, 24 giugno 2014, n. 228 - Est. Cento - Banca Regionale Europea s.p.a. (Avv.ti Ghigliotti e Lombardi) c. P.V. (Avv.ti Boeri e Lo Presti).

**RESPONSABILITÀ civile – informazioni false o inesatte – lesione della libertà negoziale e dei doveri di solidarietà sociale.**

(Art. 2043 c.c.; artt. 2 e 41 Cost.)

**RESPONSABILITÀ civile e penale – false attestazioni in perizia giurata davanti al cancelliere – falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico.**

(Art. 2043 c.c.; art. 483 c.p.)

La responsabilità penale da informazioni/dichiarazioni false o inesatte presuppone il ragionevole affidamento sull'attendibilità delle stesse, per esser state rese in contesti o comunque con atti idonei ad ingenerare detto affidamento.

La lesione riguarda il diritto a determinarsi liberamente nello svolgimento dell'attività negoziale, senza essere pregiudicati da dichiarazioni non veritiere rese per dolo o per colpa in violazione dei doveri inderogabili di solidarietà sociale.

È fonte di responsabilità civile la falsa attestazione in perizia giurata davanti al Cancelliere del Tribunale delle effettive condizioni di un immobile, con attribuzione di un valore di oltre il 50% superiore a quello reale.

In tal caso è pure configurabile il reato di falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico per le valutazioni estimative contenute nella perizia, giacché l'enunciato valutativo si fonda su premesse contenenti false attestazioni.

L.GHI.

Tribunale di Genova, 5 marzo 2015.

**STATO civile - rettificazione di attribuzione di sesso e del nome - necessità di precedente intervento chirurgico per il completo adeguamento dei caratteri sessuali - esclusione.**

La rettificazione di sesso da maschile a femminile non richiede un precedente intervento chirurgico, atteso che un'interpretazione della legge 14.4.1982 n. 164, costituzionalmente orientata (cfr. Corte Cost. n. 161 del 24.5.1985), consente di affermare che l'intervento chirurgico debba essere autorizzato in via preventiva solo quando necessario e tale debba ritenersi nella misura in cui occorra assicurare all'interessato uno stabile equilibrio psicofisico, qualora la discrepanza tra psicosessualità ed il sesso anatomico determini nello stesso un negativo atteggiamento conflittuale di rifiuto nei confronti dei propri organi genitali, mentre nei casi in cui non si riscontri tale conflittualità non si deve ritenere necessario l'intervento chirurgico per consentire la rettifica dei dati anagrafici.

# Documenti

## *Il paternalismo giuridico: tra conoscenza e compassione*

**Michele Marchesiello**

Magistrato

**Sommario:** 1. Premessa; - 2. Una definizione; - 3. Il paternalismo giuridico nel diritto dei contratti; - 4. Il paternalismo e la "razionalità imperfetta": il paradosso di Ulisse; - 5. Il paternalismo compassionevole. Il caso "Dallas Buyers club"; - 6. Conclusioni.

### 1. Premessa.

C'è qualcosa di profondamente equivoco nell'uso del termine "paternalismo" che sempre più frequentemente si riscontra tra i giuristi con riferimento alla funzione della legge, nel tentativo di far fronte a una crisi: crisi riconducibile in via principale a due fenomeni concorrenti e individuabili sinteticamente.

nella perdita della figura paterna come punto di riferimento; nella scomparsa, o nel fallimento, dell'*homo oeconomicus* e dei filoni giuridici che gli si erano ispirati.

Il paternalismo sembra un succedaneo di quella perdita e un tentativo di rimediare a quel fallimento.

Può suggerirsi, addirittura, che il ricorso al paternalismo non sia altro che la conseguenza del fallimento dell'idea di una razionalità "perfetta" quale si riteneva dover governare immancabilmente la condotta dell'individuo, idea a sua volta sostitutiva dell'antica, sapiente "irrazionalità" paterna (La Ragione non era sapiente, ma pretendeva di sostituirsi al sostanziale arbitrio del potere paterno).

All'astratta razionalità economica, che aspirava a succedere al non più tollerabile arbitrio paterno, subentra una nuova forma "paradossale" di paternità senza padre (sostituito dallo Stato o da un'autorità impersonale comunque supposta "benevola").

Da una società di padri si corre il rischio di trascorrere a una società di impersonali "padrini (1)".

Come ogni nozione/concetto/idea che tocca il nervo più sensibile della nostra identità (quale rapporto con il padre e con l'idea relativa?), anche il paternalismo genera - autentico "padre" - il proprio contrario: l'"anti-paternalismo", insieme alla pletera di sfumature intermedie proposte da chi non riesce proprio a prendere partito: "soft", "hard", "asymmetric", "libertarian", "impure", "authoritarian" o "coercive" e così via inglesizzando, posto che la questione trae origine, non a caso, da un dibattito essenzialmente anglo-sassone, in particolare americano, essendo stata quella società la prima - forse la sola - ad affacciarsi più o meno risoluta sul vuoto lasciato dal padre. A ben vedere, tutte queste "specializzazioni", paternalistiche o anti-, o "mediane", descrivono solo gradi *quantitativamente* diversi di intervento da parte dello Stato sulle scelte individuali, ma condividono - in misura diversa e a volte in polemica tra loro - l'insoddisfazione nei confronti della razionalità applicata al diritto sulla falsariga dell'economia.

C'è chi, tentando un'estrema conciliazione, parla di "anti-paternalismo moderato". (2)

Lo stesso "padre putativo" dell'anti-paternalismo, J.S., Mill pone un limite alla completa libertà dell'individuo di determinarsi nel mondo, attraverso il principio del non recare pregiudizio agli altri (*no harm principle*), principio che non sembra potere escludere - senza rendersi arbitrario e irragionevole - il danno (*harm*) che l'agente può causare intenzionalmente a se stesso.

Come è noto, l'argomento principale usato contro il paternalismo è costituito dalla posizione assunta da Mill nel primo capitolo di *On Liberty* (3), che si riassume, appunto, nello *harm principle*.

Così Mill: "L'unico fine che giustifica l'interferenza - collettiva o individuale - con la libertà di agire di uno qualsiasi dei suoi membri, è l'auto-difesa (*self protection*)" e "La sola ragione per cui un potere legittimo può essere esercitato su un membro qualsiasi di una comunità civile, contro la sua volontà, è quella di prevenire che egli faccia del male (rechi pregiudizio) *ad altri*. (corsivo nostro)"

In realtà, dunque, Mill non argomenta contro il paternalismo ma contro quelle scelte e azioni individuali che si pongano contro il principio della *self protection* e contro il diritto della comunità di difendere se stessa dal pregiudizio che possa derivarle "dall'interno". Non sembra chiaro, peraltro, sulla base di quale principio ulteriore l'agente *contra se* debba venire escluso dalla protezione offerta dallo *Harm Principle*, se non sulla base di una sempre arbitraria - e sempre più screditata - distinzione tra agire volontario o in-volontario, consapevole o inconsapevole, cosciente o incosciente. (4)

Ora, non pare che il principio di Mill venga lesa dagli interventi del paternalismo giuridico, posto che anch'esso si prefigge l'attuazione del principio di autodifesa della società. La società, infatti, si difende anche proteggendone i singoli componenti contro gli errori che essi stessi commettono o commetterebbero se lasciati al proprio opaco, confuso, contraddittorio "libero volere".

Il diritto paternalistico non interviene a difesa delle scelte meramente egoistiche dell'individuo, ma per prevenire o correggere le scelte che egli stesso compie o può essere indotto a compiere sulla base di una valutazione erronea, di pregiudizi o passioni oppure di informazioni insufficienti. La difesa dell'individuo da se stesso è tale anche avuto riguardo alla collettività cui egli appartiene, alla sua economia, alla sua coesione morale, alla sua disciplina, ai suoi valori fondanti e condivisi. La "felicità" che Mill vuole massimizzare non è - dunque - rozzamente egoistica ma si fonda sul presupposto che individuo e società siano inscindibili, che l'uno non si possa dare senza l'altra, e viceversa.

L'*Harm Principle* opera dunque - necessariamente - anche nei confronti e a vantaggio del responsabile dell'azione che si assume nociva.

Nel definirsi o proporsi audacemente come "giuridico", ogni paternalismo deve poi misurarsi con le diverse dimensioni di quell'affollato contesto: penale, civile, amministrativa, costituzionale, "pubblica" e "privata", tenendo conto del fatto che anche nel mondo variegato del diritto sono intervenuti, e pesantemente, i due fenomeni "concorrenti" di cui sopra: la perdita del padre (che in qualche modo garantiva la specifica autorevolezza del comando giuridico al di là del puro e sem-

plice ricorso alla forza, assicurandone nella forma tradizionale la “legittimità” weberiana) e il fallimento della dimensione economica “razionale” (ancora Weber) cui il diritto, privo di un “centro” diverso dall’Autorità, si era andato sempre più appoggiando nella ricerca di nuove strade su cui incanalare la propria specifica ma smarrita obbligatorietà.

L’obbligo in quanto tale (perentorio e assoluto), chiamato a dare ragione di sé, non riesce più a dispiegare tutta la tremenda forza vincolante di cui in passato si era mostrato capace.

Nel ricorrere alla dimensione “paternalistica” dunque, il diritto si rivolge al destinatario non mostrandogli il proprio volto più severo, ma cercando di persuaderlo del fatto che quanto gli si ordina o lo si costringe a fare od accettare, è “nel suo interesse”, diretto alla soddisfazione di esigenze e obiettivi che, per quanto non immediatamente percepiti (o addirittura aborriti), appartengono inestricabilmente al destinatario della norma, costituendone o “istituendone” la qualità di persona. Il diritto si fa carico, in sostanza, di guidare l’individuo nel jeffersoniano *pursuit of happiness*, nella ricerca di una felicità che non può più avere connotati individuali ed egoistici, ma è politica e sociale, pubblica e insieme privata, incentrata sempre sul perseguimento del bene comune e non sull’isolamento del singolo, perduto in una impossibile, “esclusiva” felicità.

Questo atteggiamento è tipicamente bi-direzionale, nel senso che non può esservi vera “persuasione” senza un contemporaneo “ascolto” delle esigenze di chi si vorrebbe persuadere. L’ordinamento si fa carico dunque della ricerca della felicità individuale, ma si assume anche la responsabilità di recepire le letture e interpretazioni che ciascuno dà di quella ricerca.

La regola paternalista (quasi un’anti-norma) non è, in questo senso, raffigurata nel suo porsi espressamente al servizio di interessi generali, del bene (reale o supposto) della collettività, non è (non vorrebbe essere) espressione di una autorità superiore detentrica di valori indiscutibili. Essa si richiama piuttosto all’inesplorato territorio di ciò che si suppone ragionevolmente essere desiderabile e “buono” per l’individuo che vi sottostà.

L’ordinamento, come un sovrano illuminato, aspira a esercitare la benevolenza: sia essa “mite” oppure “autoritaria”. Oltre che rispettata, la legge vorrebbe essere amata. Come un padre, appunto.

La legge non vuole che tu sia troppo grasso, o ti avveleni col fumo, l’alcool, le droghe, perché “suppone di sapere” che tu stesso, più o meno consapevolmente, detesti essere obeso o avvelenarti con ogni specie di droga. La legge non vuole neppure che quel prezioso, ma infinitamente “debole”, protagonista del mercato, il consumatore, si trovi in una condizione di inferiorità e passività non solo rispetto agli stimoli che dal mercato stesso gli provengono, o allo strapotere del “professionista”, ma rispetto al proprio desiderare ardentemente di non opporsi a quegli stimoli più o meno artificiali e compulsivi. A questo fine la legge impara a utilizzare le tecniche di persuasione (5) ideate dal mercato per volgerle “a fin di bene”. Il mercato “funziona” solo se il consumatore funziona e docilmente vi corrisponde. Così, la legge non vuole che il conducente di un motociclo o l’automobilista rischino la vita nell’impiego dei rispettivi veicoli. La vita stessa è un bene giuridico che la legge suppone “indisponibile” nell’interesse primario di chi ne è, per così dire, “titolare”. Occorre adattare a questo contesto benevolo le esperienze, le tecniche le strategie elaborate e sperimentate nei confronti del consumatore.

In un certo senso (ecco l’equivoco e l’ambiguità) il paternalismo giuridico si pone al servizio dello stesso bene che l’anti-paternalismo si propone di tutelare: il libero arbitrio o - se si vuole - il *free will* di Stuart Mill (6).

Il paternalismo circonda il libero arbitrio di quei paletti che il suo avversario cerca di rimuovere, ma in vista dello stesso obiettivo: assicurare la piena libertà di agire dell’individuo, posto che egli sia in grado e si proponga di agire in vista di obiettivi ragionevoli. L’anti-paternalismo opera sul presupposto che una “razionalità” sia comunque garantita dal mercato e dalla concorrenza e che non occorra l’intervento dello Stato per implementarla. Al contrario: ogni intervento dello Stato - al di là di una funzione “minima” di mantenimento dell’ordine sociale, *ne cives ad arma veniant* - non farebbe che comprimere e conculcare la “libera volontà” dell’individuo, ostacolando il funzionamento “perfetto” del mercato.

Il paternalismo parte dal sospetto che questo assunto non sia del tutto vero (o addirittura dalla constatazione del suo fallimento), cercando di indurre l’individuo sulla strada di una razionalità sempre im-perfetta, aiutando la sua capacità di autodeterminarsi responsabilmente quando ha motivo di ritenere che egli sia sul punto di smarrirla o rinnegarla.

Per quanto il campo del paternalismo giuridico si presenti a prima vista e in questi termini illimitato, non tutte le regole giuridiche rivestono questo carattere: non quelle che impongono costi eccessivi agli altri (esternalità negative); non quelle che tendono a limitare la libertà in base a principi di equità distributiva o di mera efficienza; non quelle che mirano a correggere e reprimere i comportamenti delittuosi attraverso la retribuzione penale. (7)

La regola “paternalistica” è quella che si rivolge direttamente al beneficiario e può riconoscersi in base ad alcuni criteri: *soggettivi* (nei confronti di persone che devono essere protette anche contro se stesse perché ritenute *naturaliter* incapaci o meno capaci di provvedere ai propri interessi: i minori, i dementi, un tempo non troppo lontano le donne); *oggettivi* (il limite “paternalistico” è posto nei confronti di tutti i cittadini, sul presupposto di valori assoluti e intangibili di cui ognuno è portatore; vi rientrano i diritti indisponibili: la vita, il proprio corpo, certi vincoli familiari, la personalità); *procedimentali* (forme previste a tutela degli interessi della persona in situazioni che ne rendano probabile la condizione di relativa debolezza rispetto a quegli interessi: bli artt.1341-1342 c.c.; le norme di garanzia relative agli investimenti mobiliari; le norme relative al “consenso informato” del paziente).

È possibile - e normale - che la realtà operativa del paternalismo giuridico registri forme complesse o “miste” che coinvolgono tutti e tre gli aspetti o alcuni di loro.

È inoltre da sottolineare che norme di carattere spiccatamente paternalistico possono - se non utilizzate in modo appropriato - degenerare in forme di sovra-protezione e sostanziale discriminazione per la persona “protetta” ma, appunto per questo, relativamente incapacitata.

## 2. Una definizione.

Rispetto a questa situazione (e alla gravità, forse irrisolvibilità, delle questioni non solo giuridiche che essa pone, a partire da quella del libero arbitrio) è opportuno proporre una definizione, o un tentativo di definizione di “paternalismo” applicata al diritto: di paternalismo “giuridico” appunto.

Per paternalismo in genere si intende normalmente l’interferenza di un soggetto (Stato, istituzione, individuo) nella sfera personale di un altro soggetto (individuo), contro la sua volontà o “a prescindere” dalla sua adesione volontaria, sul presupposto - e con la giustificazione - che egli non sia in grado di agire in termini compiutamente “razionali” e che questa interferenza supplirà alla sua razionalità menomata, non tanto per ripristinare una ipotetica e perfetta “raziona-

lità”, quanto per proteggerlo da un danno o per assicurargli una migliore e più degna condizione di vita. (8)

Una prima non irrilevante questione riguarda il fatto che tra i soggetti coinvolti in una relazione duale di tipo paternalistico, quello “a monte” può essere un individuo ma anche uno Stato, una istituzione, una entità impersonale, mentre il soggetto “a valle” non può che essere un individuo, una persona fisica.

Sorge, a questo riguardo, la questione della possibilità di proteggere “paternalisticamente” una entità impersonale: una società, un’impresa, una istituzione e - addirittura - uno Stato. (9) Questione non secondaria né irrilevante, se solo si pensi, nell’ambito del diritto dei contratti, al dibattito sorto e sviluppatosi intorno alla figura del “terzo contratto”. (10) È possibile esercitare, e addirittura immaginare anche sul piano normativo, un atteggiamento “paternalistico” da parte dell’ordinamento nei confronti di un’impresa che, quale “consumatrice” di beni e servizi, si venga a trovare in una condizione di inferiorità e dipendenza rispetto a un’altra impresa “fornitrice”?

A nostro parere, lo schema paternalistico non sembra atteggiarsi alla situazione contrattuale che veda a confronto due imprese-imprenditori.

Una prima ragione investe gli stessi presupposti che suggeriscono l’intervento dello Stato a favore di un soggetto “presunto debole”: la sua minore competenza; l’accesso limitato alle informazioni indispensabili per un’corretta valutazione dei propri interessi e dei modi più convenienti per realizzarli; la stessa “irragionevolezza” comportamentale che spesso spinge il soggetto ad agire consapevolmente in contrasto col proprio interesse. Nessuna di queste condizioni sembra potersi ravvisare nell’impresa-imprenditore, la cui figura nasce e viene costruita secondo il modello di un’economia razionale fondata sulla precisa individuazione dei propri obiettivi, sulla conoscenza del rapporto costi/benefici offerto dalle diverse opzioni disponibili, sul funzionamento pressoché “automatico” dei meccanismi della concorrenza, sulla particolare “esperienza” che l’operare professionalmente sul mercato necessariamente comporta.

L’insieme di queste circostanze - si presume - mette l’uomo economico (qua nell’accezione di operatore economico professionale, persona fisica o giuridica) al riparo dalla possibilità di errori significativi e comunque dai principali inconvenienti di una posizione di debolezza relativa.

Una ragione ulteriore è da individuare nell’esistenza di rimedi, non paternalistici, previsti dall’ordinamento o elaborati dalla giurisprudenza. Basti pensare alla normativa italiana sul ritardo dei pagamenti nelle transazioni commerciali ex D.L.vo 231/2002, alla disciplina sull’affiliazione commerciale ex L. 129/2004 e alla disciplina sull’abuso di dipendenza economica di cui alla L.192/1998, ipotesi tutte relative al contratto concluso tra imprenditori, di cui uno in posizione di debolezza rispetto alla controparte con maggior potere contrattuale.

È infine da considerare come, sullo stesso fronte che il “terzo contratto” e i suoi fautori si propongono di presidiare, si collocano risolutamente le più recenti elaborazioni dottrinali e le pronunzie giurisprudenziali della Corte di Cassazione in tema di abuso del diritto, la cui configurabilità deve ritenersi ormai estesa anche alla disciplina dei contratti. (11)

La norma “paternalistica” prescinde, inoltre, dalla buona fede e dalla colpa (12). Essa interviene direttamente, senza indugiare a rimproverarlo, sul soggetto che si propone di proteggere, anche e prima di tutto da se stesso e dalle proprie “irrazionali” inclinazioni (come quando gli vieta di fu-

mare nei locali pubblici, obbliga i produttori di tabacco a inserire lugubri avvertimenti sulle confezioni, introduce l’obbligo del casco per i motociclisti e quello delle cinture di sicurezza per gli automobilisti, impone agli operai l’adozione delle cautele e l’impiego dei mezzi per prevenire incidenti sul lavoro, anche quando essi si rivelino fastidiosi per gli interessati, quando, a fini previdenziali, impone l’obbligo di assicurarsi).

Questa prospettiva - se non opportunamente limitata a fattispecie ben individuate - può estendersi alla tutela indiscriminata di un valore pre- e meta-giuridico, sotto certi profili addirittura “sospetto”, quale quello della dignità umana, la cui salvaguardia si impone a prescindere dalla volontà dell’interessato il quale, ad esempio, potrebbe accettare di degradarsi riducendosi a oggetto o schiavo. Una eccessiva dilatazione dell’approccio paternalistico in questa direzione rischia di comportare pericolose interferenze con la libertà delle persone, in nome di un diritto che l’umanità intera, attraverso lo Stato, pretenderebbe di vantare nei confronti dell’individuo. Situazioni che pongono interrogativi drammatici, come l’eutanasia o l’aborto, ma anche più curiose o apparentemente banali (il cosiddetto “sport” del *dwarf tossing* o “lancio del nano” (13), o il “*peep-show*” in Germania (14)) possono dare al paternalismo una curvatura moralistica che giustifica la diffidenza anglosassone nei confronti di ogni concezione rigorosamente doverosa della “dignità umana”, cui - in ambito di *Common Law* - si preferisce opporre la nozione di “libertà dell’individuo”. (15)

### 3. Il paternalismo giuridico nel diritto dei contratti.

L’art. 1321 del Codice Civile definisce il contratto come “...l’accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale”.

Il “rapporto giuridico patrimoniale” (quello che gli inglesi chiamano *bargain*) è uno *scambio*, in cui ogni parte considera la propria prestazione come il *prezzo* della prestazione dell’altra parte o delle altre parti. (16)

Presupposto di questo scambio è che ciascuno dei partecipanti sia il miglior giudice del proprio interesse ed espliciti questa valutazione nel formulare la propria offerta. Ulteriore presupposto di un’intesa contrattuale è che ciascuna parte tenga fede ai propri impegni.

Attraverso questo meccanismo si creano valori aggiunti, si può pianificare il futuro e distribuire in modo ottimale i fattori di produzione sotto l’egida della legge. Questo insieme di presupposti, prospettive e condizioni si regge infine sull’assunto che ogni parte nel contratto si comporterà in modo razionale, consapevole, in vista del vantaggio che si è ripromessa.

Il modello liberista della scelta economica più razionale ha tuttavia mostrato e sempre più mostra limiti importanti.

Un primo limite - quello per noi più familiare - è segnato dalla intrinseca “vessorietà” di alcuni contratti (1341-1342 c.c.) e dalla conseguente “debolezza” che ne deriva per una delle parti, identificata tipicamente, ma non esclusivamente, nella figura del consumatore.

In altri casi il legislatore ha dovuto misurarsi con l’eventualità che una delle parti (indipendentemente dalla maggiore o minore “forza” contrattuale) ricorra a pratiche, espedienti, trappole legali che di fatto alterano la rappresentazione che l’altra parte è in grado di farsi del “progetto” che ogni scambio presuppone e del suo tradursi nel probabile conseguimento del risultato desiderato. Il principio della buona fede nelle trattative precontrattuali (1337 c.c.), nell’esecuzione del contratto (1375 c.c.) e nella sua interpretazione (1366 c.c.) è posto a tutela della parte di volta in volta esposta al manifestarsi di queste patologie.

Tutta la normativa codicistica è del resto permeata della preoccupazione del legislatore di prevenire e sanzionare ogni uso improprio dello strumento contrattuale che si traduca nel comportamento “contro coscienza” di una delle parti in danno dell’altra. È la dottrina nord-americana della *unconscionability*, che consente alle Corti (al giudice, ma non alla giuria, data la delicatezza della decisione) di disapplicare il contratto - o parte di esso - tutte le volte che i suoi termini siano sproporzionatamente e ingiustificatamente in favore della parte dotata di un soverchiante potere contrattuale. Ne costituiscono un esempio le cosiddette *boilerplate clauses* (clausole “scorsoio”, generalmente scritte in caratteri molto piccoli e collocate in fondo al documento contrattuale) (17); le pratiche consistenti nel gonfiare artificialmente il costo finale di una prestazione; la previsione di penali molto elevate per la minima inosservanza degli impegni contrattuali assunti; nella vendita a rate con riserva di proprietà, il prevedere che il mancato completo pagamento anche di uno solo articolo impedirà l’acquisizione in proprietà di tutti gli articoli acquistati e pagati nel tempo (18).

È chiaro che la dottrina della *unconscionability*, come quella inglese, equivalente, della *inequality of bargaining power* (disegualianza del potere negoziale) non esaurisce tutti i casi di malfunzionamento-fallimento del mercato e le possibili deviazioni dal venerabile principio della sua “innata” razionalità. Quelle dottrine, tuttavia, mostrano come non si sia di fronte a meri incidenti, a disfunzioni e meri “fallimenti” del mercato, suscettibili di semplici interventi correttivi, ma - piuttosto - a una diversa prospettiva che l’approccio paternalistico comporta. In realtà, spesso, a fallire non è il mercato, ma lo strumento con cui si cerca di regolarlo.

A venire messa in discussione, prima di tutto, è l’idea per cui qualsiasi fenomeno contrattuale dovrebbe essere interpretato in base alla teoria della scelta razionale (RCT, *rational choice theory*).

Il principio che governa la RCT è quello per cui gli attori cercheranno sempre di massimizzare la loro ricchezza o - in senso più lato - i loro interessi personali. (18) Alcuni studiosi ritengono che gli attori decidano sulla base di una inattuabile “perfetta informazione”; altri ritengono che l’informazione rilevante venga acquisita dagli attori solo sino al punto in cui il costo marginale di tale acquisizione non superi l’utilità marginale che essi si ripromettono di conseguire. In ogni caso, l’ipotesi “razionalista” si fonda sul presupposto di un comportamento ottimale da parte dei contraenti e del perseguimento dei propri obiettivi secondo le linee più brevi e meno costose.

Molte delle presunte “patologie” o deviazioni dalla teoria RCT, in realtà, possono essere spiegate - per contrastarle oppure per cercare di comprenderne le dinamiche profonde - in una dimensione giuridica che non rifugga dal considerare anche positivamente l’errore, sia esso dettato da limiti cognitivi o pregiudizi individuali (*biases*), ovvero determinato da mutamenti imprevedibili del contesto in cui il contratto “ha luogo”.

Se il contratto dispone per il futuro e in quanto tale è destinato ad “avere forza di legge tra le parti” (art. 1372 c.c.) pur riconoscendosene (art. 1467 II c. c.c.) la “normale aleatorietà”, è indispensabile individuare la natura di queste caratteristiche e adottare le opportune misure “paternalistiche” affinché ognuno possa avventurarsi consapevolmente nel mare denso di rischi che un qualsiasi contratto rappresenta.

Il contratto è sempre - si tratti di comprare un pacchetto di sigarette o costruire una complessa operazione finanziaria - un volo nell’ignoto, cui ci si affida forti principalmente delle ali della buona fede e della buona sorte: la propria e quella della controparte.

Se Antonio, nel “Mercante di Venezia”, fosse stato in grado di

prevedere le condizioni meteorologiche sul Mediterraneo per il periodo corrispondente alla durata del suo impegno, e se - grazie a queste previsioni - avesse appreso che il mare sarebbe stato percorso da tempeste e fortuali di forza tale da mettere le sue navi a rischio di naufragio, probabilmente non avrebbe accettato di convenire con l’usuraio Shylock la penale consistente in una libbra della sua “bianca carne”. (20)

In questo senso si può dire che ogni contratto conserva un margine ineliminabile di aleatorietà (art. 1467 II c. c.c.). Questa aleatorietà dipende da alcuni elementi che si possono individuare: a) nella naturale fluidità e mutevolezza del contesto (economico, sociale, giuridico, temporale) in cui il rapporto contrattuale si inserisce e dal quale dipende; b) nell’altrettanto fluido e sempre mutevole disegnarsi degli interessi, delle intenzioni, dei pregiudizi di quanti si sono impegnati contrattualmente; c) nel divario esistente tra i livelli conoscitivi dei partecipanti al rapporto.

L’alea “normale” o codicistica è quella costituita da un “evento” o accadimento esterno, non voluto né governabile dalle parti, in quanto tale “straordinario e imprevedibile”.

Il contratto “aleatorio” è invece estraneo alla nozione di “normale aleatorietà”, in quanto incentrato precisamente sul rischio, che ne diventa elemento essenziale (vendita di cosa sperata, *emptio spei*; fideiussione *omnibus*; assicurazione).

L’incidenza dell’alea sul contratto, quindi, viene accuratamente limitata dall’ordinamento: sia ponendo la soglia della “normalità” (restringendone l’effetto agli eventi “straordinari e imprevedibili”), sia prevedendola solo per i contratti a esecuzione periodica, continuata o differita, sia - infine, e soprattutto - limitandone la portata alla “eccessiva onerosità”, che il giudice deve valutare caso per caso e - di conseguenza - al di fuori di ogni ragionevole calcolabilità e/o prevedibilità.

L’eccessiva onerosità è da intendere in senso strettamente economico: dev’essere tale, cioè, da incidere sul rapporto di compensazione tra il costo prevedibile e il prevedibile rendimento della prestazione. È quindi la sola incidenza sulla situazione economica contrattuale (e sulla sua presunta “perfetta razionalità”) a determinare l’effetto del rischio sul contratto.

Il rischio cognitivo in senso proprio, in quanto “non-evento”, sembra invece non trovare riconoscimento giuridico, a causa del limite insuperabile della sua “normalità” oppure del “notorio” e della “comune esperienza”: nozioni quanto mai vaghe, indeterminate, fluttuanti.

Stabilità dei rapporti economici, riferibilità del contratto a figure soggettive consolidate (l’accorto “buon padre di famiglia”, l’*honnête homme*), visione fatalistica degli eventi “straordinari e imprevedibili” erano e continuano a essere alla base di questo vero e proprio “regime giuridico dell’alea”.

Purtroppo, o per fortuna, i rapporti economici si sono fatti per loro natura e vocazione fluidi o ‘liquidi’; la figura del buon *paterfamilias* è stata travolta dall’economia del consumo; l’area degli eventi “straordinari e imprevedibili” si è andata sempre più restringendo grazie al progresso delle scienze e delle tecnologie.

È forse venuto il momento, anche per il diritto, di una riflessione critica sul “regime dell’alea” e sul significato dell’errore: è possibile oggi una nuova prospettiva basata su quello che potrebbe definirsi (per aggiungere una nuova definizione a una galleria che ne è già abbastanza ricca), il “paternalismo cognitivo”, inteso come la forma di paternalismo giuridico che - a fronte di una realtà esterna sempre più complessa, articolata, incrementale (quella che si definisce *augmented reality* (21)), esposta al flusso dell’informazione e da questo addirittura iper-alimentata - si ripromette di riconoscere, assistere e opportunamente integrare le varie forme di deficit cognitivo cui è esposto chiunque -

consumatore o imprenditore - si accinga a stipulare un contratto.

Il *deficit* cognitivo rilevante può consistere nel mancato accesso a informazioni indispensabili (e disponibili in genere per l'altra parte); in un ripensamento più obiettivo e meglio informato dell'interesse che si vuol perseguire (*re melius perpensa*); nell'insorgere di nuove circostanze che, se conosciute, avrebbero orientato diversamente la volontà contrattuale dell'interessato; nel conflitto naturale tra le aspettative a breve e quelle a lungo termine. La considerazione di questi elementi mette in crisi la nozione di contratto formatasi in Occidente nei secoli XIX e XX, condizionata da una economia essenzialmente manifatturiera fondata sullo scambio di beni materiali, da un lato, e - dall'altro - dall'intervento dello Stato nella regolamentazione normativa dell'economia, sia che questo intervento perseguisse finalità di promozione del capitalismo ovvero che si ispirasse a ideologie comuniste, ovvero, ancora, che si collocasse sulla via mediana del *welfare*.

Oggi il quadro è mutato. La finanziarizzazione dell'economia, la conseguente adozione di un profilo "globale" delle transazioni commerciali, i progressi inarrestabili delle tecnologie informatiche e delle tecniche di sfruttamento delle risorse naturali, la crisi profonda dell'economia che si definiva "domestica" in quanto legata ai consumi familiari (caratterizzati a loro volta da continuità, stabilità, regolarità), hanno prodotto la conseguente necessità di dare nuove prospettive e nuovi - per quanto incerti - confini agli strumenti contrattuali.

Il paternalismo che si definisce "giuridico" e "cognitivo" dovrebbe includere ogni tentativo da parte dell'ordinamento (leggi, giudici, autorità amministrative) di colmare almeno in parte le "nuove debolezze" del soggetto che accetta di vincolarsi contrattualmente, vuoi in termini di ignoranza di realtà e tecniche complesse o non facilmente accessibili all'uomo comune, vuoi in termini di "scelte" che l'ordinamento non giudica positivamente (non per ragioni morali ma perché in contrasto con le *policy* che lo governano e indirizzano), vuoi - infine - in termini di pregiudizi cognitivi (*bias*) nutriti dall'interessato, anche contro il proprio interesse.

La prospettiva del contraente naturalmente debole *versus* una controparte naturalmente forte (tradizionalmente espressa dalla nozione di "vessatorietà") non esaurisce più l'area dell'intervento equilibratore del diritto nel settore dei contratti. La crisi della razionalità "perfetta" non può essere solo contrastata secondo la logica del predominio di una parte sull'altra.

Occorre riconoscere, sia pure a malincuore, che non esiste una razionalità "perfetta" e che il mercato è, di per se stesso, indipendentemente dai rapporti di forza e da quelli cognitivi, una faccenda molto rischiosa.

#### 4. Il paternalismo e la "razionalità imperfetta": il paradosso di Ulisse.

Lo Stato, in tutte le sue articolazioni, è paternalista quando si propone di salvaguardare non - direttamente - la salute pubblica ma quella individuale, rispetto a scelte che la comunità scientifica o anche il solo senso comune reputano dannose. L'orientamento paternalista in questo senso può manifestarsi attraverso divieti/obblighi espressi (il casco per chi guida la moto; la cintura di sicurezza per chi guida l'auto o per l'operaio che lavora su una impalcatura; il divieto di assumere sostanze stupefacenti); in altri casi può manifestarsi attraverso il disfavore - e quindi la mancata tutela - verso scelte dell'individuo disapprovate dall'ordinamento (si pensi alle cure "alternative" per il cancro; alle indicazioni dei rischi di assuefazione connessi al fumo, al gioco, all'impiego improprio di medicinali, al sesso "disordinato").

Il punto è: come rispettare e tutelare la libertà dell'individuo

(anche il suo diritto inalienabile all'errore), contrastando per quanto è possibile gli sviamenti, le contraddizioni e gli eccessi di quella libertà, sul presupposto, paradossale, del consenso che l'interessato dovrebbe prestare alla limitazione della propria libertà in nome di quella stessa libertà (il paradosso secondo il quale ogni libertà è tale solo se accompagnata da limiti: una libertà illimitata sarebbe una non-libertà, arbitrio allo stato puro). Alla base del paternalismo è, in questo senso, la "razionalità imperfetta" teorizzata da Jon Elster, vale a dire la razionalità consapevole della propria radicale imperfezione (22).

Ulisse vuole udire il canto delle Sirene ma non soccombere al fato che attende chiunque oda quel canto, e ordina ai compagni (cui si premurerà di turare le orecchie con della cera):

*...ma voi con legami strettissimi dovete legarmi, perché io resti fermo, in piedi sulla scarpa dell'albero: a questo le corde mi attacchino. E se vi pregassi, se v'ordinassi di sciogliermi, voi con nodi più numerosi stringetemi*" (Odissea, XII, 160-4)

Ulisse, scrive Jon Elster, non era un uomo pienamente razionale (perché desiderava udire il canto delle Sirene) ma non era completamente pronò ai propri desideri più irrazionali. La sua famosa astuzia consiste nell'essere Ulisse consapevole dei limiti della propria razionalità. Questa astuta e "imperfetta" razionalità ricorre al vincolo indissolubile, ai nodi che i compagni debbono stringere "ancora più numerosi".

Nell'individuare le varie occasioni e modalità del "farsi legare" Elster si riferisce inconsapevolmente al paternalismo "hard", a quella versione del paternalismo che fa leva sull'obbligo imposto all'obbligato nel suo stesso interesse. Gli esempi classici sono quelli del fumatore che non riesce a smettere, dell'obeso che rifiuta la dieta, dei suonatori di jazz, notoriamente sregolati, come Duke Ellington che voleva essere pagato giorno per giorno. La volontà da sola non sconfigge le passioni, ma - opportunamente indirizzate e corrette - le passioni possono venire a un accordo con la volontà.

È noto, per esempio, che il singolo tende a privilegiare il soddisfacimento dei desideri degli obiettivi a lui temporalmente più prossimi, allontanando in un "poi" indefinito gli obiettivi più a lungo termine. La psicologia recente ha messo in evidenza come ognuno di noi sia portato a considerare il se stesso proiettato nel futuro alla stregua di un estraneo, i cui bisogni e desideri lo riguardano solo sino a un certo punto.

Voglio avere subito la macchina, o la casa, o la vacanza esotica, anche se questo mi porterà a indebitarmi per anni. Il ragionevole pensiero della vecchiaia e della pensione non sarà così dominante da indurmi a rinunciare a una parte significativa del mio reddito. La vicenda dei *subprime* e dei mutui concessi illimitatamente ha sullo sfondo la stessa pulsione che aveva spinto l'accorto Ulisse a farsi legare all'albero della sua nave.

Ancora la psicologia più recente ha messo in evidenza l'ingiustificata tendenza ottimistica con cui ciascuno di noi considera i più comuni aspetti di rischio della vita: "A me non può succedere". Tutti si ritengono più sani e longevi, migliori guidatori, più prudenti e - perché no - anche più fortunati della media. Partendo da questo presupposto e soggiacendo a un'irresistibile tentazione pedagogica, Sarah Conley, in una recente polemica, ha opposto il paternalismo "coercitivo" a quello "libertario" promosso da Thaler e Sunstein con la teoria *nudge* o della "spinta gentile" (23). Ma ha davvero senso questa distinzione?

#### 5. Il paternalismo compassionevole. Il caso "Dallas Buyers Club".

Il paternalismo dell'ordinamento nei confronti dell'individuo e degli irrinunciabili "beni della vita" (incluso quello di potervi ri-

nunciare quando la vita stessa sia divenuta oggettivamente intollerabile), non si manifesta solo attraverso i meccanismi severi del divieto e dell'obbligo (*coercive*), o quello della "spinta gentile" (*nudge*), ma può consistere in un atteggiamento compassionevole e tollerante, come solo un padre deve saper essere.

In nome di un malinteso paternalismo l'ordinamento vieta a una persona (e a quanti la assistono in questo "transito") di porre fine a un'esistenza divenuta intollerabile e non più dignitosa.

Allo stesso tempo, sempre in nome del paternalismo, l'ordinamento vieta a una persona di assumere quelle sostanze che - ancorchè non compiutamente "testate" ma sicuramente non nocive - le consentono di sperare nel prolungamento di un'esistenza, minata da un male giudicato "incurabile", ma alla quale quella persona non vuole rinunciare senza battersi.

Questa inestricabile contraddizione, che deve confrontarsi con principi elementari di etica, va a toccare un nervo scoperto di ogni ordinamento giuridico: quello della sua specifica "moralità" e del suo rapporto con la compassione.

Non serve a questo proposito invocare la tradizionale distinzione tra diritto e morale. Si tratta piuttosto di individuare quella che Lon Fuller chiamava, in un suo fortunato saggio, "*The morality of Law*" (24).

Esiste una moralità specifica della legge, o questa è condannata a risolversi esclusivamente nella propria positività?

Se il diritto non può avanzare pretese sull'etica o su qualunque sistema di valori "ultimi" che si proponga di guidare la condotta e la responsabilità dell'individuo, non può negarsi tuttavia al diritto la necessità di avere esso stesso, di dotarsi di una propria, idiosincratia "moralità" che gli dia una giustificazione "ultima" o comunque fondante.

Ogni *Morality of Law*, ogni possibile pretesa etica della legge, si fonda essenzialmente sul rispetto e la promozione della persona umana, universalmente riconosciuta alla base degli ordinamenti e delle società civili (25).

Il rispetto e la promozione della persona riguardano prima di tutto la vita dell'uomo, il suo "restare in vita" in condizioni dignitose, il più possibile al sicuro dagli spettri della paura, della fame, della malattia, dell'ignoranza.

Quello alla vita è dunque un diritto - il più fondamentale e inalienabile dei diritti definiti "umani" - che l'individuo vanta nei confronti dell'ordinamento, la cui tutela l'individuo affida prevalentemente, se non esclusivamente, all'ordinamento stesso.

Lo Stato e i suoi agenti non possono privare della vita un cittadino ma devono al contrario, e per quanto possibile, assicurargliene il godimento pieno nei confronti dei fattori che la mettono in pericolo.

Come tradurre questo obbligo in termini giuridici? Lo Stato può impedire a un cittadino di togliersi la vita? Oppure, può impedirgli di ricorrere a cure che gli diano, quanto meno, la ragionevole speranza di sottrarsi allo spettro della morte?

Rispetto a questi interrogativi non sembra improprio il ricorso da parte dello Stato a un atteggiamento ispirato al "paternalismo compassionevole".

Il paternalismo, come abbiamo cercato di individuarlo, non implica solo il ricorso a norme, divieti, regolamenti, ma anche alla ragionevolezza e alla compassione civile.

La legge è inguaribilmente miope. Per quanto acuto e impassibile, lo sguardo della legge non vede lontano, non raggiunge i cuori e le vite della maggior parte dei suoi destinatari.

Può vietare il suicidio, ma non punire chi tenti di commetterlo. Il nostro ordinamento prevede solo l'istigazione al suicidio e l'omicidio del consenziente. Non si può (né si vuole) conoscere il numero delle persone cui la morte giunge come il dono sofferto - spesso invocato - della compassione di chi, medico o parente,

le assiste. Ma, dal lato opposto, quante sono le persone cui l'ordinamento impedisce di combattere la malattia con ogni mezzo, anche attraverso terapie e ritrovati la cui efficacia non ha ricevuto i crismi della scienza ufficiale (e delle industrie farmaceutiche)? Anni or sono si parlava di una specifica "mitezza" del diritto (26). Mitezza essenzialmente femminile, indulgente, pronta al perdono: cristiana, al fondo. Il paternalismo non sa essere mite in questo senso: può essere al contrario assai determinato e poco mite nel difendere la persona da se stessa.

La compassione si addice invece al paternalismo, come l'atteggiamento di chi - investito di un'autorità - la sa esercitare non ciecamente e brutalmente, ma adattandola alle esigenze specifiche e più intime del "figlio".

La compassione del diritto non è cieca, né maternamente indulgente, ma - piuttosto - governata dalla conoscenza della persona che ne viene investita, non solo nei suoi doveri e obblighi, tra cui principale quello della razionalità, ma anche nell'intrinseca capacità di errore, sviamento, illusione.

Un film recentemente apparso anche in Italia, "*Dallas Buyers Club*" (27), ricostruisce in termini patetici ma giuridicamente corretti la vicenda di Ronald Woodroof, un "macho" texano dalla vita disordinata che scopre un giorno di essere affetto dall'AIDS. Il medico gli dà trenta giorni di vita, ma Ron si ribella, si informa, prova a curarsi da solo con un medicinale di cui è in corso la sperimentazione su due gruppi di pazienti, a uno solo dei quali viene somministrato il medicinale autentico, l'AZT, mentre all'altro gruppo viene dato un *placebo*, per verificare nel confronto gli effettivi miglioramenti indotti dal farmaco. Troppo vicino alla fine per riuscire utile, Ron viene escluso dalla sperimentazione, ma trova modo di sottoporsi, in Messico, a una cura alternativa a base di vitamine e di una sostanza, la peptide T, non riconosciuta come farmaco negli USA e, per questa ragione, esclusa dal commercio.

È l'inizio di una guerra tra Ron e la FDA (*Federal Drug Administration*) che cerca di impedire a Ron la distribuzione e commercializzazione della peptide T, di cui è soltanto non-vietato l'uso personale.

Quando, scoperta la rete di distribuzione della peptide T (attraverso un "club" di consumatori, il *Dallas Buyers Club*) facente capo a Ron, la FDA sequestra il prodotto e ne blocca la distribuzione, un malato di AIDS, cliente di Ron, cita l'agenzia federale davanti a un giudice californiano, sostenendo che il Governo, nell'impedirgli l'accesso a quella cura, avrebbe violato un diritto garantito dal V Emendamento della Costituzione americana: quello al *due process of law* (28).

Il giudice (29) respinge la domanda, affermando che i malati di AIDS non hanno un diritto legale o costituzionale ad assumere nuove sostanze non approvate dalla FDA, ma, aggiunge, la situazione suscita la sua *compassione*; una persona diagnosticata come malato terminale "...dovrebbe avere il diritto di ottenere tutte le sostanze lecite, approvate o meno dalla FDA, che ritenga capaci di alleviare le sue sofferenze", anche se, aggiunge il giudice, "*that is not the law*": la legge non lo consente.

"*Were it not against our laws...*", "Se non fosse contrario alle nostre leggi..." (30): così esclama anche il Duca Solino, nella scespiriana "Commedia degli Errori", mosso a compassione dalla sventura del povero Egeone, condannato a morte per il solo fatto di trovarsi, mercante siracusano, alla ricerca dei propri figli nel territorio di Efeso, a lui vietato per legge. Eppure, proprio grazie a questa compassione, l'equità del principe troverà una soluzione giusta al garbuglio giuridico. Allo stesso modo, sarà l'istinto "giusto" della compassione ("*the quality of mercy*") a suggerire a Porzia, nelle vesti di sapiente giurista, la soluzione che permetterà ad Antonio - nel "Mercante di Venezia" - di avere salva la vita.

Anche la FDA, se così si può dire, si è lasciata muovere a compassione nei confronti degli sventurati membri del “*Dallas Buyers Club*”, e ha nel frattempo mutato il proprio atteggiamento, se non altro sulla spinta delle pubbliche proteste cui la sua politica repressiva aveva dato luogo, autorizzando la sperimentazione della peptide T e consentendone la commercializzazione e l’uso, dietro prescrizione medica.

Assai utili insegnamenti provengono al giurista italiano (si pensi alle incertezze suscitate sotto il profilo giuridico dal controverso “caso” *stamina*) dall’esperienza statunitense.

Escluso che possa configurarsi la violazione di un diritto garantito costituzionalmente nell’atteggiamento di ostilità, indifferenza o inerzia da parte delle autorità preposte nei confronti di metodi terapeutici non convenzionali o comunque non “approvati”, resta da stabilire quale debba o possa essere l’atteggiamento delle autorità pubbliche nei confronti di quelle terapie che non hanno (ancora) raggiunto lo status di terapie ufficialmente riconosciute dal mondo accademico e scientifico. Soprattutto, c’è da chiedere se l’ordinamento sia investito in questo senso di un obbligo costituzionalmente garantito nei confronti del malato.

Laurence Tribe (31) ha riconosciuto che lo stato ha un obbligo positivo (*affirmative*) nei confronti dei cittadini, a fronte delle necessità fondamentali della sopravvivenza fisica. Quest’obbligo - nella nostra Costituzione - trova fondamento nell’art. 32 per cui “La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività... Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.

L’attuazione e il rispetto di questo obbligo può, a seconda dei casi, tradursi in un intervento attivo (secondo il noto schema obbligo/divieto), in un atteggiamento interlocutorio di prudente sperimentazione o - infine - in una consapevole indifferenza/neutralità.

È sempre Tribe a riconoscere a questo riguardo che “... i rimedi contro casi di ingiusta indifferenza non devono necessariamente assumere la forma di un’assistenza attiva da parte dello Stato; vi sono casi in cui è opportuno che lo Stato allenti (*relax*) i propri - altrimenti ragionevoli - interventi regolativi, per venire incontro a stati acuti di bisogno (32).”

In questo senso, avverte Tribe, può non essere opportuno il ricorso ai tribunali (vuoi per sanzionare penalmente la diffusione di pratiche e terapie non autorizzate, vuoi per chiedere che quelle pratiche e terapie vengano “imposte” dai giudici a una struttura medico-sanitaria). Occorrerà piuttosto porgere prudente ascolto alla volontà dei cittadini quale si esprime nella strada o nelle piazze, sui “media” o, in ultima analisi, nella cabina elettorale.

La risposta dello Stato italiano alla vicenda “*stamina*” non si informa a questa ragionevole prudenza, ma piuttosto a una pulsione schizofrenica tra tribunali che “ordinano” la cura e altri tribunali che si propongono di punire chi la pratica. La legge da un lato sembra incoraggiare un inizio di sperimentazione, mentre dall’altro mette in moto il consueto meccanismo penale.

Questo incerto oscillare dell’azione o inazione statale finisce per essere dominato dai pregiudizi e dalle chiusure del ceto medico-scientifico o, peggio, dagli interessi delle grandi concentrazioni farmaceutiche. Ci si concentra sulla - pretesa o reale - non efficacia della terapia, o sulla sua dubbia efficacia, mentre il solo limite al suo impiego dovrebbe essere costituito dall’accertata pericolosità e nocività.

In questo senso si è pronunciata la *Supreme Court* statunitense (33), la quale, nell’affermare che non vi è nessuna esenzione, neppure implicita, del malato terminale dalla previa approvazione della FDA quanto all’uso curativo di una determinata so-

stanza, ha precisato tuttavia che “Per il malato terminale, come per chiunque altro, una sostanza è da considerarsi nociva solo se la possibilità che essa provochi la morte o un grave danno fisico non è compensata (*offset*) dalla prospettiva di un beneficio terapeutico”.

Il caso del talidomide (34) insegna, del resto, che non sempre l’ammissione ufficiale al mercato dei farmaci costituisce un sicuro presidio contro la nocività del farmaco. Il problema sembra sempre più essere quello della non nocività, piuttosto che quello, spesso molto controverso, dell’efficacia terapeutica.

Adottando un atteggiamento ispirato al “*compassionate paternalism*”, la stessa FDA ha da tempo consentito la distribuzione controllata di sostanze alternative a pazienti nei cui confronti le terapie ufficiali si erano dimostrate inefficaci o che - per la loro condizione (malati terminali) - non erano stati ammessi a programmi sperimentali, programmi che spesso - a loro volta - vengono sottoposti a severe critiche da parte delle associazioni di malati (35).

Il problema a questo punto passa dalle aule di giustizia alle strutture sanitarie e soprattutto ai pazienti, da cui deve ottenersi un consenso che possa dirsi effettivamente e adeguatamente “informato”.

## 6. Conclusione.

Resta a questo punto la domanda: esiste - è praticabile nel concreto - un paternalismo giuridico che non abbia bisogno di altri aggettivi? E può, il diritto, “fare le veci” di un padre perduto? Esistono forme “pure” (vale a dire scevre dal perseguire ragioni di interesse generale) di paternalismo giuridico?

L’inconveniente principale, che il dibattito più che eliminare ha messo in evidenza, è costituito dal suo non prestarsi a riflessioni teoriche o dommatiche. I suoi confini restano labili; lo stesso rapporto col suo contrario - l’anti-paternalismo - è reso incerto dal loro continuo sovrapporsi. Sullo sfondo di questo territorio inesplorato si agitano questioni irrisolvibili: il libero arbitrio, la volontarietà, il rapporto individuo-società, la razionalità dell’agire economico, il diritto di sapere e quello di nascondersi.

Si tratta dunque di stabilire alcuni punti sui quali deve esserci consenso.

Un primo punto riguarda il principio “*no harm*”, del non arrecare pregiudizio. Ma a chi? Agli “altri”? E non facciamo anche noi parte degli “altri” nel momento in cui il nostro agire si rivela inevitabilmente “sociale”? Non dobbiamo anche noi essere protetti dall’ordinamento, tutte le volte che la minaccia venga dal nostro stesso agire o non agire?

E, ancora, in quale misura il progredire incredibile e impetuoso delle conoscenze disponibili per l’individuo può tradursi in una sua responsabilità per non essersele volute o sapute procurare? Il famoso contraente “debole” è davvero reso meno debole dal fatto di poter accedere alle informazioni che una realtà “*augmented*”, continuamente incrementata, mette a sua disposizione? Non è forse il caso di sospettare che proprio la sovra-produzione di informazioni (unita alla diminuita attitudine della scienza a produrre certezze) determini una nuova forma di debolezza per un consumatore che ne viene saturato?

Riuscirà il diritto a salvarci da noi stessi e dall’irresistibile canto delle sirene?

### Note:

(1) “padrino” è usato non nel senso mafioso volgarizzato dalla serie omonima dei film, ma nel senso proprio del rito cattolico, in cui al padrino viene attribuito il compito di assistere il “figlioccio” nella sua piena ammissione alla vita cristiana. Nel rito della Cresima il padrino accompagna il cresimando, tenendogli la mano destra sulla spalla destra: la “spinta gentile”, o *nudge*.

(2) G. Maniaci, *Contro il paternalismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2012.

- (3) J.S. Mill, *On Liberty* (1859)
- (4) Cfr. J. Feinberg, *Harm to Self: The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford U.P., 1986
- (5) Viene alla mente il vecchio libro di Vance Packard: “*I persuasori occulti*”.
- (6) Senza pretendere di affrontare il tema, proponiamo di distinguere le due nozioni - normalmente identificate - e considerare il “libero arbitrio” come prodotto di un pensiero essenzialmente teologico (quel che resta a giustificare la responsabilità, al di là, o al di qua, dell’imperscrutabile volontà divina), mentre il *free will* si pone come il prodotto storico di un pensiero essenzialmente utilitaristico, il cui limite è dato non dalla volontà divina ma dalla libertà dell’altro.
- (7) Appartengono all’ambito del paternalismo giuridico-penale le norme che puniscono gli atti di disposizione del proprio corpo (traffico illegale di organi umani, lesioni e omicidio commessi con il consenso della persona coinvolta, eutanasia), le norme che puniscono la vendita di alcoolici o sigarette a minori, le norme relative alla detenzione per uso personale di sostanze stupefacenti o al gioco d’azzardo, come quelle relative all’obbligo scolastico all’assicurazione degli autoveicoli. In questi casi l’esigenza di tutelare il cittadino contro se stesso costituisce quasi sempre un pretesto per interventi di politica criminale orientati prevalentemente alla tutela di beni collettivi.
- (8) Cfr. G. Dworkin, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/entries/paternalism>
- (9) Si pensi alla situazione in cui si sono venuti a trovare e si trovano tuttora alcuni Stati membri dell’Unione Europea, rispetto alle iniziative - che si possono definire “paternalistiche” nel senso sopra indicato - prese nei loro confronti dalla Commissione e dalla Banca centrale.
- (10) Si tratta di una figura sorta sul terreno della dottrina civilistica, che colloca il “terzo” contratto tra il “primo” (che presuppone una perfetta “razionale” parità tra i partecipanti) e il “secondo”, quello che si conclude tra il “professionista” e il “consumatore”, ormai radicato nel nostro ordinamento. Il presupposto dei suoi fautori è che esista un “vuoto ordinamentale” caratterizzato dalla mancanza di una disciplina che tuteli l’imprenditore coinvolto in un rapporto non equilibrato. Sulla nuova figura, si vedano: G. Amadio, *Il terzo contratto. Il problema*., in G. Gitti e G. Villa, *Il terzo contratto*, Il Mulino, Bologna, 2008
- (10) Cfr. la sentenza 8 giugno - 18 settembre 2009, Cass. Civ., sez. III, n. 20106. Il concetto di “abuso del diritto” non è di origine normativa ma dottrinale e giurisprudenziale e viene ancorato - almeno in ambito di *civil law* - alla violazione dell’obbligo di buona fede oggettiva nei rapporti contrattuali. Il progetto preliminare al Codice Civile del 1942 (art.7, poi scomparso dalla stesura definitiva) prevedeva che “nessuno (potesse) esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto”. L’abuso del diritto ha trovato riconoscimento espresso nell’art.54 della “carta di Nizza del 2000”, che, a sua volta, riecheggia l’art.30 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo. Il conferimento di un diritto non equivale al conferimento del diritto di farne abuso.
- (12) Secondo una prospettiva curiosamente “invertita” rispetto a quella propria dei sistemi di responsabilità *no fault*, in cui la colpa, anziché essere esclusa, viene di fatto presunta, ai fini del risarcimento. Anziché presumersela, il paternalismo “assorbe” la colpa (come peccato di irrazionalità), cercando di porvi riparo nell’interesse stesso del soggetto cui essa fa capo.
- (13) Il “lancio del nano” o, in termini *politically correct*, la “propulsione di persone dalla crescita ridotta”, è uno “sport” che conosce una certa diffusione in Francia, in Canada, negli Stati Uniti. Ogni tentativo di vietarlo per legge in nome della dignità umana è sostanzialmente fallito.
- (14) In una decisione del 1981 il *Bundesverwaltungsgericht* (Corte federale Amministrativa) tedesco aveva dichiarato illecito il *peep show* in quanto lesivo della dignità della (o del) *performer*. La decisione è stata in seguito cancellata, anche se rimane in vigore il divieto di esibirsi in una situazione in cui chi si esibisce non è un grado di vedere chi sta guardando.
- (15) Cfr. D. Feldman, *Human Dignity as a Value, Part I, Public Law*, 1999, p.700. La dottrina statunitense avverte i rischi insiti nella nozione “europea” di dignità, spesso frutto di un “*value based constitutionalism*”. Cfr. anche Rao, *On the Use and Abuse of Dignity in Constitutional Law*, in *Columbia Journal of European Law*, 2008, p.204 segg.
- (16) Cfr. M.A. Eisenberg, *The Limits of Cognition and the Limits of Contract*, 47 *Stan.L. Rev.* 211 (1995).
- (17) Il termine *boilerplate* deriva dal gergo tipografico con riferimento a quei testi che, per essere completamente standardizzati, venivano impressi su lastre di metallo prima di essere inviate alla tipografia per la stampa.
- (18) Il *leading case* per questa ipotesi è *Williams v. Walker Thomas Furniture Co.*
- (19) R.Korobkin e T.S. Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, 88 *Ca. L. Rev.* 1051, 1060-66 (2000).
- (20) Bassanio - Non devi sottoscrivere un patto simile, per me - Preferisco piuttosto far fronte da solo a questa urgenza.
- Antonio - Non temere, amico mio. Quella penale non dovrò pagarla. - Tra due mesi - vale a dire un mese prima che scada il debito - realizzerò un profitto pari a tre volte l’importo del mio impegno. (Shakespeare, *Il mercante di Venezia*, I,3, 151-156)
- (21) Per *Augmented Reality*, o “realtà incrementale” (A.R.) si intende quella costantemente arricchita o implementata dalla tecnologia informatica. La visione della realtà circostante è modificata continuamente dall’affluire inarrestabile dei dati forniti da quella tecnologia. Lo stesso flusso dell’informazione, in cui siamo immersi, ci coinvolge in un rapporto che è insieme virtuale e interattivo. Sul rapporto tra A.R. e autonomia contrattuale del consumatore, cfr S.R. Peppet, *Freedom of Contract in an Augmented Reality: The Case of Consumers Contracts*, 59 *UCLA L.R.* 676 (2012). Il paziente, il cliente, il consumatore: nell’ancora recente passato tutti costoro si trovavano in una condizione di deficit conoscitivo nei confronti una controparte la cui maggior forza contrattuale si presumeva basata oggettivamente sulla migliore conoscenza della/e realtà in cui il rapporto era destinato a svolgersi. Oggi non è più così: addirittura sembra che la vecchia “debolezza” fondata sul deficit cognitivo, sia stata sostituita da una nuova debolezza fondata su un surplus cognitivo.
- (22) J. Elster, *Ulisse e le sirene. Indagine sulla razionalità e l’irrazionalità*, Il Mulino, Bologna, 1983.
- (23) Per questa - assai garbata - polemica, vedi, di S. Conly, *Against Autonomy*, Cambridge U.P., New York, 2013 e, di R.H. Thaler e C.R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, Yale U.P., New Haven, 2008.
- (24) Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale U.P., New Haven e Londra, 1964
- (25) Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, art. 1; Carta Europea dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea (Carta di Nizza), art.1.
- (26) G. Zagrebelsky, *Il diritto mio*, Einaudi, Torino, 1992
- (27) *Dallas Buyers Club* è un film del 2013, diretto da Jean-Marc Vallée. Ne sono protagonisti Matthew McConaughey e Jared Leto che hanno ricevuto l’Oscar 2014 rispettivamente come miglior attore protagonista e miglior attore non protagonista.
- (28) “...nessuno...potrà essere privato della vita, della libertà o dei beni, senza *due process of law*”
- (29) *U.S. District Court for the Northern District of California*, sentenza del 3 dicembre 1990. Il giudice si chiamava - *nomen omen* - “Legge”.
- (30) Shakespeare, *La commedia degli errori*, I,1,141
- (31) L.Tribe, *American Constitutional Law*, University Textbook Series (II ed., 1988), p.1335
- (32) Tribe, *op. cit.*, p.1335
- (33) *United States v. Rutherford*, 442 U.S.544 (1979)
- (34) Il talidomide è un farmaco - a suo tempo debitamente testato e autorizzato negli anni ’50 e ’60 come sedativo antinausea particolarmente indicato per le donne in gravidanza - che - diffuso in quaranta paesi - fu ritirato dal commercio quando risultò che donne trattate con talidomide davano alla luce neonati focolomici.
- (35) Il programma denominato “*Treatment IND*” consente la distribuzione non commerciale (al solo costo di produzione) di sostanze che possano (offrano una *promising evidence* di) essere efficaci e soprattutto non espongano i pazienti a irragionevoli e significativi rischi supplementari di malattia o altri danni fisici.

## *Interessi «processuali» e dintorni (a proposito della modifica dell'art. 1284 c.c.)\**

**Mauro Grondona**

*Docente di diritto privato*

*Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Genova*

**Sommario:** 1. *Il problema*; - 2. *La ratio*; - 3. *Le questioni*; - 4. *I ritardi di pagamento*; - 5. *La funzione degli interessi*.

### 1. Il problema.

Il tema di cui mi occupo riguarda una recentissima modifica apportata all'art. 1284; una modifica, ormai a tutti ben nota, che si muove sul piano del contrasto al ritardo nei pagamenti. L'effetto della riforma è questo: sul debitore inadempiente convenuto in giudizio viene a gravare un tasso di interessi piuttosto elevato. Nelle parole della legge: «Se le parti non ne hanno determinato la misura, da quando ha inizio un procedimento di cognizione il saggio degli interessi legali è pari a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

Questa disposizione si applica anche all'atto con cui si promuove il procedimento arbitrale».

### 2. La ratio.

Direi subito che la *ratio* della modifica non è esclusivamente italiana perché l'art. 1284 è stato modificato nell'ambito di un quadro di una politica del diritto che il giurista italiano ed europeo da tempo ben conosce: è quella linea di politica del diritto volta a contrastare il ritardo nei pagamenti, che inizia almeno dal 2000, pensando appunto alla prima direttiva dell'UE in tema di pagamenti ritardati (1).

In questa linea l'art. 1284 è stato dunque integrato nel senso che il creditore che abbia a che fare con un debitore inadempiente - di fronte al cui inadempimento non ha altro mezzo se non il dar vita a un giudizio (anche arbitrale) - può almeno contare sul diritto a vedersi riconosciuta (e quindi su un rimedio specifico e circostanziato), a titolo di interesse, una somma derivante dall'applicazione del tasso degli interessi legali previsto dalla legge in materia di pagamenti ritardati: un interesse che al momento è pari all'8,15%.

### 3. Le questioni.

Farei due premesse: una metodologica e una sostanziale.

Sotto il profilo metodologico e in senso generale il giurista non è mai disarmato di fronte al legislatore: dico questo perché ci potrebbe anche essere chi, riflettendo su di una modifica legislativa del genere ritenga che il legislatore abbia introdotto una regola impropria, inopportuna (quelle mini-riforme che poi producono più danni che benefici, appunto perché mal innestate all'interno del quadro generale).

Ma nella prospettiva della reazione critica contro l'atto di imperio legislativo (se e quando debba esservi) direi che il ruolo del legislatore oggi è tutto sommato modesto perché

il diritto contemporaneo non è tanto un diritto a base legislativa quanto soprattutto a base giurisprudenziale.

Sotto il profilo del giudizio di valore la cosa certamente può non soddisfare, ma sul piano descrittivo la situazione è tendenzialmente questa.

E del resto ciò spiega anche il fatto che oggi (ma certo non si tratta di novità assoluta) il momento ermeneutico, interpretativo è del tutto centrale, è il cuore del diritto, più che la disposizione normativa, la regola posta dal legislativo.

Il che significa naturalmente che l'interprete che sia tecnicamente provveduto ha (cioè deve saper manovrare) tutti gli strumenti per indirizzare o reindirizzare o nei casi più seri cancellare le prescrizioni legislative.

Il giurista non è quindi solo di fronte all'innovazione legislativa.

Poi c'è una seconda osservazione che si può fare, quella appunto sostanziale; e allora, sotto il profilo sostanziale, direi che questa disposizione, la nuova versione dell'art. 1284, non ha proprio nulla di eccentrico o di bizzarro, appunto perché si muove in un solco ormai consolidato, e come tale rappresenta l'ulteriore elemento che si innesta perfettamente all'interno di un affresco i cui colori sono ormai ben fissati sulla tela.

Dunque il giurista pratico non ha proprio nulla da temere da questa norma (come se essa avesse una portata antisistematicamente dirompente); semmai chi ha da temere qualcosa è il debitore inadempiente, ma come tutti sappiamo è almeno dal 2000 che il debitore è guardato un po' con sospetto dall'Unione europea, per le ragioni che succintamente cercherò di tratteggiare nel prosieguo.

### 4. I ritardi di pagamento.

A questo punto vanno necessariamente richiamate le due direttive UE già evocate: la prima è la direttiva n. 35 del 2000 e la seconda è la più recente n. 7 del 2011, intitolate appunto entrambe alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

Le richiamo non solo perché rappresentano - diciamo così - il contesto culturale all'interno del quale si spiega la modifica dell'art. 1284, ma soprattutto perché i principi e i criteri posti dal legislatore europeo - e poi a ruota dal nostro legislatore - vanno ovviamente utilizzati prima di tutto per capire il senso della riforma, e poi per risolvere quei problemi che si porranno in sede di applicazione del nuovo art. 1284. Lo sfondo alle spalle dell'art. 1284 è dato quindi dalla disciplina generale in tema di inadempimento e dalla disciplina speciale in tema di ritardo nei pagamenti. Tra le due discipline non c'è contrasto o frizione ma connubio virtuoso.

Il riferimento al contesto - e mi riferisco espressamente al contesto culturale che ha prodotto le direttive richiamate - è decisivo, perché non va dimenticato che proprio le due direttive nei loro «considerando» hanno invitato energicamente i vari legislatori dei paesi membri a fare tutto il possibile per contrastare la patologia del ritardo nel pagamento.

Fare tutto il possibile non solo dal punto di vista sostanziale ma anche dal punto di vista processuale; e non solo recependo le direttive all'interno degli ordinamenti nazionali, ma eventualmente dando vita a regole ulteriori che si muovano in coerenza con questa *ratio*: nei rapporti commerciali spesso è il debitore la parte forte, o perché è avvantaggiato da termini di pagamento troppo lunghi o perché fa di tutto per non adempiere spontaneamente, così costringendo il creditore non solo a doversi attivare per ottenere il pagamento ma anche a sostenere dei costi per conseguire quanto contrattualmente gli spetta.

L'idea è allora che tutti i costi sostenuti dal creditore gli deb-

\* Si tratta dell'intervento (minimamente rielaborato pur conservandone il tono colloquiale) che ho svolto il 27 novembre 2014 in occasione di un Seminario organizzato dalla «Camera Civile di Genova» e dall'«Accademia di Diritto, Mediazione e Arbitrato», con il patrocinio del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Genova, dal titolo: «Le recenti riforme del processo civile (D.L. 90/2014 e D.L. 132/2014)»

bano essere poi rimborsati, affiancando però alle classiche misure risarcitorie anche qualche incentivo all'adempimento, come appunto fa la modifica dell'art. 1284.

Mi sembra pertanto pacifico che il nostro art. 1284 non ha subito né un colpo di mano né alcuna modifica inaspettata: direi proprio il contrario.

Se infatti, da un lato, il legislatore dell'UE e a ruota quello italiano hanno fissato la regola per cui un termine di pagamento troppo lungo inserito nel contratto è abusivo quando è irragionevole - cioè quando l'economia del rapporto, l'economia del contratto non giustifica questa clausola contrattuale, non giustifica questo termine di pagamento -, dall'altro lato, il legislatore italiano - nel solco della stessa identica *ratio* - dice ora: quando il debitore non paga spontaneamente pur dovendo pagare, e quindi quando il debitore non solo non fa quello che deve ma costringe pure il creditore a doversi attivare processualmente (allungando necessariamente i tempi di «adempimento», che del resto ormai non è più tale), allora sul debitore inadempiente graveranno tutte quelle conseguenze economiche sfavorevoli che hanno il loro antecedente causale diretto nell'inadempimento, con l'aggiunta di una sanzione economica aggiuntiva.

Naturalmente non basta evocare la *ratio* di una disposizione o anche di una disciplina perché tutti i problemi applicativi (e dunque interpretativi) siano risolti, però l'individuazione della *ratio* è sempre fondamentale soprattutto se ci si muove all'interno di una cultura giuridica (come quella contemporanea) che è più attenta alla funzione che non alla struttura delle norme; e del resto basta rievocare, per stare in Italia, Bobbio e la funzione promozionale del diritto (2).

Nel nostro caso la disciplina normativa è orientata alla promozione di un pagamento che non solo sia effettuato in termini ragionevoli ma di un pagamento che sia anche ragionevolmente certo.

Allora vediamo un po' più nel dettaglio la modifica all'art. 1284, soffermandoci anche su qualche problema interpretativo che potrà emergere nella pratica.

Intanto ribadisco che è un errore leggere questa norma al di fuori del contesto sui ritardi di pagamento.

Faccio necessariamente qualche breve cenno a questa disciplina solo per ricordare quali sono i principi che governano la materia, e quindi attingo alle due direttive che ho citato prima e alla normativa di recepimento italiana.

Di fronte al ritardo del pagamento il creditore è la parte debole del rapporto e come tale deve essere protetta dal diritto. Per proteggere il creditore, il legislatore, prima europeo e poi quello italiano, ha introdotto una distinzione fondamentale (distinzione che non è che prima fosse sconosciuta ma che certamente le direttive europee hanno enfatizzata) tra usi e abusi della libertà contrattuale, tra usi e abusi dell'autonomia privata.

E l'idea guida tutto sommato è chiara e netta, almeno come punto di partenza: il mercato quando funziona bene produce un beneficio sociale per tutti: imprenditori, professionisti, consumatori; il contratto, cioè lo scambio, è il fondamento del mercato; se il contratto funziona male anche il mercato funziona male.

Allora bisogna fare tutto il possibile perché il mercato - come si usa dire - non fallisca, e per evitare i fallimenti del mercato una via è quella di intervenire sul contratto ma non già per reprimere *in radice* l'autonomia privata - la libertà delle parti -, quanto piuttosto (e unicamente) per reprimere gli abusi.

La prospettiva europea e quella italiana non si muovono af-

fatto all'interno della vecchia impostazione che guardava all'autonomia privata, al contratto, con sospetto, come se rappresentassero in quanto tali un pericolo, perché in sostanza il contratto è e non potrebbe non essere lo strumento con cui il forte si arricchisce a danno del debole.

L'idea è un'altra, ben diversa: il diritto inteso come ordine, come ordinamento giuridico deve fare tutto il possibile perché il contratto e quindi il mercato possano funzionare al meglio (l'idea della funzione promozionale del diritto gioca evidentemente un ruolo protagonico).

Di qui una serie di regole contenute nelle direttive sui pagamenti ritardati; regole che poi da ultimo sono state recepite con il decreto legislativo 9 novembre 2012, n. 192.

Per dirla molto in breve il punto è che le clausole del contratto che siano gravemente inique in danno del creditore - che qui, lo ribadisco, è la parte debole del rapporto contrattuale - sono nulle.

Come si fa ad accertare questa grave iniquità? Si deve guardare alla sostanza economica del rapporto, alla sostanza economica del contratto, se si preferisce alla funzione economico-individuale: se le clausole hanno una giustificazione economica ragionevole sopravvivono, altrimenti cadono.

Un siffatto meccanismo di controllo per funzionare efficacemente ha bisogno di un giudice attivo nel senso migliore della parola: questa normativa - e del resto non solo questa - fa un largo uso delle famosissime, per alcuni ancora oggi famigerate, clausole generali: ragionevolezza, abusività, correttezza e così via non sono precetti giuridici specifici; per poter operare come criteri di giudizio devono essere concretizzati dal giudice.

Ciò altresì significa che l'approccio del diritto europeo, e non solo del diritto privato europeo, fa perno sulla giurisprudenza come strumento istituzionale flessibile affinché le regole giuridiche (intese non come le regole solo declamate da un legislatore o da una massima, ma le regole operative) siano il più possibile adeguate alle esigenze in primo luogo dei rapporti giuridici patrimoniali visti in una prospettiva che, per usare un aggettivo forse un po' stucchevole, è dinamica (e non a caso il tema del rapporto tempo e contratto, nonché tempo e diritto sempre più richiama l'attenzione anche del giurista).

Naturalmente il ruolo centrale del giudice ha il suo contraltare nel ruolo altrettanto centrale dell'avvocato: beninteso questa non è affatto un'idea nuova, nel senso che, per limitarci ad anni non troppo lontani, un giurista molto sensibile alla realtà delle cose come Salvatore Satta avvertiva che sempre la regola giuridica nasce nel processo.

E parlare di ruolo centrale dell'avvocato significa esprimere l'idea che di fronte a un problema di clausola contrattuale abusiva, di termine di pagamento irragionevole e così via l'avvocato ha il dovere direi prima di tutto deontologico di condurre un'analisi stringente del rapporto contrattuale visto nella sua economica materialità, per offrire al giudice una seria base di giudizio.

Allora davvero giurisprudenza e avvocatura, congiuntamente - e quando lo si voglia e lo si possa in dialogo con la dottrina -, operano come un fattore di costante adeguamento del diritto alla realtà.

## 5. La funzione degli interessi.

Se il nuovo art. 1284 è allora pensato in questa prospettiva, che poi è in sostanza la prospettiva funzionale a cui ho fatto prima cenno, direi che gli interessi che vanno a gravare sul debitore inadempiente hanno una funzione duplice: sanzionatoria e compulsiva.

Il debitore sa che se non paga andrà incontro non solo alla condanna al risarcimento del danno ma anche a questo specifico *quid pluris* proprio perché l'ordinamento è in lotta contro il debitore che o vuol pagare in un tempo troppo lungo o addirittura non vuole pagare affatto, pensando di utilizzare il processo per prorogare il termine di pagamento. Nella prospettiva attuale questa condotta è qualificabile come abusiva, e il tema è quello interconnesso dell'abuso del processo e nel processo, e dell'abuso del diritto.

Dobbiamo chiederci come qualificare questi interessi, questa sanzione che grava sul debitore: questa operazione di riflessione sulla categoria (perché la riflessione sulla categoria è indispensabile, è il presupposto del buon utilizzo della categoria), sull'istituto deve sempre essere compiuta anche dall'avvocato.

Lo dico perché poco più di un anno fa sul tema delle categorie giuridiche è uscito un libro di un civilista illustre come Nicolò Lipari (3); il libro si rivolge più al giurista in formazione che non al giurista accademico; Lipari vorrebbe dialogare con l'avvocato, il giudice e anche con lo studente: le categorie che il giurista ha davanti non sono immobili, statiche; vanno usate per conseguire determinati obiettivi in punto di argomentazione, in punto di ermeneutica giuridica. C'è quindi più di un incentivo volto a favorire la creatività del giurista, che non andrebbe mai mortificata.

Allora pensando al nostro art. 1284 nella prospettiva delle categorie giuridiche, io direi che questo è un altro segnale che si può leggere nel senso che una figura un tempo considerata totalmente estranea al nostro ordinamento oggi non lo è più: mi riferisco ai famosi danni punitivi.

Il danno punitivo è in sostanza una somma di denaro che va fatta gravare sul convenuto per sanzionare la sua condotta oltraggiosa, se si vuole citare una classica definizione.

Qui, con il nuovo art. 1284 abbiamo un debitore che, non adempiendo, non solo cagiona un danno al creditore ma, nella prospettiva del legislatore europeo (prendo sempre spunto dalle direttive sui ritardi di pagamento), attua una condotta pregiudizievole del buon funzionamento del mercato. Questa linea di politica del diritto è chiarissima tanto è vero che in uno dei «considerando» della direttiva del 2011 si dice espressamente che i ritardi di pagamento costituiscono una violazione contrattuale resa finanziariamente attraente per i debitori poiché nella maggior parte dei paesi membri gli interessi di mora sono bassi e le procedure di recupero del credito sono lente. E la direttiva aggiunge: occorre passare alla cultura dei pagamenti rapidi, e tale passaggio culturale trova il suo *medium* nell'introduzione di misure specifiche sui ter-

mini di pagamento e sui costi di recupero, nel senso che il creditore che va incontro a costi per ottenere giudizialmente dal debitore ciò che non ha ottenuto spontaneamente deve ottenere un pieno ristoro.

Del resto ciò è soprattutto il frutto di quella prevalenza della dimensione rimediale che caratterizza il diritto della contemporaneità, da cui l'effetto che la prospettiva di *common law* - tradizionalmente incentrata sul rimedio e quindi sul momento processuale - e quella di *civil law*, maggiormente incentrata invece sul momento sostanziale, siano più vicine di un tempo: se manca uno strumento di tutela non ha nemmeno senso parlare di diritto soggettivo o comunque di interesse giuridicamente rilevante, e come tale da proteggere. In altre parole, se manca il rimedio non ha poi gran senso (e comunque ha scarsa utilità) andare alla ricerca della posizione sostanziale pregiudicata.

Ci si può semmai chiedere fino a che punto sia ancora oggi fondato insistere sull'idea della tutela del «diritto soggettivo» quale categoria privilegiata o comunque a tutela rafforzata, quando ormai l'area dell'interesse giuridicamente protetto ha assunto dimensioni notevolissime, e proprio in conseguenza della progressiva attenzione assunta dal rimedio, cioè appunto dallo strumento di tutela di una posizione soggettiva di vantaggio, che come tale impone all'ordinamento di attivarsi.

In ogni modo, se la prospettiva rimediale è la prospettiva della contemporaneità, anche da questo punto di vista nessuna sorpresa rispetto alla modifica dell'art. 1284.

In conclusione può dirsi che la modifica dell'art. 1284, ricondotta alla *ratio* della disciplina sui pagamenti ritardati, esprime un duplice obiettivo: sanzionare pesantemente il debitore inadempiente e incentivare il debitore ad adempiere nei termini contrattualmente previsti, protetti in quanto non abusivi.

Il contratto, quindi, più che mai ha oggi il volto dello strumento che contribuisce al buon funzionamento del mercato. E l'abuso del mercato spesso passa per l'abuso del contratto.

#### Note:

(1) Per riferimenti è qui sufficiente richiamare A.M. Benedetti-S.Pagliantini (a cura di), con la collaborazione di F. Bartolini, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Torino, Giappichelli, 2013. Precedentemente v. A.M. Benedetti (a cura di), *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili sostanziali e processuali*, Torino, Giappichelli, 2003.

(2) Mi riferisco naturalmente a N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1977.

(3) N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2013.

## Responsabilità per cose in custodia\*

**Antonio Fontana**

**Sommario:** 1. Portata innovativa del vigente art. 2051 cod. iov., rispetto all'art. 1153 cod.civ.del 1865 - 2. Fattori umani ed extraumani quali cause (o concause) del danno - 3. Il concetto di custodia - 4. Limiti di applicabilità dell'art. 2051: res nullius e cose non suscettibili di custodia - 5. In particolare: le strade. Orientamenti della giurisprudenza - 6. Opportunità di tener conto anche del Codice della strada (DLgs. 30 aprile 1992 n. 285) - 7. Natura della responsabilità.

1. Portata innovativa del vigente art. 2051 cod.civ., rispetto all'art. 1153 cod.civ. del 1865.- Oltre alla norma generale, contenuta nell'art. 2043, con cui si apre il Titolo dedicato ai fatti illeciti, il legislatore ne ha dettate alcune altre, che riguardano figure di responsabilità dette, per contrasto, speciali, anche se numerose e di grande rilievo pratico sono le fattispecie che nel loro ambito possono ricondursi: così, ad es., quella dei padroni e dei committenti per i danni arrecati dai loro domestici e commessi (art. 2049), quella per l'esercizio di attività pericolose (art. 2050), per i sinistri dovuti alla circolazione dei veicoli (art. 2054) ecc. L'art. 2051, del quale dobbiamo occuparci, rientra in questo gruppo, ed è così formulato: "Ciascuno è responsabile del danno cagionato dalle cose che ha in custodia, salvo che provi il caso fortuito". Tralasciando agganci che ci consentirebbero di risalire a tempi più remoti, fino al diritto romano, il suo precedente immediato è l'art. 1153 del Codice civile del 1865, il quale disponeva: "Ciascuno parimente è obbligato non solo pel danno che cagiona per fatto proprio, ma anche per quello che viene arrecato col fatto delle persone delle quali deve rispondere o colle cose che ha in custodia".

Dal confronto appare evidente come il testo in vigore abbia introdotto due novità. In primo luogo parla non più di danno "arrecato *colle cose*" (complemento di mezzo), bensì "cagionato *dalle cose*" (complemento d'agente, rafforzato, per giunta, dal medesimo verbo che il già citato art. 2043 usa per indicare appunto il rapporto tra causa ed effetto). In secondo luogo pone a disposizione del presunto responsabile una "uscita di sicurezza": egli può infatti liberarsi dall'obbligazione risarcitoria se fornisce la prova del caso fortuito. Questa, a rigore, non è una novità assoluta. Sulla stessa linea, infatti, si era già attestata la giurisprudenza (1) anteriore al 1942, nonostante il silenzio mantenuto sul punto dal vecchio codice. Ma il fatto che il nuovo ne abbia recepito *in toto* l'orientamento merita, comunque, di venir segnalato, poiché conferma, se mai ve ne fosse bisogno, il ruolo di "punta avanzata" dei magistrati nell'evoluzione del diritto.

### 2. Fattori umani ed extraumani quali cause (o concause) del danno.

Quanto alla prima, è doveroso ricordare che ha sollevato molte riserve ed anche aperti dissensi. Già oltre quarant'anni fa, quello che era allora uno dei più noti studiosi della materia, Adriano De Cupis, si chiedeva se fosse "giustificato erigere la responsabilità per danno da cose in categoria autonoma, contrapposta alla responsabilità per danno prodotto dal fatto del-

l'uomo" (2) e rispondeva negativamente, "dato che il c.d. danno da cose assume senso giuridico, è produttivo di responsabilità in ragione dell'umana partecipazione alla sua produzione, e quindi della sua umana imputabilità" (3).

Personalmente, non mi sentirei di giungere a conclusioni così drastiche. A mio sommo avviso, possono darsi casi in cui la distinzione tra "fatto dell'uomo" e "fatto della cosa" è pienamente giustificata. Un bosco può bruciare perché un piromane gli ha appiccato il fuoco, ma anche per autocombustione, specie durante un'estate torrida e avara di piogge. Il questa seconda ipotesi dov'è l'intervento dell'uomo?

All'estremo opposto troviamo il *damnum iniuria corpore corpori datum* (4), ossia lo scontro fisico diretto fra due persone che dai tempi della *Lex Aquilia* ad oggi nulla ha perduto della sua misteriosa (e feroce) attrattiva.

Tra questi due poli opposti l'esperienza quotidiana ci mostra tutta una serie di vicende intermedie, al cui svolgimento concorrono, in misura di volta in volta diversa, fattori umani ed extraumani. Confrontiamo questi due esempi. A)- Tizio, militare, durante un'azione di guerra imbraccia il fucile, spara e ferisce un soldato nemico. B)- Caio, appassionato cacciatore, rientra a casa da una battuta e lascia il fucile carico appoggiato al muro; suo figlio, bambino, lo prende per giocarvi, e parte il colpo che lo ferisce. Nel primo caso risulta evidente a tutti che a cagionare il danno è stato l'uomo, il quale si è servito del fucile come di un semplice strumento. Nel secondo, invece, agli occhi del profano l'arma campeggia come la causa immediata e diretta del sinistro; ma se si considera l'accaduto nel suo complesso, com'è dovere del giurista, risalendo alla *causa causae*, è facile scorgervi anche un comportamento umano: la grave imprudenza dell'adulto che l'ha lasciata a portata di mano del fanciullo ignaro del pericolo. Noto, per inciso, che tale imprudenza si concreta in una omissione: il padre non ha fatto quello che avrebbe dovuto, ossia riporre il fucile in luogo sicuro. Sul punto avrò occasione di tornare, parlando della responsabilità del custode, ma colgo l'occasione per prospettare fin d'ora a chi mi ascolta un altro esempio. Può accadere che un albero, ancorché giovane e perfettamente sano, si abbatta sulla casa del vicino solo perché si è avuta una nevicata eccezionale, non prevista dai meteorologi, mentre un altro non ce la faccia a resistere neppure ad una raffica di vento di media intensità, perché già vecchio e tarlato. Nel primo caso avremo solo un fatto naturale (la nevicata) e nient'altro, nel secondo ad esso (il vento) si aggiungerà la colpa, ancora una volta omissiva, del proprietario (o usufruttuario, o affittuario, ecc.) che non si è preso cura di far tagliare, in tempo utile a prevenire il sinistro, l'albero pericolante.

### 3. Il concetto di custodia.

Del resto, è notorio che il diritto si occupa delle cose solo allorché queste, per la loro attitudine a soddisfare un interesse dell'uomo, diventano in qualche modo parte delle situazioni che a lui fanno capo. Si tratta di un orientamento di fondo che traspare anche dall'art. 2051, per cui non tutte le cose, semplicemente in quanto tali, sono rilevanti, ma soltanto quelle che taluno ha "in custodia". Con questa locuzione i compilatori hanno voluto precisare, per l'appunto, che tra la cosa e l'uomo deve intercorrere un certo rapporto. Si tratta di chiarirne la natura. La custodia consiste nella disponibilità immediata o, come preferisce esprimersi la giurisprudenza, nel "governo" della cosa stessa da parte di un soggetto che non ne è necessariamente il proprietario, potendone essere anche solo un possessore o un detentore qualificato come, ad es., il locatario rispetto al bene locato; ciò che conta è che egli sia in grado di intervenire prontamente per scongiurare il pericolo che essa arrechi danno a terzi. Così custode di una bombola di gas è co-

(\*) Lezione tenuta alla Scuola Forense Mauro De Andrè di Genova il 14.11.2014 nell'ambito del corso ordinario.

lui che, con la sua continua e attenta vigilanza, può impedire che essa venga accostata ad una fonte di calore, tanto da provocarne l'esplosione.

Nell'ambito delle cose in custodia sono state proposte, in passato, alcune suddivisioni, ormai giustamente abbandonate. Così quella fra cose pericolose e non pericolose. La pratica ha infatti dimostrato che persino una foglia d'insalata, abitualmente innocua, può divenire pericolosa se la si lascia inavvertitamente cadere sul pavimento del negozio di un fruttivendolo, ed un cliente vi scivola sopra (5).

#### 4. Limiti di applicabilità dell'art. 2051: *res nullius* e cose non suscettibili di custodia.

Dall'ambito di applicabilità dell'art. 2051 sono escluse due categorie di cose: quelle che momentaneamente, per motivi contingenti, non hanno custode (si pensi alle *res nullius*) e quelle che, per le loro stesse caratteristiche, non sono suscettibili di custodia. È ovvio che il maggior interesse si sia sempre polarizzato su queste ultime. Ma la norma non fornisce alcun elemento utile alla loro identificazione. Di essa si è fatta carico la dottrina ed ancor più la giurisprudenza, con un lavoro minuzioso che si protrae ormai da decenni, per rendere conto del quale sarebbe necessaria una ricostruzione storico-sistematica talmente ampia, da formare addirittura una monografia. Qui mi limito perciò ad alcuni rapidi cenni, rinviando chi volesse saperne di più alle indicazioni di cui sono ricche talune opere che hanno visto la luce in questi ultimi anni (6). Il criterio da applicare è semplice e decisivo: le forze umane sono limitate, perciò non sono assoggettabili a controllo quelle *res* che, per le loro dimensioni, o per la loro ubicazione, o per altre ragioni, anche ambientali, sfuggono a quella vigilanza assidua che della custodia è tratto caratteristico e indefettibile.

La casistica ben riflette questa presa di posizione, fondata non tanto su principi giuridici quanto sul buon senso. Così, l'art. 2051 è stato ritenuto applicabile ad un giardino pubblico, ad un palazzetto dello sport, ad un edificio scolastico, ad un condominio, ad un supermercato, ad una discoteca, e perfino ad un porto in cui una nave si era arenata perché non erano state eseguite le necessarie opere di dragaggio dei fondali.

Le discussioni più accese, e dall'esito più incerto, si sono avute, e si hanno tuttora, a proposito dei beni facenti parte del demanio stradale.

#### 5. In particolare: le strade. Orientamenti della giurisprudenza.

In giurisprudenza per molto tempo ha prevalso la soluzione negativa. Ancora dieci anni fa, o poco meno, la Suprema Corte, con una sentenza di cui colpisce soprattutto il tono perentorio, dichiarava: "...la presunzione di responsabilità ex art. 2051 non è applicabile nei confronti della Pubblica Amministrazione per quelle categorie di beni che sono oggetto di utilizzo generale e diretto da parte di terzi perché in questi casi non è possibile un efficace controllo ed una continua vigilanza da parte della Pubblica Amministrazione tale da impedire l'insorgere di cause di pericolo per i cittadini" (7). Ora, io non oso sostenere che una simile affermazione sia errata, ma di certo è espressa nei termini assoluti caratteristici delle "massime", che mal si adattano a regolare una materia in cui tanta è la varietà dei casi. In tempi più recenti, invece, troviamo decisioni in cui il linguaggio si fa più "morbido" ed "elastico". All'origine di esso sta una più attenta considerazione della "natura" delle cose e della loro differenza, che esige risposte altrettanto differenziate: ovvero la consapevolezza che non si possono accomunare nello stesso trattamento la piazzetta di un piccolo centro storico e la grande arteria percorsa continuamente da TIR e da Caravan. Eccone un

esempio: "...in riferimento al demanio stradale, la possibilità concreta di esercitare la custodia va valutata alla luce di una serie di criteri, quali l'estensione della strada, la posizione, le dotazioni e i sistemi di assistenza che la connotano, sì che soltanto l'oggettiva impossibilità della custodia, intesa come potere di fatto sulla cosa, esclude l'applicabilità dell'art. 2051, che peraltro non sussiste quando l'evento dannoso si è verificato su di un tratto di strada che in quel momento era in concreto oggetto di custodia, come nel caso del demanio stradale comunale all'interno della perimetrazione del centro abitato (DLgs. 30 aprile 1992 n. 285, art. 4) o quando sia stata proprio l'attività compiuta dalla Pubblica Amministrazione a rendere pericolosa la strada medesima, con conseguente obbligo della stessa di osservare le specifiche disposizioni normative disciplinanti detta attività nonché le comuni norme di diligenza e prudenza" (8).

Al dogmatismo precedente subentra una mentalità pragmatica. Essa nasce dalla persuasione che la possibilità di sottoporre a custodia le strade non va esclusa *a priori*, solo perché di strade, appunto, si tratta. Anche in questo settore l'indagine va condotta caso per caso, perché ogni strada è diversa dalle altre, applicando i criteri (estensione, posizione ecc.) testé indicati; e s'intende che il loro impiego è rimesso al prudente apprezzamento del giudice di merito, sicché le conclusioni cui giunge, purché correttamente motivate, saranno incensurabili in sede di legittimità. Da notare anche l'importanza riconosciuta alla dimensione temporale ("in quel momento") per cui la medesima strada può essere sufficientemente custodita oggi e non domani, e viceversa, ad es. se varia, in un senso o nell'altro, la quantità di mano d'opera all'uopo disponibile. Con buona pace del poeta, *eadem NON sunt omnia semper*.

L'ultimo inciso si riferisce al caso, frequente, in cui lungo la strada siano in corso lavori - dal rifacimento della segnaletica alla rimozione di una frana - di cui gli utenti devono essere tempestivamente avvertiti. Aggiungo, *en passant*, che qualora detti lavori siano stati affidati in appalto, i nostri giudici sono approdati ad una soluzione che, per il suo equilibrio, è da condividere. Se l'area del cantiere entro cui si svolgono sia stata accuratamente delimitata, transennata e preclusa al traffico, è da ritenere che il potere-dovere di vigilanza sia stato trasmesso all'appaltatore, che, in caso di danno arrecato a terzi, sarà quindi il solo responsabile. Se invece la strada, nonostante lo svolgimento delle opere di restauro, sia rimasta aperta alla circolazione, magari su di una sola corsia circoscritta dai "birilli", avremo un'ipotesi di vigilanza congiunta, per cui responsabili saranno (in solido, s'intende, per quanto disposto dall'art. 2055, primo comma), sia l'appaltatore sia la Pubblica Amministrazione, a tutto vantaggio del danneggiato, che potrà agire così per l'intero risarcimento dovutogli nei confronti di due debitori, anziché di uno solo (salvo, fra questi ultimi, l'esercizio dell'azione di regresso, sempre per quanto disposto dall'art. 2055, al secondo comma). Ed è appena il caso di aggiungere che la scelta fra le due soluzioni dipenderà non dalle "parole" (cfr. art. 1362) eventualmente usate nel contratto d'appalto, ma dalla situazione reale, perché la custodia, come già sappiamo, appartiene al mondo dei fatti.

**6. Opportunità di tener conto anche del Codice della strada (DLgs. 30 aprile 1992 n. 285)**- Tornando alla sentenza n. 6903 del 2012, val la pena di sottolineare altresì il riferimento in essa contenuto ad una disposizione del Codice della strada: l'art. 4, che, come s'è visto, fornisce la nozione di centro abitato. A quanto mi risulta, esso costituisce infatti una rarità, in sede d'interpretazione dell'art. 2051, e lascia sperare che, in un prossimo futuro, venga preso in considerazione a tal fine anche l'art. 14 dello stesso codice, ove sono elencati, per l'appunto, i "poteri e compiti degli enti proprietari delle strade", cioè, per dirla nel lin-

guaggio del civilista, gli aspetti della custodia che loro compete su di esse, cominciando dalla relativa “manutenzione, gestione e pulizia” e dal “controllo tecnico” della rispettiva “efficienza”. Ho lasciato per ultima la considerazione più importante: le telecamere, l'autoveloce e gli altri strumenti di cui la polizia stradale dispone oggi, ed ancor più disporrà in futuro (almeno, si spera) consentiranno un sempre maggior controllo della rete viaria, per quanto estesa e ramificata, sicché anche (e soprattutto) grazie al progresso scientifico il controllo dell'uomo sulle cose è destinato ad espandersi. Ne consegue che destinata invece a restringersi, d'altrettanto, è l'area del caso fortuito, inteso come evento imprevedibile ed inevitabile.

### 7. Natura della responsabilità.

E vengo all'ultimo punto di questa lezione, forse già sin troppo lunga. Sulla natura della responsabilità ex art. 2051 la dottrina non ha ancora trovato l'accordo. Gli studiosi della *nouvelle vague* (9) sono propensi a ravvisare in essa un esempio di responsabilità obbiettiva, per la quale non si tiene conto del comportamento del custode, ma solo del nesso eziologico fra cosa e danno. Peraltro la tesi, già largamente condivisa almeno fino all'inizio degli anni Sessanta, della responsabilità aggravata, ha trovato ancor di recente nella Bianca un energico sostenitore. Si tratta dell'opinione che anche a me sembra più convincente; perciò qui posso limitarmi a pochi cenni riassuntivi, rinviando per un'esposizione più dettagliata agli scritti del predetto Autore, specialmente a quelli brevi, presentati in forma di “spunti” (10), in cui, accanto alla chiarezza abituale fa capolino una garbata *vis* polemica.

Si parla di responsabilità aggravata perché a carico del custode è posta una presunzione *iuris tantum* di colpa. Questa, secondo la *ratio* della norma, si giustifica in considerazione del fatto che dalla cosa, per quanto innocua possa sembrare (ripensiamo alla foglia d'insalata!) può derivare un danno, che il custode ha il dovere d'impedire, proprio per la sua qualità di custode. Se vien meno a questo dovere incorre in una colpa, che potrà presentarsi in tutti i suoi ben noti aspetti: negligenza, imprudenza, imperizia, inosservanza di leggi ecc. (cfr. art 43, terzo comma, cod. pen) ma per lo più si concretterà, come già ho accennato, in una omissione. E la prova del fortuito consiste per l'appunto nella dimostrazione che il danno si è verificato nonostante egli abbia fatto quanto dipendeva da lui per evitarlo, conformando la sua condotta a quella del *bonus paterfamilias*: un criterio di valutazione, questo, che, grazie alla sua elasticità, potrà essere adattato, di volta in volta, alle diverse caratteristiche della cosa, e, più in generale, alla situazione che il custode si è trovato a dover fronteggiare. Non a caso il concetto di fortuito costituisce la trasposizione, sul piano giuridico, dell'idea popolare di fatalità: e la fatalità comincia proprio laddove le (limitate) forze umane vengono meno.

E la giurisprudenza che ne pensa? Auguriamoci che qualche giovane di buona volontà si assuma il compito non lieve di farcene avere una rassegna completa, almeno per l'ultimo quinquennio, assumendo, cioè, come *dies a quo*, la pubblicazione dei saggi di Bianca, in modo da poter verificare se e quanta risonanza abbiano avuto. Ma un punto è certo fin d'ora. Non mancano casi in cui anche la Cassazione preferisce ragionare in termini di colpa, anziché di responsabilità oggettiva. Eccone uno (11). Il sig. P.D. aveva chiesto il risarcimento del danno subito allorché, nel percorso da T. ad S., “la sua macchina operatrice, trasportata su di un rimorchio, aveva urtato contro un ramo d'olivo che da un

fondo attiguo di proprietà privata sporgeva sulla strada”. Convenuti, da un lato il proprietario del fondo in cui cresceva l'albero, che avrebbe dovuto tagliare quel ramo, per non creare intralci alla circolazione, dall'altro l'Amministrazione provinciale di T., in quanto proprietaria della strada, che, stante l'inerzia del vicino, a quel taglio avrebbe dovuto provvedere di sua iniziativa. La domanda era stata respinta sia dal Tribunale che dalla Corte d'Appello. I giudici di merito avevano accertato che l'incidente era avvenuto lungo un tratto rettilineo e pianeggiante alle 20,30 (ora legale, quindi, col sole, alle 19,30) in una giornata estiva (7 luglio) di bel tempo, e tanto era bastato per addossare tutta la responsabilità all'autista “del mezzo sul quale era trasportata la macchina operatrice” in base alla considerazione che, in quelle condizioni di tempo e di luogo, ben avrebbe potuto scorgere l'ostacolo ed evitarlo, se solo fosse stato un po' più attento.

La Cassazione, a sua volta, ha riconosciuto “elementi di colpa” a carico di entrambi i convenuti, ma, anziché applicare, come, a questo punto, sarebbe stato lecito attendersi, l'art. 1227 (testualmente richiamato, in materia di fatti illeciti, dall'art. 2056) ha integralmente confermato la sentenza oggetto del ricorso, formulando il seguente principio: “...una volta accertata la sussistenza della duplice circostanza della visibilità del pericolo e della evitabilità dello stesso... la conseguente responsabilità derivante dal difetto di manutenzione della via può essere attenuata o esclusa in funzione dell'accertamento della concreta possibilità per l'utente danneggiato di percepire e prevedere con l'ordinaria diligenza la situazione di rischio”.

Come ognuno vede, la decisione è tutta permeata dall'idea che senza colpa non possa esservi responsabilità, proprio come ci hanno insegnato gli Illuministi. Qui, *ad abundantiam* si è calcata la mano su quella del danneggiato, per alleggerire, d'altrettanto, quella della Provincia di T., e mandarla assolta da ogni pretesa, anche senza richiedere da lei la prova del fortuito. Si affaccia qui un atteggiamento di favore nei confronti della Pubblica Amministrazione, non raro nei nostri giudici, si che più d'uno ha parlato, in proposito, di un privilegio che nella pratica tenacemente persiste, con tanti saluti alla Costituzione. Ma questo è un altro discorso.

#### Note:

- (1) Cfr. M. Bianca, *Diritto civile. V. La responsabilità*, Milano, 1994, p. 712, ove riferimenti.
- (2) *Dei fatti illeciti*, nel *Commentario al cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1971, p. 84.
- (3) *Op. cit.*, p. 85.
- (4) D. 9, 2, 1.
- (5) Il caso è ricordato da Negro, *Il danno da cose in custodia*, Milano, 2009, p. 15.
- (6) Oltre al già citato volume di Negro, e, dello stesso, l'esegesi condotta sull'art. 2051 nel *Commentario al Codice civile* diretto da Cendon, Milano, 2008, pp. 851 ss., specie 943 ss.; cfr. Franzoni, *L'illecito*, Milano, 2010, pp. 451 ss.; Comporti, nel *Commentario al cod. civ.* fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, *sub art. 2051*, Milano, 2009, pp. 267 ss., specie 317 ss.; meno recente, e concepito come semplice rassegna, Greco, Pisanisi e Ronchi, *I danni da cose in custodia*, nella collana *Il diritto privato oggi, anch'essa a cura di Cendon*, Milano, 2004.
- (7) Cass. 23 febbraio 2005 n. 3745 in *Resp. civ. prev.* 2005, pp. 376 ss., con ampia Nota di Bona, al quale rinvio per i precedenti.
- (8) Cass. 8 maggio 2012 n. 6903 in *www.Cortedicassazione.it*
- (9) Cfr. per tutti Franzoni, *o p. cit.*, pp. 395 ss., specie 504 ss. ove riferimenti.
- (10) Bianca, *Danni da beni demaniali: spunti sistematici in tema di responsabilità del custode sollecitati dalla lettura delle sentenze della Cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 27 ss.; ID., *Qualche spunto critico sugli attuali orientamenti (o disorientamenti) in tema di responsabilità oggettiva e di danni da cose*, in *Giust. civ.*, 2010, II, pp. 19 ss.
- (11) Cass. 20 maggio 2014 n. 11079 in *www.Cortedicassazione.it*

*Scacco matto al custode:  
spunti problematici in tema di presunzione  
di responsabilità ex art. 2051 c.c.\**

**Marco Tiby**

*Avvocato, Foro di Genova*

**Sommario:** 1. *L'azione ex art. 2051 c.c. in rapporto a quella generale di danno (la scelta della mossa d'apertura).* - 1.1. *Gli errori in fase di apertura si pagano cari (la novità della domanda in appello).* - 2. *Il concorso di colpa del danneggiato (attenzione ai pedoni avvelenati!).*

**1. L'azione ex art. 2051 c.c. in rapporto a quella generale di danno (la scelta della mossa d'apertura).**

Cogliendo l'invito formulato dal Prof. Fontana in chiusura della sua lezione sulla responsabilità da cose in custodia esaminiamo ora alcuni recenti casi giurisprudenziali concentrando l'attenzione su due aspetti problematici che traggono origine dall'applicazione dell'art. 2051 c.c.

Si tratta di aspetti a cavallo tra diritto sostanziale e diritto processuale:

il primo riguarda la differenza tra azione di responsabilità fondata sulla regola di cui all'art. 2051 c.c. e azione fondata sul principio del *neminem laedere* contenuto nella clausola generale di cui all'art. 2043 c.c.; questo aspetto, come si vedrà, evidenzia l'importanza di formulare correttamente la domanda introduttiva del giudizio, sia sotto il profilo dei fatti costitutivi posti a fondamento di essa, sia sotto il profilo degli elementi di diritto in ragione dei quali si intende chiedere la condanna della controparte.

Il secondo aspetto riguarda il concorso di colpa del danneggiato, ovvero l'incidenza del comportamento della vittima nella determinazione del sinistro, con la distinzione tra fortuito incidente e fortuito concorrente; prenderemo in esame l'atteggiarsi del concorso di colpa anche sotto il profilo processuale (eccezione o mera difesa?).

Entrambi i profili hanno a che vedere con il principio del contraddittorio e la tutela del diritto di difesa, con il principio dispositivo e con il potere officioso del giudice, tanto che si tratti di qualificare la domanda, quanto di rilevare la loro violazione.

Prendiamo spunto, tra le altre, da cadute per via di superfici scivolose, fondo stradale sconnesso, ostacoli di vario genere, buche, etc. per evidenziare, innanzitutto, che il difensore della vittima dovrà impostare un'azione che "inchiodi" il custode alle proprie responsabilità.

E' chiaro che, in questi casi, dove spesso la cosa, di per sé inerte, diviene pericolosa allorché intervenga un elemento esterno (es. l'acqua piovana, una sostanza oleosa, etc.) è possibile intraprendere un'azione ex art. 2051 c.c. (1).

Come nel gioco degli scacchi, così in campo giudiziario, occorre conoscere bene le regole che presidono l'apertura (che in campo processuale è rappresentata dalla domanda introduttiva caratterizzata dalla esposizione dei fatti costitutivi, dal *petitum* e dalla *causa petendi*). Se si sbaglia apertura (muo-

vendo a caso i pedoni, anziché sviluppare i pezzi leggeri per occupare il centro, guadagnare terreno e restringere la mobilità dell'avversario) ci si può trovare in grosse difficoltà nel mediogico e, salvo qualche grossolano errore dell'avversario, si rischia di perdere la partita (2).

In queste situazioni, azionare (e, soprattutto, argomentare con riferimento esclusivo al-) l'art. 2043 c.c. sarebbe un grave errore (??, secondo la notazione scacchistica) nella fase di apertura: occorre provare tutti gli elementi del fatto illecito, con particolare riguardo all'elemento soggettivo, costituito dal dolo o dalla colpa, ad esempio, del proprietario del manufatto. Nello stesso tempo, quest'ultimo potrà limitarsi ad una difesa meramente passiva. Non si deve quindi sciupare l'occasione di ribaltare l'onere della prova sulla controparte: fondando la domanda (in via principale o anche solo in via subordinata rispetto all'azione generale di danni) sull'art. 2051 c.c., che prevede una responsabilità di carattere oggettivo, sarà il convenuto a doversi attivare cercando di dimostrare (prova tra l'altro assai difficile) il caso fortuito (3).

Una bella differenza, dunque. Eppure, se andiamo a leggere la giurisprudenza, troveremo che spesso l'attore agisce cercando di ricollegare l'accaduto non alla cosa, ma ad una colpa (per lo più omissiva) del custode.

E' quindi il caso di ripetere che, una volta azionata la responsabilità ex art. 2051 c.c., occorre unicamente provare che "l'evento si è prodotto come conseguenza normale della particolare condizione, potenzialmente lesiva, posseduta dalla cosa" (4), e non anche che esso sia l'effetto dell'assenza di presidi antinfortunistici (5) o del suo carattere insidioso, ossia della imprevedibilità e invisibilità della cosa dannosa (ciò, in particolare, nei frequenti casi di buche, ostacoli o trabocchetti di qualunque tipo lungo il percorso) (6). Tra l'altro, il tentativo di far emergere la colpa del custode, dal punto di vista strategico, è una mossa perlomeno dubbia (!) in quanto l'avversario potrà cogliere al volo questa opportunità per assecondare la nostra linea difensiva, deducendo a sua volta l'assenza della colpa del custode, con lo scopo di congelare il *thema deducendum e probandum* nella versione a lui molto più favorevole della responsabilità per colpa.

Occorre poi considerare che il giudice, per qualificare la domanda, tiene conto delle argomentazioni difensive e non dei generici e formali richiami alle disposizioni di legge: è inutile citare l'art. 2051 c.c. se poi si imposta la difesa come abbiamo appena visto (7). Per quanto la differenza tra i due titoli di responsabilità sia chiara (in un caso il danno è provocato dalla cosa, nell'altro dal custode di essa) il rischio è anche quello di non accorgersi che muovendo (o muovendo soltanto) rimproveri al custode, la cosa degradi a mera occasione di danno quando invece ne è stata la causa. La nostra azione verrà dunque qualificata per quello che è con tutte le conseguenze, anche in tema di non modificabilità della domanda (se la responsabilità da cose in custodia non venisse neppure dedotta in via subordinata), che ci apprestiamo a considerare.

**1.1. Gli errori in fase di apertura si pagano cari (la novità della domanda in appello).**

Dall'esame della giurisprudenza si apprende che il danneggiato, avendo perso in primo grado, rivaluta i fatti e propone in appello una domanda ove l'argomentazione difensiva è mirata, questa volta, ad ottenere una condanna in forza dello speciale criterio di imputazione della responsabilità.

Recentemente, la cassazione è intervenuta per ben quattro volte sull'argomento rispolverando concetti più volte espressi

(\*) Lezione tenuta alla Scuola Forense Mauro De Andrè di Genova il 18.11.2014 nell'ambito del corso ordinario.

in precedenza. Evidentemente si tratta di un argomento sfuggente non solo, come vedremo, a chi agisce in giudizio, ma anche a chi si difende. Frequente è infatti l'eccezione di novità della domanda ex art. 2051 c.c. in appello allorché dall'esame degli atti, al di là dei richiami formali agli articoli di legge, si poteva capire che quello era il terreno arato fin dal primo grado dalle argomentazioni dell'attore (8); ed infine non mancano casi in cui, andando *ultra petitum*, le corti applicano l'art. 2051 c.c. (9)

Un caso dove l'errore in apertura ha condizionato l'intero processo è quello della minore, scivolata in prossimità di un gradino posto tra lo spogliatoio della piscina e il vano docce. I genitori, in primo grado, avevano dedotto come il pavimento fosse sdruciolevole perché bagnato e privo di tappetini antiscivolo, denunciando altresì l'assenza di personale addetto ad asciugarlo; nei successivi gradi di giudizio, lamentarono la mancata applicazione dell'art. 2051 c.c. (10) In un altro caso, la danneggiata era caduta a causa di un tombino malfermo collocato in una strada talmente dissestata da obbligare i pedoni a procedere in fila indiana. La corte d'appello ha ritenuto connotata dal requisito della novità la domanda formulata ai sensi dell'art. 2051 c.c., mentre la cassazione ha dichiarato infondata la censura relativa al profilo della novità della domanda perché nel ricorso non veniva specificato il tenore di quella originaria (11).

L'esatto contrario di quello che è successo con la sentenza dell'anno prima (12), ove l'attore aveva "enunciato in modo sufficientemente chiaro situazioni di fatto suscettibili di essere valutate come idonee, in quanto compiutamente precisate, ad integrare la fattispecie contemplata" dagli artt. 2050 e 2051 c.c. Non vi era quindi nessuna novità nella richiesta di condanna in base a tali speciali disposizioni trattandosi solo di qualificare la fattispecie alla luce di esse. La corte d'appello aveva quindi condannato il danneggiante non già in base all'art. 2043 c.c., invocato in primo grado, ma in base all'art. 2050 c.c.; la sentenza venne poi confermata sulla base di un "diverso apprezzamento delle stesse circostanze (e disposizioni normative) già tutte vagliate dal giudice di primo grado" (13).

Quest'ultima sentenza precisa come l'eventuale mutamento della regola di imputazione della responsabilità (2051 c.c. in luogo del 2043 c.c.) può avvenire sempre che non si fondi "sull'allegazione (o sulla considerazione) di circostanze diverse", pena la violazione del diritto di difesa.

In altre parole, la domanda in appello non è nuova se, valutata alla luce dell'istruttoria svolta in primo grado, non comporta la necessità di nuove indagini di fatto. Per converso, non pare ragionevole rimproverare il danneggiante per non avere provato il caso fortuito quando in primo grado, avendo agito l'attore ex art. 2043 c.c., nessuno lo aveva costretto a difendersi sul punto (14).

Il divieto della *mutatio libelli* in appello, e cioè la mutazione dei fatti costitutivi del diritto azionato (che finisce per cambiare la pretesa originaria) trova dunque fondamento nel rispetto del principio del contraddittorio e del doppio grado di giurisdizione. Essendo, questi, principi di ordine pubblico, la loro violazione è rilevabile d'ufficio (15).

## 2. Il concorso di colpa del danneggiato (attenzione ai pedoni avvelenati!)

Come visto, una volta fissato il *thema decidendum* e cristallizzato il titolo dell'azione in quello di cui all'art. 2051 c.c. "il convenuto, per liberarsi, dovrà provare l'esistenza di un fattore, estraneo alla sua sfera soggettiva, idoneo ad inter-

rompere quel nesso causale e, cioè, un fattore esterno (che può essere anche il fatto di un terzo o dello stesso danneggiato) che presenti i caratteri del fortuito e, quindi, dell'imprevedibilità e dell'eccezionalità." (16)

Il fatto del danneggiato è l'ipotesi più frequente che può dar luogo o ad un fortuito c.d. incidente, che esclude quindi la responsabilità del custode, o ad un fortuito c.d. concorrente, che diminuisce il risarcimento del danno. La compatibilità tra responsabilità ex art. 2051 c.c. e concorso di colpa del danneggiato ex art. 1227 c. 1° c.c. (richiamato dall'art. 2056 c.c.), si fonda sul principio per cui non può essere considerato danno risarcibile quello che ciascuno procura a se stesso (17).

Ma occorre fare chiarezza su di un punto che può ingenerare equivoci di non poco conto, come insegna la pronuncia richiamata alla nota 16. Si trattava di una caduta avvenuta all'interno dei locali della Pretura di Roma il cui pavimento era divenuto scivoloso per l'acqua piovana introdotta da chi vi faceva ingresso. Il Tribunale prima, e la corte d'appello poi, avevano ritenuto provata la caduta a causa del pavimento bagnato, ma anche che l'infortunato avrebbe dovuto accorgersi della "visibilissima" insidia (tanto più che era stata sparsa anche della segatura).

La corte di cassazione ha censurato il ragionamento dei giudici perché, rimproverando l'attore di scarsa attenzione e mancanza di accortezza, avevano fondato le loro decisioni come se questi avesse agito ai sensi dell'art. 2043 c.c., omettendo quindi di valutare se il suo comportamento fosse caratterizzato dalla eccezionalità e imprevedibilità tipica del fortuito.

"In altri termini" si legge nella motivazione, la corte d'appello "non ha affatto stimato se l'infortunato stesso avesse fatto un uso anormale della cosa, così singolare da non poter essere neppure prevedibile nella ordinarietà delle cose. Né ha valutato se il comportamento colposo del danneggiato, benché inidoneo da solo ad interrompere il nesso eziologico tra la causa, costituita dalla cosa in custodia, ed il danno, potesse, tuttavia, integrare un concorso colposo ai sensi dell'art. 1227, primo comma cod. civ., con conseguente diminuzione della responsabilità del danneggiante secondo l'incidenza della colpa del danneggiato." Come si è già visto, quindi, il criterio guida è quello della normalità dell'uso della cosa (18), incumbendo sul danneggiante la prova non della sua assenza di colpa, ma del fortuito.

Quanto appena detto dimostra non solo come la responsabilità per colpa, derivante dall'aver creato un'insidia per difetto di diligenza (es. nella manutenzione dei locali), venga confusa con la responsabilità oggettiva, derivante dal fatto della cosa, ma anche come vi sia una tendenza della giurisprudenza di merito a risolvere il problema addossando la colpa al danneggiato, nonostante questi abbia offerto la prova di aver subito il danno pur facendo un uso normale della cosa. Di pari passo s'incontra, inutile negarlo, non solo una certa riottosità a configurare il concorso di colpa (soluzione di compromesso che spesso è la più ragionevole da praticare in questi casi), ma anche una riluttanza a riconoscerlo ed ammetterlo da parte del danneggiato, quasi che la diminuzione del risarcimento venga vissuta alla stregua di una negata giustizia.

Emblematico è il caso già citato della minore caduta nel vano docce della piscina a causa del pavimento bagnato (19). Come visto, i genitori avevano evidenziato la condotta colposa della società sportiva, salvo poi dolersi in appello della mancata applicazione dell'art. 2051 c.c. e finendo per vedersi ridotta la po-

sta risarcitoria di quasi seimila euro. Ricorre in cassazione anche l'infortunata, ormai maggiorenne (20), lamentando, tra le altre, che la riduzione del *quantum* non poteva essere disposta in assenza di specifica "eccezione" da parte del danneggiante. La cassazione ha respinto il ricorso affermando che il concorso di colpa del danneggiato "non concreta un'eccezione in senso proprio, ma una semplice difesa" che "deve essere esaminata e verificata dal giudice anche d'ufficio..." anche quando "il danneggiante si limiti a contestare *in toto* la propria responsabilità". E così la nostra infortunata è stata condannata a cinquemiladuecento euro di spese, con un saldo passivo di milleseicento euro, oltre la parcella del proprio difensore. Oltre al parallelismo con gli scacchi ove l'inutile cattura di un semplice pedone, a volte, si paga a caro prezzo, viene in mente la favola di Esopo, *Il leone e la lepre*, il cui insegnamento è quello di non farsi sfuggire, per avere qualcosa di migliore, ciò che si ha sottomano (21).

#### Note:

(1) Se il nocumento non è stato causato dal dinamismo connaturato alla cosa, ma perché in essa è insorto un agente dannoso proveniente dall'esterno, il danneggiato dovrà provare l'esistenza di tale elemento che configura il fatto costitutivo della domanda. Sul punto cfr. Cass. 16.02.2001, n. 2331, Est. Perconte Licatense, *Falcioni c. Sas Sevenpan di B. Martini*, ove l'attore aveva affermato di essere caduto da una scala per la presenza di materiale scivoloso sui gradini. Resta poi al giudice di merito, prosegue la massima, "valutare se la cosa, nella sua globalità e non nelle singole parti specificamente pericolose, sia potenzialmente lesiva e perciò se l'evento verificatosi ne è conseguenza normale - che, in quanto tale, non può esser modificato dal danneggiato in corso del giudizio, come nel caso in cui il medesimo successivamente attribuisca invece la sua caduta all'intrinseca pericolosità dei gradini perché non adeguatamente visibili." Sulla responsabilità del titolare di un supermercato per i danni subiti da terzi a causa del pavimento del locale reso scivoloso dal versamento di liquidi cfr. Cass. 15.11.1996, n. 10015, Est. Sabatini, *Martini c. CAR Supermercati S.p.A.* secondo cui "la responsabilità per danni da cose in custodia è presumibile *juris tantum* in capo al custode, ai sensi dell'art. 2051 cod. civ., senza che possa distinguersi fra cose intrinsecamente pericolose e cose suscettibili da divenire tali in forza di altri fattori causali."

(2) Nel volume *Kasparov insegna gli scacchi*, Mursia, 1987, la lezione n. 8 si intitola "Evitare i disastri in apertura"

(3) E' chiaro che, per una cauta difensiva, in situazioni ove ci sia il pericolo che la fattispecie possa non essere ricondotta al fatto della cosa, è bene dedurre entrambi i titoli di responsabilità, ancorché impostare la domanda sulla disposizione speciale non preclude di per sé la tutela in forza della regola generale di cui all'art. 2043 c.c. e ciò anche se ad essa non venga fatto espresso richiamo. Il problema si pone, casomai, nel caso opposto. Sulla natura oggettiva della responsabilità, cfr. tra le altre, Cass. 29.11.2006, n. 25243, *Zito c. Cond. Via Emery Genova*, est. Trombetta "in quanto si fonda sul mero rapporto di custodia, cioè sulla relazione intercorrente fra la cosa dannosa e colui il quale ha l'effettivo potere su di essa (come il proprietario, il possessore o anche il detentore) e non sulla presunzione di colpa, restando estraneo alla fattispecie il comportamento tenuto dal custode; a tal fine, occorre, da un lato, che il danno sia prodotto nell'ambito del dinamismo connaturale del bene, o per l'insorgenza in esso di un processo dannoso, ancorché provocato da elementi esterni, e, dall'altro, che la cosa, pur combinandosi con l'elemento esterno (come, nella specie, la strada resa scivolosa dall'elemento esterno costituito dalla neve divenuta ghiacciata), costituisca la causa o la concausa del danno; pertanto, l'attore deve offrire la prova del nesso causale fra la cosa in custodia e l'evento lesivo nonché dell'esistenza di un rapporto di custodia relativamente alla cosa, mentre il convenuto deve dimostrare l'esistenza di un fattore estraneo che, per il carattere dell'imprevedibilità e dell'eccezionalità, sia idoneo ad interrompere il nesso di causalità, cioè il caso fortuito, in presenza del quale è esclusa la responsabilità del custode (principio affermato in un caso in cui la caduta era avvenuta sulla rampa di accesso all'edificio condominiale resa scivolosa dalla neve). La tesi della responsabilità oggettiva, tesi avanzata da parte della dottrina secondo la quale la condotta del custode deve ritenersi estranea alla struttura normativa - tanto che si deve più correttamente parlare di "rischio da custodia" piuttosto che di "colpa nella custodia" -, è stata fatta propria dalla cassazione a partire dalla sentenza delle S.U. 11.11.1991, n. 12019, pronuncia richiamata nell'importante ed esaustivo *dictum* di cui a Cass. 20.07.2002 n. 10641, Est. Segreto, *Haas Windegger Erika c. Windegger Persich Herta* ove l'attrice era caduta da un varco presente in una parete della casa in fase di costruzione di proprietà della

cognata. Di questo precedente, che ha considerato il comportamento della vittima come concausa del danno, si parlerà più avanti con riferimento al concorso di colpa del danneggiato.

(4) Cass. 17.01.2008, n. 858, *Fidenzi c. Unipol*, Est. Bisogni, dove era stata ritenuta la responsabilità ex art. 2051 c.c. dei gestori di una palestra per i danni provocati da una *cyclette* difettosa. Per i casi di caduta dalle scale, si vedano: Cass. 01.04.2010, n. 8005, *Ferro c. Celesia*, Est. Spagna Musso, che non aveva ritenuto responsabile il titolare di un esercizio commerciale non avendo gli attori provato che la morte della propria congiunta era stata conseguenza normale della particolare condizione del locale ove era accaduto il sinistro; Cass. 05.04.2005, n. 7062, *Gentile c. Generali Ass.*, Est. Spirito, ove il danneggiato non aveva provato che le condizioni della scala esterna sulla quale era scivolato determinassero una sua intrinseca pericolosità; Cass. 13.02.2002, n. 2075, *De Antonis c. Cotral*, Est. Durante, ove si è affermato che il danneggiato deve provare che la caduta si è verificata nell'uso normale della scala per le specifiche condizioni di essa (nella specie il danneggiato non aveva provato la presenza di sostanze oleose su di una scala mobile); Cass. 22.07.1987, n. 6407, *Valenzi c. Kustermann*, Est. Rebuffat, per cui la cosa (una scala scarsamente illuminata e con alcuni gradini dissestati) deve essere considerata nella sua globalità e non nelle singole parti specificamente pericolose con la conseguenza che non è richiesta la prova della caduta da uno dei gradini deteriorati. Questa affermazione ha importanti riflessi in tema di allegazioni e prova dei fatti dedotti come precisato da Cass. 23.03.2011, n. *Mirisol c. Banco di Sicilia*, Est. Carluccio ove il giudice del merito, in un caso di caduta da una scala dovuta alla scivolosità del terreno, aveva valorizzato l'assenza di strisce antiscivolo emersa in sede di deposizione testimoniale. Pertanto, ancorché l'attore non possa "addurre dapprima l'esistenza di un elemento estrinseco e, nel corso del giudizio, quella di un elemento intrinseco (o viceversa) (Cass. 2331 del 2001)" qualora nel corso dell'istruttoria "emergano altre condizioni, intrinseche o estrinseche alla cosa in custodia, che si pongano come mere specificazioni della domanda, esse potranno essere esaminate dal giudice, non integrando un fatto costitutivo nuovo". Sui contrasti nella giurisprudenza meno recente circa l'applicazione dello speciale criterio di imputazione di responsabilità in caso di cadute su pavimenti o scale resi scivolosi da agenti esterni (rispettivamente da foglie di verdura e da salviettine sporche di gelato) cfr. Pizetti, *Nuovi profili della responsabilità per danno da cose in custodia ex art. 2051 c.c.*, in *Giur. it.*, 1998, 1382,

(5) Cass. 21.03.2013, n. 7125, *Hauser c. Min. Interno*, Est. Barreca, che in un caso di caduta da uno scalone monumentale a conformazione curvilinea e con gradini in pietra lucida privo di corrimano e di antiscivolo sulle pedane dei gradini, ha sancito che il soggetto danneggiato, il quale dia prova dell'evento dannoso, costituito dalla rovinosa caduta e delle peculiari condizioni della cosa, non deve anche dimostrare la mancanza di presidi antinfortunistici. Sul fatto che l'evento debba essere la conseguenza normale dell'utilizzo della cosa in rapporto alla sua condizione potenzialmente lesiva, cfr. anche Cass. 11.03.2011, n. 5910, Est. Massera, *Bendinelli c. Comune di Sassari*.

(6) Principio affermato da Cass. 09.11.2005, n. 21684, *Hotel Felicioni c. Di Lecce*, Est. Vivaldi, in un caso dove la cliente dell'hotel aveva unicamente dimostrato di essere caduta inciampando in una soglia posta sulla sommità di una delle scale dell'albergo, lievemente rialzata rispetto al livello, di colore uniforme, della restante superficie, ricadendo nella società alberghiera la prova del fortuito (comprensivo della condotta colposa della danneggiata). Più in generale, in materia di insidia stradale, cfr. da ultimo Cass. 22.10.2013, n. 23919, *Di Giovanpaolo c. Comune di Roma*, Est. D'Amico, per cui "l'ente proprietario d'una strada aperta al pubblico transito risponde ai sensi dell'art. 2051 cod. civ., per difetto di manutenzione, dei sinistri riconducibili a situazioni di pericolo connesse alla struttura o alle pertinenze della strada stessa, salvo che si accerti la concreta possibilità per l'utente danneggiato di percepire o prevedere con l'ordinaria diligenza la situazione di pericolo. Nel compiere tale ultima valutazione, si dovrà tener conto che quanto più questo è suscettibile di essere previsto e superato attraverso l'adozione di normali cautele da parte del danneggiato, tanto più il comportamento della vittima incide nel dinamismo causale del danno, sino ad interrompere il nesso eziologico tra la condotta attribuibile all'ente e l'evento dannoso (nella specie è stata esclusa la responsabilità ex art. 2051 cod. civ. atteso che il conducente danneggiato era a conoscenza dell'esistenza delle buche, per cui avrebbe dovuto tenere un comportamento idoneo ad evitarle)." Dello stesso tenore, Cass. 16.05.2013, n. 11946, *D'Aquino c. Comune di Genazzano*, Est. D'Amico, ciclista caduto per via di una grata senza alcune sbarre, ove si è affermato che "l'insidia stradale non è un concetto giuridico, ma un mero stato di fatto che, per la sua oggettiva invisibilità e per la sua conseguente imprevedibilità, integra una situazione di pericolo occulto. Tale situazione, pur assumendo grande importanza probatoria (...), non esime il giudice dall'accertare in concreto la sussistenza di tutti gli elementi previsti dall'art. 2043 c.c.. Pertanto, la concreta possibilità per l'utente danneggiato di percepire o prevedere con l'ordinaria diligenza l'anomalia, vale altresì ad escludere la configurabilità dell'insidia e della conseguente responsabilità della P.A. per difetto di manutenzione della strada pubblica (Cass. 13 luglio 2011, n. 15375)."

(7) Cfr. Cass. 21.06.2013, n. 15666, *Gerevini c. Comune di Cremona*, Est. Massera; Cass. 20.08.2009, n. 18520, *Cimmino Cacciuni c. Valtur Resorts Spa*, Est. Talevi, ove il genitore di una minore, la quale aveva riportato danni al viso per essere scivolata durante una lezione di ginnastica a bordo piscina, aveva impugnato la sentenza di rigetto invocando oltre all'art. 2043 c.c. anche gli artt. 2050 e 2051 c.c. senza peraltro evidenziare, in modo chiaro e specifico, di aver fatto valere in primo grado pure la responsabilità per attività pericolosa e per cosa in custodia, limitandosi a lamentare che in ordine a dette *causae petendi* il Tribunale aveva omesso di pronunciarsi. Sul principio secondo il quale "il potere-dovere del giudice può esercitarsi soltanto nell'ambito delle domande ritualmente proposte e del *thema decidendum* così delimitato", cfr. Cass. 23.05.2014, n. 11532, *Comune di Campomarino c. De Biase*, Est. Rossetti, precisazione inserita nell'ambito di una corposa motivazione che, incentrata sul problema della identificazione delle caratteristiche dei beni suscettibili di custodia, ha escluso dal novero di essi il mare territoriale nelle cui acque era annegato un bagnante, negando altresì che il lido marino (questo sì, suscettibile di essere custodito), dal quale proveniva la vittima, potesse essere considerato causa dell'evento costituendo invece la mera occasione di esso. Per un caso di caduta da una scala di cemento sita sull'arenile in corrispondenza di una strada comunale cfr. Cass. 26.11.2007, n. 24617, *Buffa c. Min. Economia e Fianze*, Est. Federico, con nota di GRIMALDI, *Sulla responsabilità civile della pubblica amministrazione per danni da uso del demanio marittimo*, in *Dir. mar.*, 2008, 973, pronuncia che ha rimandato al giudice del merito valutare "la valenza autonoma della scala come strumento indispensabile" per l'accesso all'arenile.

(8) Cfr. Cass. 14.11.2011, n. 23741, Est. Spirito, *Bellucci c. Comune di Roma*, che ha cassato la sentenza della corte d'appello, dichiarativa della inammissibilità del gravame fondato sul 2051 c.c., evidenziando come nel giudizio di primo grado le parti avessero dibattuto la questione e il comune di Roma si fosse difeso sul punto.

(9) Cfr. Cass. 23.06.2009, n. 14622, *Comune di Aiello Calabro c. Amendola*, Est. Amatucci, auto scontra un masso posto dietro una curva caduta dal costone soprastante la strada; l'atto di citazione, la sentenza di primo grado e lo stesso atto di appello erano incentrati sulla evocazione della responsabilità per colpa della pubblica amministrazione sotto i profili della imprudenza e negligenza: in particolare l'appellante aveva censurato la sentenza di primo grado per non aver ritenuto che il pericolo fosse occulto e che la p.a. versasse in colpa per non aver eliminato l'insidia. La corte d'appello, ciononostante, ha poi affermato la responsabilità della P.A. ex art. 2051 c.c.

(10) Cass. 25.02.2014, n. 4446, rel. Carleo, *Coppola c. Olimpia Sport srl e Aurora Ass.*, che ha quindi affermato come "il riferimento ad una concreta condotta colposa del danneggiante, contenuto nella domanda di risarcimento danni, esclude che la parte attrice abbia inteso richiamare la fattispecie della responsabilità da cose in custodia" e preclude "all'attore la possibilità di invocare, nei successivi gradi di giudizio, l'applicazione dell'art. 2051 c.c."

(11) Cass. 20.01.2014, n. 999, rel. Cirillo, *Vanacore c. Comune di Sorrento*, per cui la danneggiata avrebbe dovuto improntare il proprio comportamento alla massima prudenza essendo altamente prevedibile il rischio di cadere in ragione delle precarie condizioni della strada considerata nel suo complesso.

(12) Cass. 05.08.2013, n. 18609, rel. Amatucci, *Enel Servizi Srl c. Grosso ed altri*, ove un sessantatreenne, mentre si trovava a cavalcioni su di un ramo, morì folgorato a seguito del contatto accidentale del malleolo con un cavo in rame dell'elettrodoto dell'Enel posto ad otto metri dal suolo e a distanza non regolamentare dai rami dell'albero.

(13) Si trattava, in particolare, della distanza del ramo dal cavo elettrico inferiore alla misura prescritta dalla legge, dal fatto che non risultava provato che la vittima avesse utilizzato un'asta di ferro ad uncino per avvicinare a sé le punte dei rami, al fatto che l'Enel aveva provveduto a tagliarli dopo l'intervenuto decesso... Principio già enunciato da Cass. 22.02.2008, n. 4591, Est. Spirito, *Squillaci c. Comune di Troina*, che ha ritenuto l'invocazione della speciale responsabilità ex art. 2051 c.c. risolversi in una richiesta di diversa qualificazione giuridica del fatto (nella specie l'attore aveva fin dall'inizio riferito il danno all'azione causale svolta direttamente da dei ponteggi che avevano consentito l'accesso dei ladri all'immobile di sua proprietà).

(14) Principio richiamato successivamente anche dalla sentenza citata alla nota n. 10.

(15) Cfr. Cass. 20.08.2009, 18520. In primo grado, nel rito applicabile davanti al Tribunale, la correzione del tiro può avvenire con le memorie ex art. 183 c.p.c. Una precisazione successiva sarebbe inammissibile, così come sarebbe inammissibile una domanda nuova dopo l'udienza ex art. 320 c.p.c. in cui le parti sono state invitate dal giudice di pace a "precisare definitivamente i fatti" (Cass. 16.05.2008, n. 22454). Sempre con riferimento al di-

vieto della *mutatio libelli* cfr. Cass. 06.07.2004, n. 12329, *Cond. Via Bernabei c. Buffa*, Est. Trifone, con nota di PELLECCCHIA, *Responsabilità da custodia e mutatio libelli*, *Dir. giust.*, 2004, 34, ove si precisa che, per evitare di incorrere nel divieto in appello, la domanda ex art. 2051 c.c. deve proposta in primo grado perlomeno in via subordinata rispetto all'azione generale di danni. Sul punto cfr. anche Cass. S.U. 07.08.2001, n. 10893, *Pisanu c. Concessioni e Costruzioni Autostrade Spa*, Est. Varone, controversia nata a Genova per una insidia autostradale e relativa, tra le altre, alla deduzione della responsabilità ex art. 2051 c.c. addirittura in sede di legittimità, così come anche nel caso deciso da Cass. 12.06.2001, n. 7938, *Di Stefano c. Comune di Modena*, Est. Segreto. Va poi considerato, vista la diversità delle *causae petendi* tra azione ex art. 2043 c.c. e 2051 c.c., l'importante principio, ancorché nato da fattispecie del tutto differente, stabilito da Cass. 18.04.2000, n. 5065, *Henkel spa c. Colucci*, Est. Mileo in forza del quale "l'accoglimento della domanda in base ad una sola delle *'causae petendi'* fungibilmente poste a fondamento di essa non implica l'onere, per il vittorioso appellato, di proporre impugnazione incidentale per le *'causae petendi'* non esaminate, ne' di riproporre con espresse deduzioni le ragioni pretermesse, essendo sufficiente che ad esse non rinunci, esplicitamente o implicitamente, manifestando in qualsiasi modo la volontà di provocarne il riesame".

(16) Cass. 8 maggio 2008, n. 11227, Est. Spirito, *Angeletti c. Comune di Roma*. Ne è passata di acqua sotto i ponti, se si pensa che un caso analogo (donna che scivolò sul pavimento della banca reso viscido dall'acqua sgocciolata dagli ombrelli dei clienti ed incenerato il giorno prima) veniva inquadrato da Cass. 24.11.1979, n. 6148, *Credito Italiano c. Bardessono*, Est. Giuliano, nell'ambito dell'art. 2043 c.c. con conseguente onere a carico della danneggiata di provare "una condotta attiva od omissiva del personale dell'istituto di Credito che in concreto avesse reso scivoloso il pavimento." Considerato che il caso era nato proprio qui a Genova, vale la pena ricordare che la corte d'appello (la cui sentenza, del 17 febbraio 1977, Pres. Gallerani, Est. Perrazzelli, è pubblicata su *Giur. merito*, 1978, p. 21, con nota critica di CONRADO, *Su di un caso di pretesa responsabilità per il danno cagionato da cose in custodia*) aveva invece ritenuto operante lo speciale criterio di imputazione di cui all'art. 2051 c.c. confermando la sentenza di condanna dell'istituto di credito al risarcimento del danno diminuito di un quarto per il concorrente apporto della vittima. Una soluzione di buon senso che, precorrendo i tempi, contempera il principio dell'auto responsabilità con quello della responsabilità del custode trovando consensi solo trent'anni dopo! Come è stato osservato occorre mettere "in conto che l'opinione delle Corti può mutare nel tempo e che tale mutamento può essere previsto anche attraverso le decisioni dei giudici del merito in contrasto con le tendenze espresse dalla Cassazione" (FRANZONI, *La responsabilità oggettiva, Il danno da cose e da animali*, Cedam, 1998, 317).

(17) Cfr. la già citata Cass. 20.07.2002, n. 10641, che ha peraltro salvato la sentenza della corte d'appello, la quale aveva anch'essa argomentato in termini di insidia affermando un concorso di colpa della danneggiata nella misura del 70%, correggendone soltanto la motivazione in punto di diritto. Il principio per cui il concorso di colpa del danneggiato può inserirsi nel processo causale anche nell'ambito della responsabilità ex art. 2051 è stato di recente ribadito dalla già citata Cass. 22.01.2014, n. 999, Est. Cirillo, *Vanacore c. Comune di Sorrento* per la quale esso vale a maggior ragione ove si inquadri la fattispecie nel quadro dell'insidia stradale ex art. 2043 c.c. Anche se qui può interessare solo indirettamente, val la pena di ricordare la sentenza delle S.U. 17.02.1964, n. 351 ove veniva risolta, in senso positivo, la questione della ammissibilità del concorso di colpa nell'ipotesi di danneggiato incapace d'intendere e di volere, per minore età o per altra causa, in forza del brocardo "*quisque sua culpa damnum sentit non intelligitur damnum sentire*".

(18) Sul punto vedi *supra* e la giurisprudenza richiamata alla nota n.4.

(19) Cass. 25.02.2014, n. 4446, richiamata alla nota 10. Per alcuni esempi di concorso incidente, vedi, tra le altre, Cass. 01.06.10995, n. 6125, *Rossi c. Zurigo*, Est. Giuliano, ove l'attore aveva riportato danni scivolando sul pavimento di un albergo, con pavimento in gomma zigrinata, riservato ai carrelli e al personale di manovra, Cass.23.02.1983, n. 1394, *Angelici c. Comune di Terni*, Est. Giuliano, ove un minore era caduto nella tromba delle scale di un orfanotrofio dopo essersi arrampicato sulla ringhiera delle scale sporgendosi all'esterno.

(20) Il ricorso dei genitori è stato quindi dichiarato inammissibile.

(21) ESOPO, *Favole*, Newton Compton Editori, 2012, p. 165. Il Leone potrebbe comodamente catturare una lepre addormentata, ma vede passare un cervo e si mette al suo inseguimento. Lo perde e torna dalla lepre che nel frattempo è fuggita via. La favola termina con queste parole: "Così alcuni uomini, non contentandosi di guadagni giusti, ma inseguendo speranza di più grossi profitti, perdono senza avvedersene anche quello di cui sono già in possesso."

## *Cedu, diritto al processo e gratuito patrocinio: il caso dell'Italia*

**Chiara E. Tuo**

*Professore associato di Diritto dell'UE,  
Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Genova*

**Sommario:** 1. Premessa; - 2. Il diritto al gratuito patrocinio nella CEDU; - 2.1. Il diritto al gratuito patrocinio quale presupposto per l'esercizio effettivo del diritto a un processo equo; - 2.2. I requisiti di accesso al gratuito patrocinio in materia penale e civile; - 2.3. I limiti del controllo di ammissibilità al gratuito patrocinio rimesso alle competenti autorità nazionali: il caso *Santambrogio c. Italia*; - 2.4. Ammissione al gratuito patrocinio e scelta dell'avvocato; - 2.5. Qualità dell'assistenza legale prestata e obblighi di intervento dello Stato: i casi *Artico c. Italia*, *Sannino c. Italia e Anghel c. Italia*; - 2.6. Le fasi del processo coperte dal gratuito patrocinio; - 2.7. Il rimborso dei costi di legal aid; - 3. L'attuale sistema italiano di assistenza legale a spese dello Stato alla luce della CEDU: alcuni spunti di riflessione; - 3.1. Il quadro normativo di riferimento; - 3.2. Spunti di riflessione su eventuali profili di incompatibilità della disciplina vigente con la CEDU.

### 1. Premessa.

La trattazione del tema che mi è stato assegnato richiederebbe assai più tempo di quello entro cui limiterò il mio intervento. In effetti, un'esauriente esposizione dei contenuti del diritto al gratuito patrocinio secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) imporrebbe di dedicare un'analisi ben più approfondita alle invero molteplici pronunce con cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ("Corte EDU" o "Corte di Strasburgo") ha - in virtù di un attento apprezzamento delle circostanze connotanti il singolo caso concreto - chiarito in quali casi il diritto in questione può ritenersi, o meno, leso per effetto dell'operare dei sistemi nazionali di assistenza legale gratuita.

Al fine di dare conto dei più rilevanti chiarimenti offerti dalla Corte EDU e del loro impatto sul nostro ordinamento, pertanto, il presente contributo si propone: (i) di operare una ricostruzione, nelle sue linee essenziali, della giurisprudenza di Strasburgo sul contenuto e sui limiti del diritto al gratuito patrocinio, rivolgendo uno sguardo particolare alle decisioni che hanno riguardato l'Italia (§ 2); (ii) di utilizzare i principi e le indicazioni ritraibili da tale sintetica ricostruzione degli orientamenti interpretativi della Corte per proporre alcuni spunti di riflessione circa l'effettiva compatibilità con la CEDU dell'attuale disciplina italiana sull'assistenza legale a spese dello Stato (§ 3).

### 2. Il diritto al gratuito patrocinio nella CEDU.

#### 2.1. Il diritto al gratuito patrocinio quale presupposto per l'esercizio effettivo del diritto a un processo equo.

Il riferimento normativo in materia è rappresentato dall'art. 6 CEDU, che come noto consacra il diritto all'equo processo nei giudizi civili e penali.

Presupposto indefettibile per un effettivo godimento di tale diritto è, secondo l'elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU, la garanzia della "parità delle armi", vale a dire la possibilità, per ciascuna parte in causa, di stare in giudizio in condizioni che non la costringano a una posizione di sostanziale svantaggio rispetto all'altra.

Dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo si ricava che

il diritto al gratuito patrocinio (o all'assistenza legale gratuita o al *legal aid*) costituisce strumento di garanzia di un esercizio "concreto ed effettivo" dei diritti di difesa e di accesso alla giustizia quali estrinsecazioni del principio della parità delle armi; quindi, quali presupposti per un concreto ed effettivo esercizio del diritto all'equo processo.

Nella CEDU il diritto al gratuito patrocinio è espressamente contemplato dal par. 3, lett. (c) dell'art. 6 con specifico riferimento al solo processo penale; alla stregua di detta norma, ogni "accusato" ha diritto a "difendersi personalmente" o "con l'assistenza di un difensore di propria scelta e, se non ha i mezzi per pagare un difensore", a "poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia".

Solo per inciso, peraltro, merita precisare che la CEDU non è l'unica fonte di diritto internazionale a sancire tale diritto.

Esso si trova invero consacrato anche nel Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 (adottato nel contesto delle NU), all'art. 14, par. 3, lett. (d), la garanzia del cui rispetto è rimessa al Comitato dei diritti dell'uomo, che a tal fine trae ispirazione dalla giurisprudenza della Corte EDU, come in appresso sinteticamente richiamata.

Come ben noto, inoltre, i diritti sanciti dall'art. 6 CEDU si ritrovano nella Carta UE dei diritti fondamentali: il suo art. 47, infatti, afferma il diritto (i) a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, (ii) a un processo equo, pubblico e entro termini ragionevoli di tempo, (iii) a farsi difendere e rappresentare a spese dello Stato se ciò è necessario per fruire di un accesso effettivo alla giustizia.

Merita, infine, segnalare che il 20 dicembre 2012 è stato approvato il primo strumento di diritto internazionale specificamente dedicato al *legal aid*, e cioè, la risoluzione dell'Assemblea generale delle NU intitolata "*The UN Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems*", recante *standards* globali in materia *legal aid* sui quali dovrebbero fondarsi i sistemi nazionali di giustizia penale.

#### 2.2. I requisiti di accesso al gratuito patrocinio in materia penale e civile.

Fin qui si è detto del diritto all'assistenza legale gratuita nel processo penale. E, per ritornare all'art. 6 CEDU - al centro dell'intervento che mi è stato assegnato - occorre subito aggiungere che, secondo la Corte di Strasburgo, si è in presenza di un processo "penale" in ragione (i) della natura dell'illecito sanzionato, (ii) del rigore (in termini di modalità e durata) della pena applicabile e (iii) delle conseguenze cui è esposto il presunto responsabile sul piano personale (*Engel e a. c. Paesi Bassi*, 1976). È appena il caso di evidenziare, in proposito, che l'elaborazione di tale nozione autonoma può comportare che illeciti amministrativi o disciplinari integranti "illecito penale" ai fini dell'art. 6 CEDU ma non secondo il diritto interno dello Stato convenuto risultino non coperti dal sistema di assistenza legale gratuita congegnato dallo Stato convenuto medesimo.

Discorso diverso deve poi compiersi a proposito del processo civile, rispetto al quale la CEDU non obbliga gli Stati a garantire il gratuito patrocinio. Non ve ne è, infatti, menzione, nel par. 1 dell'art. 6 che (anche) a tale processo si riferisce. La Corte EDU, tuttavia, afferma che il diritto di accesso alla giustizia e, più in generale, il principio della parità delle armi deve essere effettivo anche in detto processo, talché l'assistenza legale si impone pure a favore di chi, essendo parte, non ha i mezzi necessari per pagare un difensore, sempre che ciò corrisponda agli interessi della giustizia. Condizione,

questa, ritenuta sussistente in ragione: (i) della complessità del caso sia dal punto di vista giuridico che fattuale ovvero (ii) della difficoltà che la parte abbia a rappresentare i propri interessi, come accade nel caso in cui il diritto interno prescrive di stare in giudizio con il ministero di un difensore (*Airey c. Irlanda*, 1979; *Santambrogio c. Italia*, 2004; *Steel e Morris c. RU*, 2005).

Tali condizioni ricalcano, in sostanza, quelle da soddisfare cumulativamente per l'accesso al gratuito patrocinio nel processo penale e che, giusta il disposto dell'art. 6, par. 3, lett. (c) (nonché dell'art. 14, par. 3, lett. (d) del Patto sui diritti civili e politici) si identificano (i) nell'insufficienza dei mezzi economici dell'imputato e (ii) nella conformità della concessione del beneficio agli "interessi della giustizia".

(i) La Corte EDU non ha fissato una definizione di "mezzi economici sufficienti".

Piuttosto, essa mostra di tener conto delle circostanze connotanti il caso concreto, precisando che spetta comunque agli Stati contraenti determinare la soglia minima: anche se è loro riconosciuto un certo margine di apprezzamento, questo non deve mai lasciare spazio a valutazioni di carattere arbitrario.

L'onere della prova circa l'insufficienza dei mezzi economici per pagare il difensore grava sempre sull'istante, anche se tale prova non è richiesta al di là di ogni dubbio. Secondo la Corte, sono sufficienti indicazioni ritraibili dalle dichiarazioni dei redditi e da altri elementi come, ad esempio, la circostanza che il richiedente si trovi da tempo in stato di detenzione (*Pakelli c. Germania*, 1983) oltre che l'assenza di circostanze inequivocamente di segno contrario.

Conviene aggiungere, inoltre, che le Linee guida delle NU del 2012 (e, in particolare, la "Guideline 1") evidenziano la necessità che tale test non sia applicato restrittivamente e che il beneficio sia concesso anche a soggetti che, pur superando le soglie minime di reddito, risultino tuttavia privi delle risorse per ricompensare un avvocato laddove si ricada in un'ipotesi cui il gratuito patrocinio sarebbe altrimenti applicabile e ciò sia richiesto nell'interesse della giustizia.

(ii) La seconda condizione richiesta dall'art. 6, par. 3, lett. (c) per la configurabilità del diritto al gratuito patrocinio consiste, come detto, nella conformità della concessione del beneficio agli "interessi della giustizia". Secondo la Corte EDU tale requisito ricorre in considerazione (a) della gravità del reato e della relativa sanzione, (b) della complessità del caso e (c) della situazione sociale e personale dell'imputato.

In relazione all'elemento *sub* (a), la Corte ha statuito che "quando è in gioco la privazione della libertà, gli interessi della giustizia richiedono in linea di principio che l'indagato sia assistito da un avvocato" (da ultimo, *Prezec c. Croazia*, 2009), essendo irrilevante che la privazione della libertà non sia destinata a protrarsi per un periodo di tempo eccessivamente lungo (*Benham c. RU*, 1996, dove l'incarcerazione massima prevista era di tre mesi). Se la sanzione non consiste nella privazione della libertà, la Corte considera le particolari circostanze del caso: la prospettiva di una multa di 15.000 Euro, ad esempio, non è stata ritenuta rilevante nel senso di qualificare come ingiustificato il diniego del gratuito patrocinio, atteso che gli istanti erano nella condizione di pagare detta somma e perché comunque non fronteggiavano il rischio dell'incarcerazione.

La circostanza *sub* (b) sussiste se, ad esempio, l'istante intende convincere il giudice nazionale a mutare una propria giurisprudenza consolidata (*Pham Hoang c. Francia*, 1992) ovvero in considerazione dell'ampio ventaglio dei possibili

esiti della controversia (*Quaranta c. Svizzera*, 1991). Il caso, viceversa, non può considerarsi "complesso" se la soluzione della questione non appare controversa dal punto di vista fattuale né giuridico, come si verifica ad esempio in alcuni giudizi in materia tributaria (*Barsom e Varli c. Svezia*, 2008). Ai fini dell'accertamento della situazione sociale e personale dell'imputato di cui *sub* (c), rileva (1) il suo grado di istruzione, (2) il suo retroterra sociale e (3) la sua personalità, fattori questi da valutarsi alla luce della complessità del caso (*Quaranta c. Svizzera*, 1991) e ai quali possono in taluni casi aggiungersi anche le difficoltà linguistiche dell'imputato medesimo (*Biba c. Grecia*, 2000).

La presenza di uno solo degli elementi di cui ai precedenti punti (a)-(c) integra la ricorrenza degli "interessi della giustizia" ai fini e per gli effetti dell'art. 6, par. 3, lett. (c) CEDU: così, ad esempio, se il ricorrente fronteggia il rischio dell'incarcerazione, la concessione del *legal aid* deve giudicarsi conforme agli "interessi della giustizia" anche se il caso non si configura come particolarmente complicato.

### 2.3. I limiti del controllo di ammissibilità al gratuito patrocinio rimesso alle competenti autorità nazionali: il caso *Santambrogio c. Italia*.

Nel vagliare la sussistenza dei requisiti di ammissibilità all'assistenza legale gratuita le autorità nazionali devono conformarsi a requisiti (i) di diligenza, nel senso che, ad esempio, devono motivare l'eventuale diniego (*Tabor c. Polonia*, 2006) e pronunciarsi comunque in tempo utile a consentire all'istante di difendersi (*Wersel c. Polonia*, 2011); (ii) di non arbitrarietà, nel senso che le decisioni sull'ammissibilità devono essere impugnabili e fondarsi su criteri chiari e pubblici (*Santambrogio c. Italia*, 2004, v. infra), oltre a dover essere possibilmente assunte da organi la cui composizione includa rappresentanti di diverse categorie come giudici, avvocati, pubblici funzionari, comuni cittadini; (iii) che prescindano dal merito della pretesa azionata, nel senso che l'ammissione al beneficio non può essere negata sulla base delle prospettive di successo della pretesa (*Aerts c. Belgio*, 1998); il discorso è diverso se la delibazione della fondatezza è compiuta dallo stesso legale che abbia assistito il richiedente nella precedente fase di giudizio (*Monnell e Morris c. RU*, 1987).

Deve, a questo proposito, menzionarsi il caso *Santambrogio c. Italia* (2004), concernente il sistema di gratuito patrocinio italiano (del 1932, vigente all'epoca dei fatti) in relazione al procedimento civile. La Corte, nell'escludere la violazione, da parte del nostro Paese, dell'art. 6, ha ribadito che spetta agli Stati decidere le modalità di attuazione delle obbligazioni derivanti dalla CEDU, precisando peraltro che un sistema di *legal aid* giurisdizionale non può funzionare senza l'adozione di un dispositivo che consenta di selezionare i casi suscettibili di beneficiarne. Secondo la Corte, un sistema che subordina l'ammissione al gratuito patrocinio (i) alla situazione finanziaria del richiedente o (ii) all'esito probabilmente favorevole della lite non è contrario alla CEDU. Nel caso concreto la situazione finanziaria del ricorrente era stata accertata di livello superiore alla soglia minima fissata per legge, di talché il rifiuto di ammetterlo al beneficio si fondava sulla legge dovendosi escludere che il sistema italiano lasciasse spazio a valutazioni discrezionali quanto alla determinazione dei soggetti ammessi a fruirne (par. 55).

### 2.4. Ammissione al gratuito patrocinio e scelta dell'avvocato. Il diritto al gratuito patrocinio non implica, secondo la Corte

EDU, quello di scegliere l'avvocato, anche se le indicazioni dell'istante non possono essere del tutto trascurate. Gli Stati possono pertanto porre limitazioni a tale scelta (*Croissant c. Germania*, 1992) anche in funzione delle qualifiche necessarie per patrocinare innanzi ai diversi organi giurisdizionali (*Meftah e a. c. Francia*, 2002; *Mayzit c. Russia*, 2005).

In particolare, il difetto di specializzazione dell'avvocato incaricato o la differenza di lingua da questi parlata rispetto all'assistito non significa di per sé violazione dell'art. 6 se il ricorrente non dimostra, rispettivamente, l'effettiva incompetenza del difensore (*Ramon Franquesa Freixa c. Spagna*, 2000) e la propria totale ignoranza della lingua dell'avvocato assegnatogli (*Lagerblom c. Svezia*, 2003).

### 2.5. Qualità dell'assistenza legale prestata e obblighi di intervento dello Stato: i casi *Artico c. Italia*, *Sannino c. Italia* e *Anghel c. Italia*.

L'avvocato incaricato, tuttavia, deve comunque prestare un'assistenza effettiva, e a questo proposito ricorre nelle pronunce della Corte EDU la contrapposizione tra la mera "nomina" del difensore, di per sé inidonea a garantire il godimento del diritto all'equo processo, e la prestazione, da parte del legale nominato, di un'assistenza reale e effettiva, che sola può fondare un esercizio, a sua volta reale e effettivo, del diritto in questione (*Artico c. Italia*, 1980).

In mancanza di un'assistenza legale così connotata, se tale carenza è manifesta e/o portata all'attenzione delle autorità competenti lo Stato ha l'obbligo di intervenire, ad esempio, mediante i magistrati competenti che possono segnalare l'errore o l'omissione al difensore affinché vi ponga tempestivo rimedio (altrimenti, in caso di errori minori e di mera insoddisfazione dell'assistito, data la natura indipendente della professione forense, lo Stato non è tenuto a intervenire sull'impostazione della strategia difensiva, che resta materia del rapporto tra l'assistito e il suo difensore: *Kamasinski c. Austria*, 1989).

Assumono particolare rilievo a questo riguardo:

(i) il caso *Artico c. Italia*, 1980 (oltretutto, la prima pronuncia della Corte EDU riguardante un caso in cui l'Italia ha rivestito il ruolo di parte convenuta), nel quale la Corte insiste sulla necessaria effettività del diritto all'assistenza legale gratuita e sull'obbligo di intervento dello Stato in sua mancanza: nel caso concreto il legale assegnato all'imputato aveva, sin dall'inizio, rifiutato di rappresentarlo adducendo altri incarichi e motivi di salute (1); ciò nonostante, le competenti autorità giudiziarie nazionali avevano ommesso di nominare un sostituto; di qui l'affermazione della Corte che se l'incaricato è impedito a prestare il servizio di assistenza e le autorità statali ne sono a conoscenza queste ultime hanno l'obbligo di imporgli l'adempimento dell'incarico ovvero di provvedere alla sua sostituzione;

(ii) il caso *Sannino c. Italia* (2006), nel quale nuovamente è trattato il profilo dell'effettività e della qualità dell'assistenza prestata dal legale e dei correlativi obblighi dello Stato se l'avvocato rimane inerte o presta un servizio non adeguato; nel caso concreto al ricorrente erano stati assegnati difensori d'ufficio diversi per ciascuna successiva udienza, sicché ciascuno di loro era impreparato alla difesa; quando, come in queste ipotesi, l'inadeguatezza dell'assistenza prestata è manifesta, la Corte afferma che la violazione dell'art. 6 CEDU sussiste pure in assenza di contestazioni da parte del beneficiario dell'istituto (principio questo che si trova applicato anche nella prassi del sopra ricordato Comitato delle NU per i diritti umani).

Si ha manifesta carenza del servizio di patrocinio gratuito in caso di assenza totale del difensore o di suo mancato compimento di funzioni basilari (*Falcao dos Santos c. Portogallo*, 2012) ovvero an-

cora di mancata osservanza di regole elementari e puramente formali come quelle relative alla proposizione dell'appello (*Czekalla c. Portogallo*, 2002).

Viene al riguardo in rilievo il recente caso *Anghel c. Italia*, 2013, concernente un giudizio in materia di rientro di minore rumeno che, secondo il ricorrente padre di questi sarebbe stato illecitamente trasferito in Italia dalla madre; la denunciata violazione (tra l'altro) dell'art. 6 CEDU contestata all'Italia è stata dichiarata sussistente dalla Corte in ragione delle gravi carenze che hanno inficiato l'erogazione dell'assistenza legale gratuita nei confronti del ricorrente; secondo la Corte, sebbene il lungo termine di ricorribilità in Cassazione della decisione del Tribunale minorile di Bologna (che aveva rifiutato il rientro del minore) portasse a escludere una responsabilità delle autorità italiane per il ritardo con cui avevano provveduto a trasmettere al ricorrente le informazioni relative ai tempi e ai modi di detto ricorso, lo stesso non poteva dirsi della "qualità" del servizio di assistenza legale prestato sia dal Ministero della Giustizia e dal competente Consiglio dell'Ordine degli avvocati sia dai difensori successivamente designati; questi ultimi, infatti, avevano fornito informazioni erronee, incomplete e contraddittorie quanto ai rimedi esperibili avverso la decisione contraria al rientro e quanto ai termini entro cui azionarli così, di fatto, precludendo al ricorrente di proporre tempestivamente l'impugnazione davanti alla Corte di Cassazione.

L'avvocato incaricato deve avere a disposizione tempo sufficiente a predisporre le difese dell'assistito (*Daud c. Portogallo*, 1984; *Bogumil c. Portogallo*, 2008). Se tale condizione non è rispettata le competenti autorità giurisdizionali statali devono assumere iniziative quali, ad esempio, il rinvio dell'udienza.

Viene, al riguardo, in rilievo il caso *Goddi c. Italia*, 1984, concernente un giudizio penale nel quale il difensore incaricato non aveva avuto a disposizione tempo sufficiente e mezzi adeguati a predisporre la difesa. Il ricorrente si trovava in carcere e nell'impossibilità di presentarsi di fronte alla Corte d'Appello, né poté comparire in giudizio il suo difensore, che non era stato informato della data dell'udienza; la Corte d'Appello aveva quindi incaricato un avvocato d'ufficio senza però rinviare la causa ad altra udienza per concedergli il tempo necessario a studiare il processo.

### 2.6. Le fasi del processo coperte dal gratuito patrocinio.

In base alla giurisprudenza della Corte EDU, il diritto all'assistenza legale nel processo penale deve essere assicurato in ogni fase, a partire dall'avvio delle indagini, atteso che in questo contesto si delinea l'impianto accusatorio sul quale poi si svolge il processo (*Salduz c. Turchia*, 2008; *Nechiporuk eYonkalo c. Ucraina*, 2011). L'accesso all'assistenza legale deve essere garantito all'indagato prima dell'interrogatorio da parte della polizia (*Salduz c. Turchia*, 2008): in mancanza, ritiene la Corte EDU che l'uso di dichiarazioni rese dall'indagato in sede di interrogatorio o durante altre attività investigative (come ad es. quelle di riconoscimento) senza l'assistenza legale è incompatibile con l'art. 6 CEDU. Addirittura, in certi casi l'assistenza legale si impone anche se l'interrogato dalla polizia non è indagato o imputato (*Nechiporuk eYonkalo c. Ucraina*, 2011) e magari è sentito solo in veste di testimone. Nello stesso senso, del resto, si esprimono anche le Linee guida NU.

### 2.7. Il rimborso dei costi di *legal aid*.

L'art. 6, par. 3 (c) non garantisce peraltro un'esenzione assoluta dai costi di *legal aid*: il rimborso delle spese di assistenza legale da parte del beneficiario non è, in altri termini, sempre considerato incompatibile con il diritto all'equo processo.

Secondo la Commissione EDU tale richiesta di rimborso da parte dello Stato non integra violazione dell'art. 6, par. 3, lett. (c) se, in seguito al giudizio, la situazione economica dell'imputato è migliorata e gli consente di far fronte a detti costi (*X c. Germania*, 1982).

D'altra parte, la richiesta di rimborso può violare l'art. 6 se: (i) l'ammontare dei costi è eccessivo (*Croissant c. Germania*, 1992) ovvero (ii) i termini del rimborso sono arbitrariamente fissati o irragionevoli (*Morris. c. RU*, 2002) ovvero (iii) non è stato compiuto alcun accertamento della situazione finanziaria del beneficiario al fine di assicurarsi che abbia registrato un effettivo miglioramento (*Orlov c. Russia*, 2011) o, ancora, (iv) risulta che la prospettiva della possibile richiesta di rimborso da parte dello Stato abbia inibito il soggetto avente i requisiti di ammissibilità al gratuito patrocinio dal farne richiesta (*Ognyan Asenov c. Bulgaria*, 2011).

### 3. L'attuale sistema italiano di assistenza legale a spese dello Stato alla luce della CEDU: alcuni spunti di riflessione.

#### 3.1. Il quadro normativo di riferimento.

Le norme fondamentali di riferimento in materia sono, naturalmente, (i) l'art. 24 Cost., che sancisce il diritto alla difesa e all'accesso alla giustizia anche per non abbienti, e (ii) l'art. 111 Cost., come novellato nel 1999, che ha conferito al principio dell'equo processo rango costituzionale.

All'attuazione di tali principi si è provveduto con (i) l. 29.3.2001, n. 134 e DPR 30.5.2002, n. 115 (TU spese di giustizia) nonché con (ii) D.lgs. 27.5.2005, n. 116 sul patrocinio a spese dello Stato nelle controversie transfrontaliere, attuativo della direttiva 2003/8/CE.

Il sistema italiano di patrocinio a spese dello Stato può, nel complesso, dirsi conforme all'art. 6 CEDU e alle indicazioni che la Corte EDU, nell'interpretarlo, ha impartito; esso, infatti, copre: 1) il diritto di scegliere il difensore nell'ambito degli appositi elenchi ex art. 80 del DPR n. 115/2002 (2);

2) gli onorari e le spese (i) del consulente tecnico e, nell'ambito del procedimento penale, anche (ii) dell'investigatore privato; 3) a seguito della sentenza Corte cost. n. 254 del 6.7.2007, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 102 TU, il diritto di nominare un proprio interprete a favore dello straniero che non conosce la lingua italiana e che sia stato ammesso al patrocinio a spese dello Stato;

4) in materia di immigrazione, i procedimenti di espulsione, a prescindere dalla condizione di reddito dello straniero (art. 142 TU). Inoltre, come raccomandato (anche) dalle Guidelines delle NU, nel processo penale è ammessa la deroga alla soglia reddituale (art. 76 TU):

1) per la persona offesa dai reati di cui agli artt. 609-bis, 609-quarter e 609-octies cod. pen. (vittime dei reati di violenza sessuale, atti sessuali con minorenni e violenza sessuale di gruppo);

2) per la vittima dei reati di maltrattamenti ai danni di familiari o conviventi e di *stalking*.

#### 3.2. Spunti di riflessione su eventuali profili di incompatibilità della disciplina vigente con la CEDU.

Ciò non di meno, come detto, si vogliono offrire alcuni spunti di riflessione circa la compatibilità con la CEDU dei seguenti profili connotanti l'attuale disciplina italiana sul patrocinio a spese dello Stato.

(i) **I limiti reddituali.** La norma base è quella di cui all'art. 76 TU, ma per il penale operano i correttivi dell'art. 92 dello stesso TU. Se si considera che all'interno di tale limite confluiscono tutti i redditi dei familiari conviventi con il richiedente, compresi i "redditi" derivanti dall'assegno di mantenimento o dall'assegno

alimentare, non è difficile immaginare che spesso tale limite possa essere superato anche da chi si trova comunque in condizioni di estrema indigenza: a queste persone, troppo "povere" per potersi permettere di pagare un avvocato, e troppo "ricche" per essere ammesse al patrocinio a spese dello Stato, potrebbe, di fatto, risultare negato il diritto alla parità delle armi e, quindi, a un processo equo sancito dalla CEDU.

È poi noto che nel solo ambito del patrocinio a spese dello Stato nel processo penale, l'art. 92 del TU prevede, altresì, che nel caso vi siano altri familiari conviventi con il richiedente, alla soglia reddituale per poter accedere al beneficio (oggi € 11.369,24) si sommano € 1.032,91 per ciascun familiare. Ciò vale, però, solamente nell'ambito del processo penale e comunque la somma di € 1.032,91 non è stata oggetto del recente adeguamento Istat, previsto invece per il limite reddituale base. Anche a questo proposito può porsi l'interrogativo circa la compatibilità con l'art. 6 CEDU della mancata previsione di alcun, anche minore, innalzamento della soglia reddituale per il richiedente nel processo civile almeno in relazione a certe controversie (in materia, ad esempio, di *status*, responsabilità genitoriale o che, in generale, riguardano i minori).

Probabilmente una possibile via per non incorrere in violazione dell'art. 6, soprattutto con riferimento al processo civile, è quella ritraibile dal caso *Santambrogio* (*supra*, punto 2.3) nella parte in cui la Corte EDU ha escluso la responsabilità dell'Italia in quanto la situazione finanziaria del ricorrente era stata valutata dall'ufficio del gratuito patrocinio non limitandosi a una mera verifica reddituale del ricorrente e dei suoi familiari conviventi ma aveva tenuto in considerazione anche circostanze ulteriori quali il fatto che il ricorrente medesimo aveva potuto remunerare personalmente un difensore nel precedente grado di giudizio e in altra procedura. Nel senso dell'esclusione di automatismi e della necessità di tener conto della fattispecie concreta si è, del resto, espressa di recente Cass. pen. n. 18591/2013.

(ii) **La riduzione dei compensi degli avvocati, degli ausiliari del magistrato e del CTP.** L'art. 1, comma 606 della legge di stabilità 2014 (del 27.12.2013, n. 147) ha introdotto l'art. 106-bis nel DPR 115/2002, ai sensi del quale «Art. 106-bis. - (Compensi del difensore, dell'ausiliario del magistrato, del consulente tecnico di parte e dell'investigatore privato autorizzato). - 1. *Gli importi spettanti al difensore, all'ausiliario del magistrato, al consulente tecnico di parte e all'investigatore privato autorizzato sono ridotti di un terzo*».

Tali compensi erano già stati ridotti, per gli avvocati (sia per il settore civile, sia per quello penale) del cinquanta per cento dall'art. 9 del D.M. 20 luglio 2012, n. 140, che peraltro oggi è sostituito, con riferimento al processo penale, dalla sopra menzionata disposizione della legge di stabilità 2014. Ci si chiede se per effetto di simile decurtazione il numero degli avvocati, ma anche degli ausiliari del magistrato e dei consulenti di parte disposti ad assumere incarichi giudiziali possa registrare una drastica riduzione, con grave pregiudizio per le concrete possibilità di difesa del cittadino.

È ben noto che, con ord. n. 270 del 2012, la Corte Costituzionale ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale rispetto all'art. 3 Cost. sollevata con riferimento alla norma (art. 120 TU) che riduce(va) alla metà il compenso per i soli difensori nel processo civile, statuendo che la disciplina relativa ai non abbienti risponde a interessi pubblicistici e che nel dettare le norme processuali, nel cui novero sono comprese anche quelle in materia di spese di giustizia, il legislatore gode di ampia discrezionalità; con la medesima ordinanza, la questione di legittimità costituzionale è stata dichiarata infondata anche rispetto all'art. 117, comma 1 Cost. (oltre che al-

l'art. 24 e all'art. 111) in ragione della loro "derivazione dalla affermata violazione del principio di uguaglianza", per l'appunto ritenuta non sussistente. Ci si chiede, tuttavia, se a questa risposta la Consulta non sia giunta un po' troppo frettolosamente e se, a una più meditata riconsiderazione del profilo di illegittimità fondato sull'art. 117, comma 1, non potrebbe pervenirsi a conclusioni di opposto tenore.

**(iii) L'ambito di applicabilità del gratuito patrocinio nel processo civile a confronto con quello nel processo penale.** Ai sensi dell'art. 120 TU, la parte ammessa al patrocinio gratuito rimasta soccombente nel giudizio civile non può giovare dell'ammissione per proporre impugnazione salvo che per l'azione di risarcimento del danno nel processo penale.

Nel processo penale la liquidazione del compenso del difensore (e del CTP) è esclusa ex art. 106 TU solo per le impugnazioni che siano dichiarate inammissibili.

Preferibile allora è accedere a una interpretazione dell'art. 120 citato - come la prassi di alcuni Consigli dell'Ordine, quello genovese incluso, e Uffici Giudiziari sembra confermare - nel senso di consentire in sede di impugnazione nel processo civile una nuova valutazione sulla richiesta di ammissione al patrocinio, che valga per il giudizio di impugnazione e che parametri il vaglio di merito alle ragioni che hanno sorretto la decisione di prime cure nonché ai motivi sollevati nell'atto di appello o nel ricorso per Cassazione.

Il patrocinio a spese dello Stato non è previsto nei casi in cui le parti procedano in via stragiudiziale nel tentativo di trovare un possibile accordo transattivo. Ci si chiede come tale esclusione possa conciliarsi con l'art. 6 CEDU nella specifica declinazione del diritto di accesso alla giustizia nei casi in cui la mediazione sia condizione di procedibilità del giudizio, atteso che ai sensi dell'art. 17, comma 5-bis del d. lgs. 28/2010 la parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio non deve alcuna indennità all'organismo di mediazione, ma nulla è disposto riguardo agli onorari dell'avvocato la cui assistenza, nei menzionati casi di mediazione, è obbligatoria.

Si segnala, inoltre, l'orientamento della giurisprudenza legittimità secondo cui l'ammissione al gratuito patrocinio nel processo civile non comporta che siano a carico dello Stato le spese che l'assistito sia condannato a pagare all'altra parte risultata vittoriosa perché gli onorari e le spese sono solo quelli dovuti al difensore della parte ammessa al beneficio (Cass., ord. del 19.6.2012, n. 10053, ripresa da sent. 10.12.2012, n. 22381 e da sent. 11.11.2013, n. 25295).

Ci si chiede se tali limitazioni possano dirsi compatibili con l'art. 6 CEDU in considerazione della loro possibile idoneità a dissuadere il potenziale legittimato al patrocinio a spese dello Stato dal farne richiesta.

**(iv) La valutazione dell'ammissibilità del gratuito patrocinio del processo civile.**

Ai sensi dell'art. 126 TU l'ammissione al beneficio è subordinata alla sussistenza delle condizioni di reddito e all'accertamento "se le pretese che l'interessato intende far valere non appaiono manifestamente infondate" con la precisazione che "se il Consiglio dell'Ordine respinge o dichiara inammissibile l'istanza, questa può essere proposta al magistrato competente per il giudizio, che decide con decreto". Ai sensi dell'art. 122 TU l'istanza di ammissione (da presentarsi direttamente da parte dell'interessato o del difensore) contiene, a pena di inammissibilità, le enunciazioni in fatto e in diritto utili a valutare la non manifesta infondatezza della pretesa che si intende far valere, con la specifica indicazione delle prove di cui si intende chiedere l'ammissione.

Atteso che ai sensi dell'art. 124 TU l'istanza si presenta al Consiglio dell'ordine, è a tale organo che, ex art. 126 TU, spetta la delibazione sulla non manifesta infondatezza. Vero è che la Corte EDU, nel caso *Santambrogio*, si è espressa nel senso della compatibilità con l'art. 6 del sistema italiano di valutazione dell'ammissibilità delle richieste di ammissione al gratuito patrocinio nel giudizio civile. Ma tale affermazione si riferiva, come visto, alla disciplina del 1932 (RD n. 3282), vigente all'epoca dei fatti di causa e ai sensi della quale la delibazione di fondatezza della pretesa era rimessa a organo diverso dal Consiglio dell'ordine degli avvocati. Osservava, infatti, la Corte che in base a detto sistema "gli uffici del gratuito patrocinio giurisdizionale istituiti presso ogni tribunale, Corte d'appello e Corte di cassazione che esaminano le domande relative ai casi presentati davanti alla giurisdizione interessata ... sono presieduti da un magistrato della sede di ognuna di queste corti scelto dal presidente della Corte di cassazione o della Corte d'appello [che] il cancelliere capo è segretario dell'ufficio, che comprende parimenti un funzionario scelto dal pubblico ministero, il presidente del Consiglio dell'Ordine degli avvocati oppure da un altro avvocato nel caso in cui il presidente abbia un impedimento (articolo 5)". Ci si chiede se la Corte giungerebbe alle medesime conclusioni anche rispetto all'attuale sistema.

In ogni caso, tenuto conto della giurisprudenza EDU, alla conclusione della manifesta infondatezza della pretesa non pare dovrebbe giungersi in presenza di casi che denotino una qualche complessità in fatto o in diritto anche se, in base alla legge, non richiedono l'assistenza obbligatoria di un avvocato.

**(v) Recupero delle spese.**

Nel processo penale ai sensi dell'art. 111 TU sono recuperate nei confronti dell'imputato le spese di cui all'art. 107 TU (anticipate dallo Stato) nel solo caso di revoca dell'ammissione al gratuito patrocinio ex art. 112 TU.

Nel processo civile è stabilita, ex art. 134 TU, la rivalsa dello Stato in caso di vittoria o di composizione della lite che pongano la parte ammessa al gratuito patrocinio in condizione di restituire le spese. In particolare, la rivalsa copre (i) le spese anticipate e prenotate se la parte ammessa ha conseguito almeno il sestuplo delle spese in virtù della sentenza o della transazione o se ha rinunciato all'azione o il giudizio si è estinto; (ii) le spese anticipate a prescindere dalla somma o dal valore conseguito.

L'interrogativo che può porsi è se la disposizione di cui sub (ii) non sia idonea a inibire il soggetto avente i requisiti di ammissibilità all'assistenza legale a spese dello Stato dal farne richiesta; in ogni caso, pare se ne debba favorire un'applicazione che, in conformità alla giurisprudenza CEDU, subordini la rivalsa dello Stato all'accertamento dell'effettivo miglioramento della situazione economica della parte ammessa.

Note:

(1) Il ricorrente venne ammesso al beneficio dell'assistenza giudiziaria con decisione del presidente della seconda sezione penale della Corte di cassazione emessa in data 8 agosto 1972; l'avvocato ivi designato scrisse al ricorrente una lettera, datata 8 settembre 1972, in cui gli significava, adducendo motivi di salute, di non voler assumersi l'incarico e gli consigliava di nominare un avvocato di fiducia, di cui gli suggeriva il nome. Da quel momento l'Artico intraprese una lunga serie di passi - rimasti tutti senza esito - particolarmente presso il Presidente della seconda sezione penale e il Procuratore generale, reclamando la sostituzione dell'avvocato, nonché l'applicazione di sanzioni disciplinari a suo carico.

(2) Come avviene soltanto anche in Germania, Francia e Olanda.

## Il trasporto marittimo delle merci pericolose

**Filippo Maria Torresi**

Avvocato, Foro di Genova

Dottore di ricerca in Diritto dei trasporti

**Sommario:** 1. *Le fonti normative* - 2. *La disciplina del Codice della navigazione sul trasporto delle merci pericolose* - 3. *La Convenzione di diritto internazionale uniforme sul trasporto delle merci pericolose* - 4. *Le facoltà concesse al vettore; suoi presupposti e le conseguenze derivanti dal loro esercizio; distribuzione dell'onere della prova ed onere da responsabilità* - 5. *Ancora sulla responsabilità del caricatore nel trasporto marittimo di merci pericolose: la teoria della "failure to warn"* - 6. *La complessa disciplina uniforme di riferimento per il trasporto marittimo delle merci pericolose: l'IMDG Code; integrazione con l'accordo ADR.*

### 1. Le fonti normative.

Nell'ambito dell'ordinamento italiano esiste una pluralità di fonti normative relative alla disciplina del trasporto marittimo. i) Preliminarmente, la disciplina normativa del Codice della navigazione (1), comprensiva sia della normativa sostanziale del fenomeno *de quo* sia delle regole di diritto internazionale privato in virtù delle quali è possibile determinare i casi in cui risulta applicabile l'ordinamento italiano o un ordinamento straniero. Invero, come è noto, le scelte fatte dai legislatori internazionale e comunitario nel senso della svalutazione della legge della bandiera rispondono ad una logica favorevole a localizzare il contratto di trasporto marittimo nell'ambito di ordinamenti ad esso effettivamente collegati da vincoli sostanziali, propendendo per altri criteri di collegamento rivolti a privilegiare la sede del vettore ed il luogo di esecuzione del trasporto (nella duplice connotazione di luogo di partenza e luogo di destinazione). Innanzitutto, è necessario premettere che la Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali intende porre una uniforme normativa di diritto internazionale privato, a livello comunitario, ponendo essa stessa delle norme di conflitto, in ragione del fatto che le soluzioni contenute nel diritto internazionale privato per risolvere i conflitti di legge in materia contrattuale sono di origine nazionale e, quindi, vi è una gran diversità tra le scelte compiute dai vari ordinamenti, diversità che, inevitabilmente, introduce elementi di incertezza ed imprevedibilità. In Italia, l'art. 57 della legge 31 Maggio 1995, n. 218 di "Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato" rinvia espressamente alla Convenzione in questione, stabilendo che i contratti con elementi di internazionalità sono disciplinati "in ogni caso" dalla Convenzione di Roma del 19 Giugno 1980. All'art. 3, la Convenzione pone come principio primario quello della libertà riservata all'autonomia privata nella scelta della legge applicabile al contratto ("Il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti. La scelta dev'essere espressa, o risultare in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze..."), stabilendo poi, all'art. 4, che, in mancanza di scelta, il contratto sarà regolato dalla legge del Paese con il quale esso presenta il collegamento più stretto (2) con la presunzione che tale collegamento sussista con il Paese di residenza abituale del prestatore caratteristico. Tale presunzione espressamente non vale per il contratto di trasporto di merci: si presume che questo contratto (precisamente di *charterparty*) presenti il collegamento più stretto col Paese in cui il vettore ha la sua sede principale al momento della conclusione del contratto, a condizione che tale Paese coincida

con quello in cui si trova il luogo di carico o di scarico o la sede principale del mittente (da questa previsione possiamo anche dedurre che è decisamente esclusa ogni rilevanza della legge della bandiera). In mancanza di queste ultime circostanze, così come quando dal complesso delle circostanze risulta che il contratto presenta un collegamento più stretto con un altro Paese, riprenderà il suo vigore la regola principale, per cui sarà necessario per il giudice determinare quale sia il Paese con cui il contratto è più strettamente legato. Il requisito del legame più stretto ha posto parecchie incertezze interpretative, per cui si sono avute soluzioni divergenti in giurisprudenza, la quale ha talvolta ritenuto rilevante il tradizionale luogo di conclusione del contratto di trasporto, talaltra il luogo di destinazione delle merci da trasportare. E' chiaro che, in presenza di diversi criteri di collegamento non coincidenti, risulta difficilmente localizzabile la prestazione caratteristica. La giurisprudenza e la dottrina hanno preferibilmente considerato più significativo il luogo di presa in carico delle merci, piuttosto che il luogo di consegna, in quanto luogo di inizio del periodo contrattuale (3). Questa situazione di incertezza nella determinazione della legge applicabile ai *charterparties* in assenza della scelta delle parti rischia di favorire l'applicazione della *lex fori* piuttosto che della legge che risulti più idonea a regolare il contratto. In occasione della sostituzione della Convenzione di Roma (4), il Regolamento n. 593/08, detto Roma I (5), ha confermato le scelte della Convenzione di Roma relative alla libertà di scelta della legge applicabile ai trasporti marittimi e alla irrilevanza della legge della bandiera, introducendo d'altra parte alcune modifiche. L'art. 3 del Regolamento stabilisce che, in tema di contratti di trasporto, ferma restando la libertà di scelta e la prevalenza della legge designata dalle parti, "la legge applicabile è quella del Paese di residenza abituale del vettore, a condizione che il luogo di ricezione o di consegna o la residenza abituale del mittente siano anch'essi situati in tale Paese"; nel caso in cui nessuno di tali ultimi criteri di collegamento coincida con la sede del vettore, per evitare le incertezze che si erano venute a creare nel vigore della Convenzione, è previsto espressamente che si applicherà la legge del Paese in cui si trova il luogo di consegna convenuto dalle parti (art. 5 par. 1, che ha sostituito la formula "luogo di scarico"), fatta sempre salva la possibilità per il giudice, se ritiene che dal complesso delle circostanze il contratto presenti collegamenti manifestamente più stretti "con un Paese diverso da quello indicato ai paragrafi 1 o 2", di applicare la legge di quest'ultimo (art. 5 par. 3). Riprendendo ciò che abbiamo detto all'inizio di questo capitolo relativamente alle caratteristiche dei contratti di *charterparty*, è facilmente intuibile, data la particolare incidenza che l'autonomia privata ha per questi tipi contrattuali, che l'importanza dei criteri di collegamento appena individuati appare piuttosto marginale, in quanto i *charterparties* normalmente prevedono già quale sia la legge applicabile e forniscono una disciplina del rapporto di per sé completa che il più delle volte non necessita di integrazioni tramite rinvio ad un'altra legge da individuare attraverso quei criteri di collegamento. A riconferma dell'ampia autonomia di cui le parti godono nella conclusione di un *charterparty*, sia la Convenzione di Roma sia il Regolamento Roma I consentono loro non soltanto, in qualsiasi momento, di sottoporre il contratto ad una legge diversa da quella che lo disciplinava in precedenza, ma anche di scegliere diverse leggi applicabili ad aspetti diversi del *charterparty* (cosiddetto "frazionamento"), di modo che ciascuno sia regolato dalla legge più conforme ai loro interessi. E' opportuno ricordare, infine, che i contraenti di un *charterparty* hanno altresì la facoltà, tramite l'inserimento di una clausola *paramount*, di applicare il

sistema normativo della Convenzione di Bruxelles, estendendone così l'ambito di applicazione (dal quale i *charterparties* sono esclusi per disposizione espressa). ii) Inoltre, il sistema di diritto uniforme delle c.d. Regole dell'Aja rispettivamente introdotto nel nostro sistema giuridico in virtù (i) della L. 19 luglio 1929, n. 1638 (che ha convertito il corrispondente R.D. 6 gennaio 1928), per quanto riguarda l'originario testo della Convenzione di Bruxelles del 1924 relativa all'unificazione "di alcune regole in materia di polizza di carico (6)" oltreché (ii) delle leggi 12 giugno 1984, n. 243 e 244, con riferimento alle integrazioni e modifiche apportate alla Convenzione di Bruxelles del 23 febbraio 1968 (il c.d. Protocollo di Visby) ed in virtù dell'ulteriore Protocollo di Bruxelles del 21 dicembre 1979 (7). iii) Infine, la normativa prevista nelle Regole di Amburgo del 1978 (8) che, elaborata nell'ambito delle Nazioni Unite (ed in particolare nell'ambito dell'U.N.C.T.A.D. (9)) su iniziativa e pressione dei Paesi in via di sviluppo, prevede un ulteriore sistema di diritto uniforme, che - nelle intenzioni dei redattori - avrebbe dovuto essere destinato a sostituire la disciplina delle Regole dell'Aja. Sistema che è stato oggetto della legge italiana (la 1. 25 gennaio 1983, n. 183) relativa all'adesione ed all'esecuzione della Convenzione delle Nazioni Unite sul trasporto di merci per mare. Quest'ultima normativa, peraltro, non è ancora entrata in vigore nell'ambito dell'ordinamento italiano, ancorché sia entrata in vigore nell'ambito dell'ordinamento internazionale il 1° novembre 1992 (essendo stato raggiunto in tale data il numero minimo di ratifiche previste al riguardo dall'art. 30; e cioè, le ratifiche da parte di almeno venti Stati. Ciò in quanto, a tutt'oggi lo Stato italiano non ha ancora provveduto a depositare lo strumento di ratifica relativo a tale Convenzione. Peraltro, qualora (ma ciò - come meglio si vedrà nel prosieguo del presente lavoro - appare ormai improbabile) tale normativa dovesse entrare in vigore e divenire operante anche nell'ambito dell'ordinamento italiano, essa sarebbe destinata a sostituirsi interamente al (prevedendo anche la relativa denuncia del) sistema di diritto uniforme delle c.d. Regole dell'Aja (10). Nel fornire un sia pur sintetico quadro delle fonti in materia di trasporto marittimo, non si può non dare conto della nuova Convenzione di Rotterdam, basata su un progetto elaborato dal Comité Maritime International (CMI) (11) e poi sviluppato dall'UNCITRAL (12): la contemporanea presenza di quattro diversi regimi di diritto materiale disciplinanti il fenomeno *de quo* (13) ha infatti comportato un progressivo decremento del grado di uniformità del regime di responsabilità del vettore marittimo e ha condotto l'Executive Council del CMI ad offrire la propria collaborazione all'UNCITRAL ed a costituire una commissione internazionale la quale ha elaborato un progetto di convenzione sul trasporto marittimo (in parte, regolante anche le tratte anteriori o successive alla fase marittima di un più ampio trasporto multimodale) (14) che è stato trasmesso all'UNCITRAL l'11 dicembre 2001 e successivamente sottoposto all'esame del Working Group III "on transport law". Tale Working Group III nel corso del 2007 ha completato la terza lettura del progetto (15) che è stato discusso dalla Commissione nel corso del 2008 e definitivamente approvato dall'Assemblea Generale dell'ONU l'11 dicembre 2008 con il nome di "Rotterdam Rules". La nuova Convenzione è stata quindi aperta alla firma il 23 settembre 2009, è attualmente sottoscritta da 20 Paesi (16) e - qualora dovesse riscuotere l'atteso successo di adesioni (17) - dovrebbe sostituire definitivamente le predette convenzioni internazionali sul trasporto marittimo attualmente in vigore (18). I contenuti e le caratteristiche del sistema di diritto uniforme (sia delle cd. Regole dell'Aja, sia delle Regole di Am-

burgo, sia delle Regole di Rotterdam) consentono una loro coesistenza rispetto alla normativa nazionale adottata nel codice della navigazione. Infatti, la disciplina di diritto uniforme, per un verso, non esaurisce in sé tutti gli aspetti relativi al trasporto marittimo e, per altro verso, opera, e deve essere necessariamente applicata, solamente nei confronti di trasporti marittimi dotati di determinate caratteristiche di internazionalità e di collegamento con almeno uno Stato contraente. In realtà, in un primo momento, la nostra giurisprudenza ha affrontato il problema del rapporto tra normativa di diritto uniforme e normativa nazionale relativa al trasporto marittimo non già in termini di possibile coesistenza, ma di necessaria abrogazione. Ed in questa prospettiva, a fronte dell'entrata in vigore del nostro codice della navigazione successivamente all'ordine di esecuzione nell'ordinamento italiano della Convenzione di Bruxelles, e soprattutto a seguito dell'espressa abrogazione in tale sede prevista (all'art. 1329 cod. nav.) di tutte «*le disposizioni concernenti le materie disciplinate dal codice della navigazione contrarie ed incompatibili con il codice stesso*», non si è esitato ad affermare l'esclusiva operatività della disciplina del codice (19). Tanto che nei primi anni di applicazione giurisprudenziale del codice della navigazione, sembrò prevalere la soluzione dell'abrogazione della normativa di diritto uniforme da parte del codice della navigazione sulla scorta del rilievo per cui, in virtù dell'art. 1329 cod. nav., la disciplina codicistica è rivolta a regolare in modo esclusivo tutti i trasporti marittimi, sia nazionali sia internazionali, con effetti necessariamente incompatibili con la permanenza in vigore, nell'ambito dell'ordinamento italiano, della disciplina delle Regole dell'Aja. Tale scelta interpretativa è stata superata e contraddetta solamente in un secondo momento allorché, in occasione di due importanti sentenze della Cassazione (cfr. Cass. 22 giugno 1954, n. 2153, in *Riv. dir. nav.*, 1954, II, pag. 141 ss., e Cass. 16 luglio 1954, n. 2359, in *Riv. dir. int.*, 1954, pag. 598 ss.), si è affermato, con sicura autorità ed ampia argomentazione, che la legge attraverso la quale è stata data piena ed intera esecuzione nello Stato alla Convenzione di Bruxelles del 1924 non è stata abrogata dal (ed è pertanto rimasta in vigore anche dopo l'operatività nell'ambito dell'ordinamento italiano del) codice della navigazione per le specifiche caratteristiche di tale legge che consentono di escluderla dagli effetti previsti dall'art. 1329 cod. nav. Infatti, a giudizio della Cassazione, in tale articolo non esiste una chiara ed esplicita volontà, o *ratio* legislativa rivolta ad abrogare gli effetti prodotti nel nostro ordinamento a seguito dell'entrata in vigore dell'ordine di esecuzione della Convenzione di Bruxelles (20). Ed, in difetto di ciò, è da ritenersi che il legislatore abbia inteso attenersi alla fondamentale norma che impone l'osservanza dei Trattati e delle Convenzioni. Tanto più che nessuna volontà rivolta a denunciare tali Trattati, o nessuna intenzione di rendersi inadempiente rispetto ai contenuti normativi da essi previsti, è mai emersa sia in occasione dei lavori preparatori relativi al codice della navigazione, sia in occasione della sua definitiva approvazione. Pertanto, essendo l'ordine di esecuzione della Convenzione di Bruxelles del 1924 una «*norma speciale rispetto alla norma generale rappresentata dal codice della navigazione*» e non risultando, per converso, né l'intenzione degli autori del codice di abrogare le norme speciali, né la volontà del legislatore italiano di denunciare o comunque rinnegare gli impegni internazionalmente assunti, non poteva che affermarsi la coesistenza tra normativa di diritto uniforme e codice della navigazione. Il che è, per altro verso, confermato anche dal fatto che non è ragionevole immaginare un mutamento delle modalità, a suo tempo adottate, di adeguamento dell'ordinamento nazionale alla disciplina di diritto uniforme

a favore della recezione delle norme internazionali attraverso la tecnica della c.d. legislazione parallela, senza che tale circostanza non fosse chiaramente esplicitata. Tanto più che, sotto alcuni profili assai rilevanti, la normativa del codice non si adegua compiutamente alla normativa di diritto internazionale (21), con effetti pregiudizievoli per i soggetti interessati al carico, in evidente dispregio della inderogabilità di tale disciplina (anche da parte degli stati) nei contenuti minimi previsti a favore di questi ultimi.

## 2. La disciplina del Codice della navigazione sul trasporto marittimo delle merci pericolose.

Il comandante può fare scaricare nel luogo d'imbarco le cose non dichiarate o falsamente indicate dal caricatore, ovvero può esigere il nolo al tasso massimo corrente nel luogo di caricazione per cose di simile natura, oltre il risarcimento del danno. Il Codice non contiene una disciplina del trasporto delle merci pericolose (22), limitandosi a stabilire nell'art. 431 che il comandante può fare scaricare nel luogo di imbarco le cose non dichiarate o falsamente dichiarate dal caricatore. La circostanza che tale norma preveda, come facoltà alternativa per il vettore, quella di esigere il nolo "*al tasso massimo corrente nel luogo di caricazione per cose di simile natura, oltre al risarcimento del danno*" indica che lo scopo della norma non era chiaramente quello di regolare questa materia. Tuttavia l'art. 431 potrebbe essere applicabile anche alle merci pericolose ove queste non siano dichiarate, e potrebbe porsi il problema se la normativa del codice integra quella della Convenzione nei limiti in cui regoli aspetti da questa non disciplinati. Poiché la Convenzione attribuisce al vettore, nell'ipotesi in cui il vettore non avrebbe consentito alla caricazione delle merci pericolose, la facoltà di sbarcarle, distruggerle o rendere innocue oltre il diritto al rimborso delle spese e al risarcimento dei danni, l'unica diversa facoltà prevista dal codice sarebbe quella di esigere un nolo "*al tasso massimo corrente nel luogo di caricazione*". Questa facoltà si pone peraltro in contraddizione col presupposto dei diritti concessi al vettore dalla Convenzione, e cioè che egli non avrebbe consentito alla loro caricazione ove ne avesse conosciuto la natura. Quindi deve ritenersi che, nell'ambito di applicazione della normativa uniforme, questa non possa essere in alcuna misura integrata dall'art. 431 cod. nav.

## 3. La Convenzione di diritto internazionale uniforme sul trasporto delle merci pericolose.

Il testo di questa norma (23) nel progetto sottoposto alla Conferenza dell'Aja del 1921 si limitava a prevedere che le merci di natura infiammabile o esplosiva nonché quelle di natura pericolosa possono, a meno che la loro caricazione sia stata autorizzata dal vettore, in qualsiasi momento essere distrutte o rese innocue. Nel corso della conferenza è stato osservato che affinché il vettore possa consentire consapevolmente alla caricazione di merci pericolose è necessario che la loro natura gli venga dichiarata dal caricatore e quindi è stato proposto - ed accettato - di inserire come presupposto della rilevanza del consenso all'imbarco la dichiarazione scritta della natura e del carattere delle merci da parte del caricatore. Inoltre è stato proposto di aggiungere alla fine del paragrafo la previsione della facoltà di distruzione delle merci anche nel caso in cui il vettore abbia acconsentito al loro imbarco, con l'esclusione anche in tale caso, di ogni responsabilità per il vettore, ma peraltro senza la previsione di una responsabilità del caricatore nei confronti del vettore (24); con tale duplice integrazione, il testo del progetto è

stato adottato dalla Conferenza dell'Aja. Tuttavia esso è stato successivamente modificato (25) dai rappresentanti della Liverpool Steam Ship Owners' Association e della British Federation of Traders' Association, che erano stati invitati dal British Board of Trade a elaborare un disegno di legge ai fini dell'adozione delle Regole dell'Aja da parte del Regno Unito. Tali modifiche sono consistite nella sostituzione dell'obbligo di comunicazione della natura delle merci da parte del caricatore con la previsione della ignoranza della natura delle merci da parte del vettore, nella mancanza di un suo consenso alla loro caricazione e nell'inserimento di una esclusione dell'esonero del vettore da responsabilità nel caso di avaria comune (26). La specifica menzione delle merci infiammabili e esplosive trova la sua giustificazione nel fatto che le merci appartenenti a queste categorie sono tipicamente pericolose. Il riferimento alla caratteristica generale, e cioè alla pericolosità, consente di estendere l'applicazione della norma a tutte le categorie di merci che nel tempo possono presentare i caratteri della pericolosità e possono essere oggetto di trasporto per mare. Basti considerare che in oggi l'International Maritime Dangerous Goods Code (IMDG Code) elenca ben dieci classi di merci pericolose, e cioè esplosivi, sostanze gassose, liquidi infiammabili, sostanze solide infiammabili, sostanze ossidanti e perossidi organici, sostanze tossiche e infettive, materiali radioattivi, sostanze corrosive, sostanze inquinanti, aggiungendo una categoria generale costituita da sostanze che durante il trasporto possono presentare pericoli diversi da quelli delle classi specificamente elencate e dagli organismi e microrganismi geneticamente modificati. La grande varietà attuale delle merci pericolose spiega perché nelle Regole di Rotterdam (27), dopo un primo tentativo di inserire un elenco dettagliato, sia stato deciso di fare genericamente riferimento alle merci che presentano questa caratteristica (28). Appare logico considerare pericolose, ai fini della applicazione dell'art. 4 § 6 delle Regole dell'Aja-Visby, tutte le merci che sono qualificate come tali in altre convenzioni internazionali e, in primo luogo nel IMDG Code, la cui applicazione è obbligatoria. All'epoca della elaborazione delle Regole dell'Aja del 1921 non esisteva alcuna elencazione delle merci pericolose con valenza internazionale, anche se l'obbligo del caricatore di denunciare il carattere pericoloso delle merci presentate per l'imbarco era stato affermato in Inghilterra sino dalla metà del 1800 (29). Il Merchant Shipping Act 1894 prevedeva alla sez. 301 che una nave per il trasporto di emigranti non poteva avere l'autorizzazione al compimento del viaggio se trasportava come carico esplosivi, vetriolo, fiammiferi o altre merci pericolose per i passeggeri. Il Merchant Marine Act del 1920 degli Stati Uniti poneva il divieto di trasportare su navi passeggeri esplosivi e altre sostanze specificamente elencate. Una prima elencazione dettagliata di merci pericolose è stata fatta dal Board of Trade inglese nel 1933 e, successivamente, le merci pericolose sono state elencate e distinte in classi nelle varie edizioni della Convenzione sulla sicurezza della vita umana in mare. Un elenco generale delle merci pericolose è ora contenuto, come menzionato in precedenza, nel IMDG Code, adottato dal Maritime Safety Committee dell'IMO, la cui adozione da parte degli Stati membri è stata raccomandata dall'Assemblea dell'IMO nel 1965. A questo codice è fatto riferimento nel cap.VII della SOLAS, che disciplina il trasporto per mare delle merci pericolose. Il cap. VII della SOLAS è suddiviso in quattro parti, che disciplinano, rispettivamente nella Part A) e A-1) il trasporto di merci pe-

ricolose in colli (*packaged form*) e di merci pericolose solide alla rinfusa (*in solid form in bulk*), nella Part B) la costruzione e le dotazioni (*equipment*) di navi adibite al trasporto alla rinfusa di prodotti chimici liquidi pericolosi (*dangerous liquid chemicals in bulk*), nella Part C) la costruzione e le dotazioni di navi adibite al trasporto alla rinfusa di gas liquidi (*liquefied gases in bulk*) e nella Part D) particolari prescrizioni per il trasporto di materiali radioattivi (*packaged irradiated nuclear fuel, plutonium and highlevel radioactive wastes*). Nella Part A) la Regola 2 (3) dispone che il trasporto di merci pericolose in colli è proibito ove non avvenga in conformità alle disposizioni del Capitolo VII, tra le quali appare opportuno menzionare la Regola 4 che disciplina la documentazione prescritta e la Regola 5 che richiama per la caricazione e lo stivaggio il *Cargo Securing Manual*. Nella Part A-i) la Regola 7-1 (2) dispone, analogamente alla Regola 2 (3), che il trasporto di merci pericolose solide alla rinfusa è proibito ove non avvenga in conformità alle disposizioni della Part A-1) e tra queste occorre menzionare la Regola 7-2 che prescrive la documentazione e la Regola 7-3 che detta norme generali per lo stivaggio di rinfuse solide e norme particolari per lo stivaggio di rinfuse solide suscettibili di autocombustione e per lo stivaggio di rinfuse solide che emanano vapori pericolosi. Nella Part B la Regola 10 dispone che le navi chimichiere devono osservare le prescrizioni dell'International Bulk Chemical Code e devono essere soggette a visita e munite dei certificati prescritti da tale codice. Nella Part C), la Regola 13 contiene analoghe disposizioni con riferimento all'International Gas Carrier Code. Infine nella Part D) viene fatto riferimento all'International Code for the safe carriage of packaged irradiated nuclear fuel, plutonium and highlevel radioactive wastes on board ships (INF Code), delle cui disposizioni è prescritta l'osservanza. Con particolare riguardo alle sostanze inquinanti (*marine pollutants*), il cap. 2.10 del IMDG ne fornisce la seguente definizione: "*Marine pollutants means substances which, because of their potential to bioaccumulate in seafood or because of their high toxicity to aquatic life, are subject to the provisions of Annex III of MARPOL 73/78 as amended.*" L'Annex III della MARPOL, intitolato "*Regulations for the prevention of pollution by harmful substances carried by sea in packaged form*", proibisce il trasporto marittimo di merci dannose non effettuato in conformità alle disposizioni in esso previste. Altre elencazioni di merci pericolose trasportate alla rinfusa sono contenute in varie convenzioni internazionali, tra cui la CLC 1969-1992, l'International Convention for the prevention of pollution from ships 1973 come modificata dal Protocollo del 1978 (Allegato II, Appendice II), l'International Code for the construction and equipment of ships carrying dangerous chemicals in bulk 1983, l'International code for the construction and equipment of ships carrying liquefied gases in bulk 1983 e, più recentemente, la Convenzione HNS 1996, che le richiama tutte. Occorre chiedersi se si può estendere la nozione di pericolosità oltre a quella ricavabile dai codici e dalle convenzioni a cui è stato fatto riferimento. In linea di principio la risposta dovrebbe essere affermativa, poiché da un lato merci che sono state per lungo tempo considerate innocue possono manifestare una pericolosità intrinseca in certe situazioni e dall'altro nuovi prodotti possono essere creati. Non sembra peraltro possibile estendere la nozione di pericolosità a tutte le merci che possono causare, direttamente o indirettamente, danni ad altre merci. Si consideri il caso di cartoni di bottiglie di vino rosso frizzante i cui tappi non resistono durante il trasporto alla pressione del gas, con

conseguente fuoriuscita del vino che macchia una partita di tessuti stivata nelle vicinanze: è possibile applicare in tale situazione l'art. 4 § 6 della Convenzione? Non sembra proprio. Ciò non significa che il vettore non possa essere tenuto responsabile del danno sofferto dalla partita di tessuti per negligenza nella collocazione delle merci, o che il caricatore dei cartoni di vino non possa essere tenuto responsabile del danno per la deficiente preparazione della sua merce per il viaggio. Ma tale responsabilità sarà basata sui confronti del vettore sulla norma generale dell'art. 4 § 3 e nei confronti del proprietario delle altre merci sull'art. 2043 cod. civ., se è applicabile la legge italiana. Tuttavia la giurisprudenza inglese si è pronunciata in favore di una tale estensione della nozione di pericolosità, affermando, sul presupposto che "*the word 'dangerous' in the expression 'goods of... [a] dangerous nature' must be given a broad meaning*", che una partita di farina di pistacchi infestata da insetti doveva essere considerata pericolosa in quanto a causa di tale infestazione l'autorità sanitaria aveva ordinato al vettore di gettare a mare anche una partita di grano caricata in un'altra stiva della nave (30). Ciò in quanto il danno fisico che costituisce, secondo la House of Lords, il presupposto della qualificazione di una merce come merce pericolosa, non deve necessariamente essere diretto, ma può anche essere indiretto, come nel caso sottoposto alla House of Lords. Affermazione questa fondata sul fatto che l'art. 4 § 6 prevede la responsabilità del caricatore "*for all damages and expenses directly or indirectly arising out of or resulting from such shipment*". (31) Ma il ragionamento della House of Lords è basato su un presupposto non condivisibile, e cioè che il concetto di merce pericolosa, che ha ispirato l'adozione di questa norma, deve essere esteso ad ogni merce che può causare un danno, direttamente o indirettamente, alla nave o ad altra merce. Allora, per tornare all'esempio del vino rosso frizzante, anche il vino rientrebbe nella nozione di merce pericolosa! Deve ritenersi invece che la pericolosità deve costituire un carattere intrinseco della merce, accertabile in base alle sue caratteristiche. Il tappo di cattiva qualità o la presenza di insetti non trasformano una merce oggettivamente innocua in merce pericolosa anche se, come osservato, il caricatore potrà essere tenuto a risarcire il danno che tale merce ha causato al vettore in base alla regola contenuta nell'art. 4 § 3. La differenza tra il § 6 ed il § 3 consiste in ciò che mentre la responsabilità prevista dal § 6 è oggettiva (32), quella prevista implicitamente dal § 3 è basata sulla colpa. Quindi nel caso deciso dalla House of Lords se il caricatore della farina di pistacchi aveva provveduto con diligenza a far fumigare la merce dopo la sua caricazione, forse la sua responsabilità avrebbe dovuto essere esclusa. La decisione della House of Lords non trova in realtà alcun fondamento nella formulazione letterale della norma e nella sua *ratio* ed è basata su una inaccettabile forzatura del testo. Si può invece porsi il problema, se rientrano o meno nella nozione di merci pericolose anche le merci inquinanti. Di esse è fatta specifica menzione nella Convenzione CMNI (33), mentre nelle Regole di Rotterdam il riferimento alle merci inquinanti è contenuto nella definizione di merci pericolose. Ora non sembra dubbio che il rischio di un inquinamento rientri nella nozione di pericolo, a condizione peraltro che si tratti di un pericolo apprezzabile.

4. Le facoltà concesse al vettore; suoi presupposti e le conseguenze derivanti dal loro esercizio; distribuzione dell'onere della prova ed esonero da responsabilità.

Il vettore può, alternativamente, sbarcare le merci pericolose, renderle innocue (*inoffensives*) ovvero distruggerle. Lo sbarco può essere effettuato in qualsiasi luogo e in qualsiasi momento. Nella norma vengono usati due termini diversi per indicare l'esercizio della facoltà concessa al vettore e il tempo d'tale esercizio. In essa è precisato infatti che le merci possono essere "*débarquées*" ("*landed*" nella versione inglese) in qualsiasi momento "*avant leur déchargement*" ("*before discharge*" nella versione inglese). Poiché nell'art. 3 § 2 i termini usati per indicare l'obbligazione del vettore con riguardo all'imbarco e allo sbarco delle merci sono "*chargement*" e "*déchargement*", la frase "*avant leur déchargement*" indica il tempo (e il luogo) dello sbarco previsto in contratto. Quindi con l'impiego del verbo "*débarquer*" si è inteso individuare la discarica d'imperio della merce in un luogo diverso da quello della sua destinazione. Tuttavia la terminologia lascia un poco a desiderare, poiché per l'imbarco contrattuale nella norma in esame viene usato il termine "*embarquement*" anziché "*chargement*". L'operazione richiesta per rendere le merci innocue, e cioè per eliminare la loro pericolosità, può avere un impatto più o meno rilevante con riguardo alle loro caratteristiche e al loro utilizzo e può in determinati casi avere un effetto non dissimile alla loro distruzione. La scelta tra le varie alternative non può essere discrezionale. Il rimedio deve essere proporzionale al pericolo che le merci effettivamente creano e sufficiente per assicurare la sua eliminazione, ma non eccessivo. Se, ad esempio, esso può essere eliminato con la scaricazione della merce ed essa è possibile, la sua distruzione non sarebbe giustificata. I presupposti per l'esercizio da parte del vettore delle facoltà che gli sono concesse dal § 6 dell'art. 4 sono diversi a seconda che il vettore non fosse a conoscenza ovvero fosse a conoscenza delle caratteristiche delle merci. Nel primo caso essi consistono nel carattere genericamente pericoloso delle merci. Nel secondo caso invece la pericolosità deve essere specifica, e cioè deve riguardare la nave o il suo carico. Il progetto sottoposto alla Conferenza dell'Aja che, come osservato, prevedeva soltanto il caso di imbarco di merci pericolose senza la conoscenza della loro pericolosità da parte del vettore, escludeva l'obbligo del vettore di risarcire il danno sofferto dal caricatore per effetto delle misure da lui adottate. Questo principio era espresso con le parole "*without compensation to the shipper*". Quando nelle Regole dell'Aja è stata aggiunta anche la seconda alternativa, e cioè quella dell'imbarco di merci pericolose con il consenso del vettore, è stata ripetuto lo stesso principio con le stesse parole: "*without compensation to the shipper*". Nel testo riveduto dai rappresentanti della Liverpool Steam Ship Owners' Association e della British Federation of Traders' Association la formula adottata nel testo approvata all'Aja con riguardo alla seconda alternativa è stata sostituita dalla seguente: "*without liability on the part of the carrier except to general average*". Questa modifica, peraltro, non implica una variazione della posizione del vettore, ma deve ritenersi sia stata richiesta soltanto in quanto l'aggiunta della parte finale della frase relativa alla responsabilità del vettore nel caso di avaria comune, non poteva essere collegata alle parole "*without competition*" mentre poteva essere formulata quale eccezione alla regola generale sostituendo a tali parole "*without liability on the part of the carrier*". Ove le misure adottate dal vettore provochino la perdita o il danno delle merci pericolose o siano consistite nella loro discarica prima dell'arrivo a destinazione, si applicano le stesse regole dei pericoli eccettuati e, quindi, una volta che il ricevitore abbia fornito la prova della

perdita, del danno o delle spese incontrate, il vettore per escludere la propria responsabilità deve dimostrare la pericolosità delle merci e la ragionevolezza delle misure adottate. Questo è forse l'unico caso in cui la Convenzione disciplina una situazione che può non concernere la perdita o il danno delle merci, e cioè lo sbarco delle merci in luogo diverso da quello di destinazione, le cui conseguenze possono comportare per il ricevitore un danno economico, quale il costo del trasporto delle merci alla loro destinazione e la perdita causata dal ritardo. In via preliminare deve precisarsi che la futura entrata in vigore della Convenzione HNS non potrà comportare un conflitto con la Convenzione del 1924 sulla polizza di carico, in quanto l'art. 4 § 1 della Convenzione HNS esclude dall'ambito della sua applicazione i crediti che nascono da qualsiasi contratto per il trasporto di passeggeri e di cose. L'art. 4 § 6 della Convenzione del 1924 attribuisce al vettore, come osservato, tre facoltà alternative, e cioè: a) lo sbarco in qualsiasi luogo delle merci pericolose, b) la loro distruzione, c) un intervento che le renda innocue. E' evidente che il danno sofferto dal caricatore o dal ricevitore di tali merci può essere di entità molto diversa nei tre casi e, quindi, occorre chiedersi se il vettore può o meno scegliere a sua discrezione tra le tre alternative. Sebbene la norma in esame costituisca una deroga alla regola fondamentale posta dall'art. 3 § 2, che pone a carico del vettore l'obbligo di avere cura del carico (notare che l'art. 4 è in essa richiamato), tale deroga non esclude totalmente l'applicabilità della norma ma ne riduce la portata. Il vettore, quindi, deve avvalersi della libertà concessagli dall'art. 4 § 6 nei limiti in cui ciò sia ragionevolmente necessario e, quindi, ove possibile, tra le alternative prospettate da questa norma, deve scegliere quella che arrechi il minor danno. Le stesse facoltà sono concesse al vettore da questa norma sia nel caso in cui egli non abbia consentito all'imbarco delle merci con la consapevolezza della loro pericolosità, sia nel caso invece in cui di questa egli fosse consapevole. Tuttavia mentre nel primo caso ditali facoltà egli può avvalersi in ogni situazione, naturalmente purché le merci rientrino nelle categorie menzionate nella norma, nel secondo caso egli se ne può avvalere solo se le merci siano diventate pericolose per la nave o il suo carico. Quindi occorre che la pericolosità si sia concretamente manifestata: ad esempio le merci infiammabili abbiano preso fuoco, ovvero la pericolosità sia passata da uno stato latente ad uno stato di possibile manifestazione. In ambedue i casi l'onere della prova incombe sul vettore, ma il suo contenuto è diverso.

##### 5. Ancora sulla responsabilità del caricatore nel trasporto marittimo di merci pericolose: la teoria della "*failure to warn*".

A questo punto della trattazione, pare opportuno allo scrivente, citare ancora un caso emblematico della giurisprudenza anglosassone, molto interessante riguardo alla responsabilità del caricatore nel trasporto marittimo di merci pericolose. (34) La sentenza *de qua*, riguarda il caso di una nave, *M/V DG Harmony*, che nel 1998 intraprende un viaggio da New York verso il Brasile finalizzato al trasporto di 10 containers, ognuno contenente 16.000 Kg di ipoclorito di calcio. La sostanza è stata prodotta e caricata da PPG Industries, Inc. ("PPG"). Un'esplosione determinatasi nella stiva n. 3, dove sono stati sistemati alcuni dei containers (a contatto con il deposito del bunker), provoca un incendio dal quale deriva una *constructive total loss* (35) sia della nave che del carico e ciò malgrado il tempestivo intervento del co-

mandante della nave e dell'equipaggio volto a domare le fiamme. La Navigator Shipping e i suoi assicuratori adiscono la District Court di New York chiedendo il riconoscimento in capo al caricatore (PPG) di una responsabilità oggettiva sulla base dell'art. 4 § 6 del Carriage of Goods by Sea Act (COGSA) 1936 (36) e, in alternativa, di una responsabilità per colpa secondo la previsione del § 3 dello stesso articolo (37). La Corte distrettuale emana una sentenza che accoglie le doglianze delle parti lese. Avverso la pronuncia di primo grado, il caricatore interpone appello dinanzi alla Court of Appeal for the Second Circuit. Dall'esame condotto in appello scaturisce una decisione che conferma in parte, rigetta in parte e ... Rimette le conclusioni formulate dalla District Court. Premettendo che si condivide il ragionamento complessivamente seguito dal giudice di seconda istanza, si osserva che l'oggetto del contendere non è nuovo e che, quindi, la Corte ha potuto risolvere i dubbi interpretativi alla luce di un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale (38). Nel caso *de quo*, infatti, viene ancora una volta in rilievo la distribuzione della responsabilità tra il vettore ed il caricatore quando il danno, occorso durante il trasferimento, sia imputabile all'intrinseca pericolosità della merce trasportata, con la peculiarità che, nella fattispecie considerata, l'appellante si presenta nella duplice veste di *shipper* e di *manufacturer*. (39) L'analisi condotta dal Second Circuit, come detto, mira a verificare la possibilità di confermare una *strict liability* o una responsabilità per colpa sul caricatore/produttore alla luce delle citate norme del COGSA che, notoriamente, presentano un contenuto sovrapponibile a quello dell'art. 4 § 6 e § 3 delle Regole dell'Aja-Visby (40). La District Court aveva ritenuto il caricatore *strict liable* per non avere messo il vettore al corrente di "*full risks and dangers presented by the transporting of cal-hypo in 300-pound drums*", aggiungendo che "*the rationale for applying strict liability is even more compelling... because PPG was not just the shipper but also the manufacturer.*" (41) La suddetta conclusione viene rigettata dalla Corte d'Appello che, richiamando precedenti pronunce della stessa Corte (42), osserva come nel caso in esame non ricorrono gli estremi per l'applicazione del regime di responsabilità oggettiva. Sarebbe stato necessario, infatti, che *neither the shipper nor the carrier* possedessero *actual or constructive pre-shipment knowledge* della natura intrinsecamente pericolosa della merce trasportata (43). La Corte, pertanto, sposta la sua attenzione sulla possibilità di far gravare in capo al caricatore una responsabilità per colpa (*ex art. 6 § 3 COGSA*) che, in primo grado, era stata rinvenuta nella negligente omissione di avvertire (*failure to warn*), derivante dalla violazione degli ulteriori obblighi attribuibili al caricatore in quanto anche produttore ed imballatore della sostanza trasportata (teoria della *products liability*). (44) Più in particolare, si tratta di verificare la *constructive knowledge* di ciascuna delle parti intesa come *a notice of a fact that a person is presumed by law to have, regardless of whether he or she actually does, since such knowledge is obtainable by the exercise of reasonable care*. Nel caso di specie la sostanza trasportata dalla nave *Harmony* è l'ipoclorito di calcio del quale sono ben note (45) le caratteristiche chimico-fisiche e, conseguentemente, le reazioni che possono determinarsi a seguito dell'esposizione dell'ossidante a sollecitazioni di tipo termico. Le informazioni sulla pericolosità della sostanza, infatti, possono essere desunte non solo dai documenti che accompagnano la merce (e che PPG non ha mancato di produrre), ma anche dalle norme in vigore (come ad esempio l'IMDG Code) o, più in generale, da studi e ricerche sull'argomento che - conte-

nendo indicazioni e prescrizioni fondamentali - vengono messi a disposizione dell'intera comunità viaggiante (46). Ancora, nello stabilire il "saldo" delle conoscenze fra vettore e caricatore, si ritiene rilevante l'esperienza maturata sul campo dalle parti che da anni si occupano della produzione e del trasporto della sostanza considerata. Affermare una responsabilità per colpa sul caricatore dipenderà, pertanto e preliminarmente, dalla dimostrazione dell'esistenza di ulteriori obblighi attribuibili a PPG nella sua veste di produttore. Com'è noto, è ormai pacificamente riconosciuto che sullo *shipper* incombono precisi e più stringenti doveri d'informazione derivanti dalla maggiore e migliore "familiarità" con le merci da trasportare e che tali doveri si rafforzano e si ampliano nel caso di *dangerous goods*. (47) Se, poi, il caricatore è anche *manufacturer* è prevedibile che si aggiungano nuove incombenze (48). Nel caso in esame, poiché si trattava di un trasporto containerizzato, il vettore poteva conoscere gli effettivi rischi derivanti dal trasferimento solo attraverso le informazioni direttamente fornite dal caricatore/produttore. Quest'ultimo, avendo utilizzato quantità e modalità di imballaggio della sostanza diverse da quelle regolamentari (che avevano reso più difficile la dispersione del calore ed inadeguata la ventilazione dei fusti, determinando un abbassamento a circa 41° C della temperatura ambientale critica, c.d. C.A.T. (49)) avrebbe dovuto indirizzare al vettore indicazioni aggiuntive circa i rischi connessi con le scelte di stivaggio. Ancora più chiaramente, anche se le attestazioni di PPG e il Codice IMDG contengono dettagliate informazioni sui pericoli del carico (nella scheda di sicurezza PPG ha informato che la sostanza è instabile a temperature superiori a 117° C. Il Codice IMDG prevede che l'ipoclorito di calcio sia tenuto lontano da fonti di calore in cui le temperature superiori a 55° C siano riscontrate per più di ventiquattro ore), le modalità di imballaggio scelte da PPG avrebbero dovuto richiedere uno stivaggio a temperature notevolmente più basse di quelle ufficialmente previste. In definitiva, la consapevolezza del vettore che l'ipoclorito di calcio ha una natura intrinsecamente pericolosa, non può essere considerata equivalente alla conoscenza del grado di rischio associato alla sostanza stessa, riconducibile a parametri (peso e modalità d'imballaggio) di cui solo il caricatore/produttore ha notizia. Il Second Circuit, pertanto e aderendo sul punto alle conclusioni della Corte Distrettuale, ritiene fuor di dubbio che il caricatore avesse l'obbligo di informare più adeguatamente il vettore e che questo obbligo sia stato violato. Tuttavia, aggiunge che non si può ancora affermare una responsabilità per colpa in capo al caricatore perché non sono stati indagati tutti gli elementi di cui si sostanzia il regime di *liability* considerato. Infatti, il procedimento seguito dovrebbe completarsi con la dimostrazione (a carico della parte lesa) del nesso di causalità fra la violazione dell'obbligo ed il danno subito. Nel caso di specie bisognerà dimostrare che l'ulteriore informazione avrebbe determinato un diverso stivaggio dei *containers* e, quindi, impedito il sinistro. La Corte d'Appello conclude affermando che "*... because that question presents an issue of fact, we cannot consider it for the first time on appeal ...*" e, conseguentemente, rimette gli atti del processo alla District Court.

## 6. La complessa disciplina uniforme di riferimento per il trasporto marittimo delle merci pericolose: l'IMDG Code; integrazione con l'accordo ADR.

Il trasporto delle merci pericolose via mare continua ad essere un argomento di grande attualità e lo dimostra la fitta

serie di provvedimenti che sono stati emanati nell'ultimo biennio, soprattutto per quanto riguarda i trasporti marittimi nazionali. Porta la data del 6 giugno 2005 (50), infatti, il regolamento che ha esteso al regime nazionale il Codice IMDG (*International Maritime Dangerous Goods Code*) dell'IMO, riferimento normativo internazionale per il trasporto marittimo delle merci pericolose. Con l'emanazione del D.P.R. 134/2005 (51) "Regolamento recante disciplina per le navi mercantili dei requisiti per l'imbarco, il trasporto e lo sbarco di merci pericolose", il codice IMDG costituisce oggi il riferimento normativo anche per i trasporti nazionali di merci pericolose in colli ed unità di trasporto del carico via mare (52), superando in tal modo quella stratificazione normativa che aveva contribuito a determinare non poche incertezze e difficoltà interpretative da parte degli operatori del settore. Successivamente, con decreto 11 novembre 2005, n. 1105 a firma del Comandante generale del Corpo delle Capitanerie di porto, sono state emanate norme integrative che si applicano a bordo delle navi mercantili in viaggi tra porti nazionali che effettuano il trasporto di merci pericolose. Si tratta di un provvedimento assai importante, poiché semplifica le procedure relative al trasporto intermodale strada-mare e consente, nei trasporti marittimi di merci pericolose in colli o cisterne a bordo di veicoli imbarcati sulle navi, di continuare ad operare in conformità alle norme del regolamento stradale ADR per quanto riguarda marcatura, etichettatura, documento di trasporto, caratteristiche costruttive delle cisterne (fisse o contenitori cisterna caricati su veicolo), disposizioni che, in taluni casi, sono meno restrittive rispetto al Codice IMDG. Il richiamo alla normativa ADR consente, ad esempio, di utilizzare - ove ammesso dal regolamento stradale - di ricorrere anche agli "imballaggi metallici leggeri", esclusi dal Codice IMDG, così come, per quanto riguarda la documentazione di viaggio, è sufficiente che sia fornita al comandante (53) della nave copia delle istruzioni scritte per il conducente del veicolo stradale. Va peraltro osservato che mentre per il trasporto dei colli il decreto non stabilisce alcun limite di durata nella navigazione, per quanto riguarda i veicoli cisterna stradali, il viaggio deve essere inferiore a due ore, con condizioni meteorologiche favorevoli. Ulteriore integrazione tra le normative uniformi IMDG/ADR è stata realizzata con il D.L. 21 marzo 2006 relativo alle procedure per il rilascio dell'autorizzazione all'imbarco e trasporto marittimo e per il nulla osta allo sbarco ed al reimbarco su altre navi (*transshipment*) (54) delle merci pericolose. Si tratta in realtà di un aggiornamento delle procedure amministrative già emanate nel 2004 (D.M. 13 gennaio 2004, ora abrogato), necessario al fine di disciplinare in maniera uniforme, per tutti i porti italiani, le prassi che regolano l'imbarco e lo sbarco delle merci pericolose. In particolare, viene confermato che i veicoli stradali devono essere in possesso di un documento attestante la rispondenza al punto 5 della risoluzione IMO A.581 (55) rilasciato dall'Amministrazione del paese di immatricolazione del veicolo di trasporto o da organismi autorizzati dalla stessa. Di conseguenza restano valide le istruzioni diramate a suo tempo dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti con circolare 3777 - Mot. 2/C del 31 ottobre 2005 (56), per uniformare le modalità di rilascio di dette attestazioni, sia in fase di omologazione dei veicoli sia in fase di accertamento dei requisiti di idoneità alla circolazione. Grande importanza riveste la cosiddetta "attestazione di conformità" dei veicoli alle norme uniformi IMDG/ADR 2009. Questa attestazione di conformità è una delle condizioni fondamentali affinché

le Autorità marittime concedano l'autorizzazione all'imbarco ed al trasporto marittimo, ed il nulla osta allo sbarco e reimbarco su altra nave (*transshipment*) delle merci pericolose. La circolare ministeriale sopra citata prevede che la richiesta di rilascio di tale attestazione, deve essere presentata ad un ufficio della Motorizzazione Civile, a cura del costruttore o dall'allestitore; la domanda va corredata con i disegni e la relazione tecnica sui punti progettati per il rizzaggio (57) del veicolo alla nave, nonché da una dichiarazione in cui il costruttore (o l'allestitore) certifica la rispondenza di detti punti di rizzaggio al punto 5 della risoluzione IMO A.581. Se la relazione tecnica è presentata dall'allestitore, essa va formulata in base al nulla osta precedentemente rilasciato dal costruttore, il quale può precisare condizioni e prescrizioni per l'installazione dei punti di rizzaggio. Il Ministero, inoltre, ha precisato che l'Amministrazione non procede all'approvazione del veicolo, visto che quest'ultima si limita ad acquisire la documentazione della cui attendibilità risponde soltanto il progettista firmatario della relazione tecnica. In caso di esito positivo, la carta di circolazione verrà aggiornata con la dicitura "il veicolo risponde al punto 5 della risoluzione IMO A.581". Tornando al decreto 21 marzo 2006, ed in particolare alle procedure di maggiore interesse per le imprese, va ancora evidenziato che: - le merci pericolose ammesse al trasporto marittimo sono quelle elencate nel codice IMDG, e quelle espressamente autorizzate dall'amministrazione; - la richiesta di autorizzazione deve contenere una serie di informazioni, quali ad esempio, i dati della nave, i dati relativi ad ogni singola merce da imbarcare/sbarcare. Inoltre, nel caso di trasporto di materiale radioattivo (58) almeno 15 giorni prima della spedizione l'impresa deve comunicare all'Autorità marittima del porto di partenza e, per le spedizioni nazionali, anche a quella del porto di arrivo, una serie di informazioni (data di spedizione, data presunta di arrivo, percorso previsto e piano di viaggio; nome e caratteristiche fisico chimiche delle materie trasportate; attività di massima e quantità in massa). L'istanza dovrà essere poi corredata da una copia del decreto di autorizzazione al trasporto di materie radioattive; dai dati relativi ai mezzi di trasporto utilizzati per l'afflusso/deflusso delle materie radioattive da imbarcare/sbarcare; da una dichiarazione, a cura del vettore circa la presenza di materiale radioattivo trasportato; una dichiarazione, rilasciata da un esperto qualificato, per imbarco sbarco e transito, in cui si attesta l'osservanza di tutte le procedure previste dalla vigente normativa per il trasporto di materie radioattive (59); - in caso di trasporto di esplosivi, il vettore dovrà fornire all'armatore della nave (o al raccomandatario marittimo (60)), in tempo utile affinché questi possa chiedere all'Autorità marittima le autorizzazioni necessarie, copia dell'autorizzazione al trasporto/nulla osta rilasciata dall'Autorità competente; la dichiarazione del caricatore attestante, tra le altre cose, che le merci sono state stivate sui veicoli in conformità a quanto previsto dal codice IMDG o, se previsto, dai decreti 27 febbraio 2002 e 18 novembre 2005 (61), ecc. - specifici documenti sono richiesti anche per i rifiuti pericolosi. In tal caso, infatti, l'impresa dovrà rilasciare all'armatore copia del formulario di identificazione e dei moduli di accompagnamento previsti nel caso di trasporti transfrontalieri, laddove ne ricorra il caso; - per il trasporto di merci pericolose effettuato in quantità limitate, il vettore presenterà soltanto il documento di trasporto, con la specificazione "quantità limitate", e in tal caso la normativa del codice IMDG 2014 (62) è speculare a quella contenuta nell'ADR2 2015 (63). Il

documento di cui sopra dovrà essere vistato dall'Autorità marittima del porto di imbarco, per essere successivamente esibito all'Autorità di quello di arrivo, mentre il vettore stesso è chiamato a fornire, al comandante della nave, le schede di sicurezza. Infine, le nuove istruzioni di sicurezza (TREM CARDS) dell'ADR versione 2015, realizzano l'obiettivo di uniformità a quanto già previsto dall'IMDG Code per il trasporto di merci pericolose liquide (64). Con grossa soddisfazione di una parte degli addetti ai lavori, finalmente viene introdotto un nuovo regime (semplificato) per le istruzioni di sicurezza, documento obbligatorio nel trasporto di merci pericolose, che devono essere consegnate agli autisti all'inizio del trasporto stesso. Le norme relative a detto documento si possono trovare al Cap. 5.4.3 del Manuale ADR 2013. Vediamo in sintesi quali sono le nuove norme: a) nuovo formato per le "Istruzioni di sicurezza" che si compone di ben quattro pagine ed è lo stesso per tutte le merci (numeri UN), specularmente al "Manuale sul trasporto multimodale" previsto dall'IMDG Code; b) la responsabilità delle dichiarazioni presenti nel documento che attesta la descrizione delle merci pericolose non è più del mittente/speditore ma bensì del trasportatore; c) il documento sarà fornito al trasporto nelle sole lingue che ogni membro dell'equipaggio possa leggere e comprendere; d) prima dell'inizio del trasporto i membri dell'equipaggio dovranno prendere nota delle merci pericolose trasportate e consultare le istruzioni da seguire in caso di emergenza; e) le stesse istruzioni dovranno essere custodite in cabina in modo da essere facilmente accessibili (65).

#### Note:

(1) Tradizionalmente, la determinazione della legge applicabile ad una fattispecie caratterizzata da elementi di internazionalità avviene attraverso l'applicazione delle norme di diritto internazionale privato che conducono ad individuare l'ordinamento giuridico applicabile sulla base dei criteri di collegamento rilevanti. Si è già anticipato come il nostro Codice della navigazione abbia perso quella centralità che lo caratterizzava nella gerarchia delle fonti, a favore delle norme di diritto internazionale uniforme. Lo stesso vale, conseguentemente, anche per le norme di diritto internazionale privato contenute nel codice stesso, che assegnano rilievo preminente al criterio di collegamento costituito dalla nazionalità della nave (cd. legge della bandiera). In particolare, gli articoli 9 e 10 cod. nav. stabiliscono, rispettivamente per i contratti di lavoro e per i contratti di utilizzazione della nave (e dell'aeromobile) che tali contratti "sono regolati dalla legge nazionale della nave (...), salvo la diversa volontà delle parti". Al di là del fatto che l'applicazione di tali articoli è stata esclusa dall'entrata in vigore prima della Convenzione di Roma del 1980 e poi del Regolamento CE n. 593 del 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, è necessario ricordare che generalmente i risultati cui conduce l'applicazione delle norme di diritto internazionale privato sono spesso non del tutto soddisfacenti, per cui l'impiego della legge della bandiera non ha potuto trovare che un'applicazione residuale, nel senso che ora andremo a specificare. La prassi del commercio internazionale ha dimostrato come l'utilizzo della nazionalità della nave quale criterio di collegamento sia del tutto incoerente con il reale assetto dei traffici marittimi. Da un lato, infatti, è sempre più frequente la mancanza di legami socio-economici tra nave e Stato della bandiera (il cosiddetto *genuine link*, cioè il legame genuino tra la nave e lo Stato di cui essa batte bandiera, volto ad assicurare maggiormente i doveri di controllo di quest'ultimo), come dimostrato dalla totale libertà di ciascuno Stato nel fissare le condizioni in base a cui concedere la propria nazionalità; dall'altro, specie a partire dal secondo dopoguerra, si è sviluppato con intensità crescente il fenomeno delle cosiddette bandiere-ombra o bandiere di compiacenza, cui ho accennato in precedenza, ossia la pratica di fare immatricolare la nave presso Stati diversi da quelli in cui risiede l'effettivo proprietario, allo scopo di godere di un trattamento fiscale particolarmente conveniente e di una poco rigorosa applicazione delle leggi sul lavoro e sulla sicurezza del personale marittimo, spesso reclutato nei Paesi del Terzo Mondo, scarsamente preparato, sottopagato e quindi privo di garanzie (ne sono l'esempio per eccellenza Panama e Liberia, e ora anche le Repubbliche nate in seguito alla dissoluzione dell'U.R.S.S. come la Georgia). È chiaro, quindi, come si assista ad un affievolimento del ruolo della nazionalità della nave quale criterio di scelta della legge applicabile, assumendo una posizione residuale. A tal proposito, il diritto comparato mostra quali siano le condizioni di impiego della legge della bandiera ai trasporti di linea, individuandole in: a) l'impossibilità di indivi-

duare un altro criterio di collegamento, b) l'inidoneità di altri criteri di collegamento ad individuare un ordinamento coerente con la protezione degli interessi in gioco, c) la presenza di altre leggi applicabili che abbiano intensità di collegamento equivalenti, di cui una coincida con la legge nazionale della nave, senza dimenticare quella che è l'implicita intenzione delle parti, dedotta dalle circostanze. Riguardo a tale ultimo aspetto, a partire dal XIX secolo e soprattutto nei sistemi di *common law*, veniva data un'importanza pressoché decisiva alla reale intenzione delle parti, mentre la pratica giurisprudenziale italiana relativa all'articolo 10 cod. nav. ha sempre mostrato la tendenza a limitare l'importanza delle espressioni di volontà implicita dei contraenti per determinare la legge applicabile. Questa tendenza è ancora più evidente in quei sistemi che, tradizionalmente, non hanno mai riconosciuto normativamente un ruolo particolarmente significativo alla legge della bandiera per determinare la legge applicabile al trasporto, come nel diritto tedesco, e, nello stesso senso, si sono espresse diverse convenzioni latino-americane di diritto internazionale privato. Si rinvia ancora a Carbone S.M., *Legge della bandiera e ordinamento italiano*, Milano, 1970; ID., *La disciplina giuridica del traffico marittimo internazionale*, Bologna, 1982; Bonassies, *La loi du pavillon et les conflits de droit maritime*, in *Recueil des Cours*, 1969, III, pag. 510.

(2) Salvo quanto disposto dall'art. 7, secondo cui "potrà essere data efficacia alle norme imperative di un altro Paese con il quale la situazione presenti uno stretto legame, se e nella misura in cui, secondo il diritto di quest'ultimo Paese, le norme stesse siano applicabili quale che sia la legge regolatrice del contratto" e dall'art. 16, che stabilisce che "l'applicazione di una norma della legge designata dalla presente convenzione può essere esclusa solo se tale applicazione sia manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro". Sull'interferenza di queste disposizioni sul diritto dei trasporti marittimi internazionali di merci si rinvia a: Bonassies, cit.

(3) Si rinvia a Carbone S.M., *Contratto*, cit.

(4) Boschiero, *Verso il rinnovamento e la trasformazione della convenzione di Roma: problemi generali*, in Picone (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, pag. 319 e ss.;

(5) Sull'incidenza del Regolamento Roma I sui trasporti marittimi si veda: Delebecque, *Le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles: quelles incidences sur les contrats maritimes?*, in *Scritti in onore di Francesco Berlingieri*, Genova, 2010, pag. 431; Carbone S.M., *L'autonomia privata nel diritto internazionale privato delle obbligazioni*, in *Diritto com. scambi int.*, 1982, pag. 15 ss., spec. pag. 21-22.

(6) Clerici, *Sull'entrata in vigore delle nuove regole uniformi relative alla polizza di carico*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1986, pag. 21 e ss. Sull'introduzione nell'ordinamento italiano delle Regole di Visby si veda: Carbone S.M., *L'operatività nell'ordinamento italiano dei Protocolli di Visby e Bruxelles sulla polizza di carico*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1986, pag. 789 e ss.

(7) I lavori preparatori della Convenzione di Bruxelles del 1924 e dei successivi protocolli modificarvi sono stati raccolti da Berlingieri F., *The Travaux Préparatoires of the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading of 25 August 1924, the Hague Rules, and of the Protocols of 23 February 1968 and 21 December 1979, the Hague-Visby Rules*, Antwerp, 1997, e da Sturley, *The Legislative History of the Carriage of Goods by Sea Act and the Travaux Préparatoires of the Hague Rules*, Littleton (Colorado-U.S.A.), 1990. L'importanza dell'analisi dei lavori preparatori nell'interpretazione delle Regole dell'Aja è stata recentemente sottolineata da due precedenti inglesi: cfr. *The Rafaela S.*, [2003] 2 Lloyd's Rep., pag. 113, spec. pagg. 126-130; *The Jordan II*, *ibidem*, pag. 87, spec. pagg. 97-99 e, per ulteriori riferimenti anche nella giurisprudenza americana, Tetley, *Interpretation and Construction of the Hague, Hague/Visby and Hamburg Rules*, in *J.I.M.L.*, 2004, pag. 61 ss.

(8) Sui problemi che risultano dalla coesistenza di plurimi regimi di diritto uniforme in materia di trasporto marittimo in vigore nel medesimo ordinamento giuridico si consultino *ex multis*, Berlingieri F., *Coesistenza entre la Convention de Bruxelles et la Convention de Hambourg*, in *Dir. Mar.*, 1993, pag. 354 e ss.; Sturley, *Uniformity in the Law Governing the Carriage of Goods by Sea*, in *Jour. Mar. Law and Comm.*, 1995, pag. 553 ss.; La Mattina, *Le prime applicazioni delle Regole di Amburgo tra autonomia privata, diritto internazionale privato e diritto uniforme dei trasporti*, in *Riv. Dir. int. priv. proc.*, 2004, pag. 597 e ss., spec. pag. 613 e ss.; Nicolas, *Les Règles d'Hambourg devant les tribunaux français*, in *Dr. mar. fr.*, 1998, pag. 547.

(9) United Nations Conference on Trade and Development.

(10) Sul punto cfr. Legendre, *La Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer*, in *Droit Maritime Français*, 1978, pag. 984 ss., e, più in generale, Auchter, *La Convention des Nations-Unies sur le transport de marchandises par mer de 1978*, in *Eur. Transport Law*, 1978, pag. 451 ss.; Frederick, *Political Participation and Legal Reform in the International Maritime Rulemaking Process: From the Hague Rules to the Hamburg Rules*, in *J.M.L.C.*, 1991, pag. 81 ss., cui *adde*, successivamente all'entrata in vigore delle Regole di Amburgo, Bauer, *Conflicting Liability Regimes: Hague-Visby v. Hamburg Rules - A case by case analysis*, in *J.M.L.C.*, 1993, pag. 53 ss.; Berlingieri F., *Conclusion - Coesistenza entre la Convention de Bruxelles et la Convention de Hambourg*, Atti del "Recontre international sur le thème de 'L'entrée en vigueur des règles de Hambourg'", Marsiglia, 25 novembre 1992, in *Dir. Mar.*, 1993, pag. 351 ss.; Honnold, *Ocean Carriers and Cargo: Clarity and Fairness - Hague or Hamburg?*, *ibidem*, 1993, pag. 75 ss.

(11) Sul CMI, la sua storia e il suo sviluppo si veda per tutti Carbone S.M., *La disciplina giuridica del traffico marittimo internazionale*, Bologna, 1982. L'insigne

Autore afferma infatti a pag. 35 dell'opera che "...il ruolo e l'importanza del Comité Maritime International nella progressiva affermazione di una disciplina uniforme del diritto marittimo sono fuori discussione".

(12) Carbone S.M., *Contratto*, cit.; Berlingieri F. - Zunarelli, *Il Draft Instrument on Transport Law del CMI*, in *Dir. Mar.*, 2002, pag. 20; Sturley, *The United Nations Commission on International Trade Law's Transport Law Project: An Interim View of a Work in progress*, in 39 *Texas Int'l L. J.*, 2003, pagg. 76-79. Per una recente critica a tale progetto cfr. per tutti Honka, *The Legislative Future of Carriage of Goods by Sea: Could it not be the UNCITRAL Draft?*, in 46 *Scandinavian Studies/Law*, 2004, pag. 93 ss.; e, da ultimo, Schelin, *The UNCITRAL Convention on Carriage of Goods by Sea: Harmonization or De-Harmonization?*, in *Tex. Int'l L. J.*, 2008-2009, pag. 321 ss., nonché Sturley, *Transport law for the twenty-first century: an introduction to the preparation, philosophy, and potential impact of the Rotterdam Rules*, in Thomas (ed.), *A New Convention for the Carriage of Goods by Sea - The Rotterdam Rules*, Oxon, 2009, pag. 1 ss.

(13) Vale a dire: (i) la Convenzione di Bruxelles del 1924; (ii) la Convenzione di Bruxelles del 1924 come modificata dal Protocollo dell'Aja (1968); (iii) la Convenzione di Bruxelles del 1924 come modificata dal Protocollo di Visby (1979); (iv) le Regole di Amburgo (in vigore dal 1992). Per un sintetico quadro dei problemi derivanti dalla presenza di tali differenti regimi di responsabilità cfr. gli autori citati alla precedente nota, a cui si deve aggiungere Sturley, *Uniformity in the Law Governing the Carriage of Goods by Sea*, in *J.M.L.C.*, 1995, pag. 553 ss.

(14) Sul punto si rinvia a La Mattina, *La responsabilità del vettore multimodale profili ricostruiti e de iure condendo*, in *Dir. Mar.*, 2005, pagg. 4 e ss.

(15) La versione finale del progetto discusso dal *Working Group III* è contenuta nel documento A/CN.9/645, reperibile sul sito Internet [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org). Per un'esauriva analisi delle Rotterdam Rules cfr. per tutti AA.VV., *The Rotterdam Rules: A Practical Annotation*, London, 2009.

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

(17) L'art. 94 delle Regole di Rotterdam dispone che esse entreranno in vigore «il primo giorno del mese successivo alla scadenza di un anno dalla data di deposito del ventesimo strumento di ratifica, accettazione approvazione o adesione».

(18) L'art. 89 delle Regole di Rotterdam - analogamente a quanto previsto dall'art. 31 delle Regole di Amburgo - stabilisce che i Paesi aderenti a tale convenzione debbano denunciare i precedenti regimi sulla responsabilità del vettore marittimo in vigore in tali Paesi (e, quindi, a seconda dei casi, la Convenzione di Bruxelles del 1924 ovvero la Convenzione di Bruxelles del 1924 come modificata dal Protocollo dell'Aja o dal Protocollo di Visby ovvero, infine, le Regole di Amburgo) con effetto dal momento di entrata in vigore delle stesse Regole di Rotterdam e che, in caso di mancata denuncia, la relativa ratifica sarà considerata «not effective». In sede di discussione è stato evidenziato che tale previsione presenta senza dubbio il vantaggio «of providing maximum certainty on the applicable law, since after its denunciation a treaty would not have any force of law in the denouncing State», ma - nelle more dell'adesione su larga scala delle Regole di Rotterdam «would deprive the carriers and shippers in the denouncing State of the benefit of a uniform legal regime with a number of contracting partners in States which had not yet become parties to the [draft] convention, but were parties to another instrument relating to international carriage of goods by sea»: così doc. A/CN.9/WG.III/WP.78, paragrafo 5, consultabile all'indirizzo web [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

(19) Berlingieri F., *La Convenzione di Bruxelles sulla polizza di carico ed il codice della navigazione*, in *Dir. Mar.*, 1952, pag. 489 ss.; Carsana, *Appunti sulla pretesa abrogazione della legge 19 luglio 1929, n. 1638 e sull'ambito della sua applicazione*, in *Dir. Mar.*, 1962, pag. 51 ss.; Persico, *La Convenzione di Bruxelles del 1924 sulla polizza di carico e la sua pretesa abrogazione*, in *Dir. Mar.*, 1953, pag. 439 ss.

(20) Russo, *Ancora sulla perdurante efficacia nell'ordinamento italiano della convenzione di Bruxelles sulla polizza di carico*, in *Riv. dir. nav.*, 1963, pag. 252; Scerni, *Il diritto internazionale marittimo ed aeronautico*, in *Trattato di diritto internazionale*, a cura di Fedozzi, Romano, Padova, 1936, spec. pag. 17 e ss.

(21) Sul punto si veda Malintoppi, *Diritto uniforme e diritto internazionale privato in tema di trasporto*, Milano, 1955.

(22) Si elencano qui di seguito cronologicamente i provvedimenti legislativi disciplinanti il trasporto delle merci pericolose via mare: D.P.R. del 9 maggio 1968, n. 1008: Regolamento per l'imbarco, trasporto per mare, sbarco e trasbordo delle merci pericolose in colli; D.M. del 10 settembre 1968: Determinazione dei modelli delle etichette di pericolo, che debbono essere applicate sui recipienti e sugli imballaggi contenenti merci pericolose, e dei vari modi per la separazione delle merci incompatibili; D.M. del 5 novembre 1973: Approvazione delle norme per il trasporto marittimo di colli contenenti piccole quantità di una o più sostanze chimiche pericolose; D.M. del 17 aprile 2001: Norme integrative al decreto 14 maggio 1990, recante: Norme sui contenitori intermedi destinati al trasporto marittimo di merci pericolose in colli: generalità, tipi e requisiti, prescrizioni relative alle prove; D.M. del 17 aprile 2001: Norme integrative al decreto 23 maggio 1985 recante: Norme sugli imballaggi destinati al trasporto marittimo di merci pericolose in colli: generalità, tipi e requisiti, prescrizioni relative alle prove; D.M. del 17 aprile 2001: Classificazione di merci pericolose ai fini del trasporto marittimo; D.M. del 31 dicembre 2001: Modificazioni al decreto ministeriale in data 4 maggio 1995, recante procedure per il rilascio dell'autorizzazione all'imbarco e tra-

sporto marittimo o del nulla osta allo sbarco delle merci pericolose; D.M. Infrastrutture e Trasporti del 18 aprile 2003: Trasporto marittimo di merci pericolose allo stato liquido o allo stato di gas liquefatti poste in contenitori cisterna e veicoli cisterna stradali o ferroviari; D.M. Infrastrutture e Trasporti del 23 dicembre 2003, parte 2 di 2: Classificazione di merci pericolose ai fini del trasporto marittimo; D.M. Infrastrutture e Trasporti del 23 dicembre 2003, parte 1 di 2: Classificazione di merci pericolose ai fini del trasporto marittimo; D.M. Infrastrutture e Trasporti del 13 gennaio 2004, parte 2 di 2: Procedure per il rilascio dell'autorizzazione all'imbarco e trasporto marittimo e per il nulla osta allo sbarco e al reimbarco su altre navi (*transshipment*) delle merci pericolose; D.M. Infrastrutture e Trasporti del 13 gennaio 2004, parte 1 di 2: Procedure per il rilascio dell'autorizzazione all'imbarco e trasporto marittimo e per il nulla osta allo sbarco e al reimbarco su altre navi (*transshipment*) delle merci pericolose; D.M. Infrastrutture e Trasporti n. 36/2004 del 20 giugno 2005: Modificazioni al decreto del 13 gennaio 2004, recante procedure per il rilascio dell'autorizzazione all'imbarco e trasporto marittimo e per il nulla osta allo sbarco e al reimbarco su altre navi (*transshipment*) delle merci pericolose (Decreto n. 36/2004); Decreto del Comandante Generale del Corpo delle capitanerie di porto del 13 gennaio 2004 (pubblicato in *G.U.* n. 24 del 30 gennaio 2004); D.P.R. del 6 giugno 2005, n. 134: Regolamento recante disciplina per le navi mercantili dei requisiti per l'imbarco, il trasporto e lo sbarco di merci pericolose (adesione dell'Italia all'IMDG Code); D.Lgs. n. 196 del 19 agosto 2005: Attuazione della direttiva 2002/59/CE relativa all'istituzione di un sistema comunitario di monitoraggio e di informazione sul traffico navale; Circolare prot. n. 3777 MOT2/C del 31 ottobre 2005: Rispondenza dei veicoli stradali al punto 5 della risoluzione IMO A.581 (14); Circolare merci pericolose n. 15/2005: Sicurezza della navigazione; D.M. Infrastrutture e Trasporti del 18 novembre 2005: Norme integrative per il trasporto di merci pericolose sulle navi mercantili in viaggi nazionali; D.M. Infrastrutture e Trasporti del 29 settembre 2006: Norme integrative al codice IMDG (emendamento 32-04) per la verifica della compatibilità chimica degli imballaggi e dei contenitori intermedi (IBCS) di plastica destinati al trasporto di materie liquide; D.M. Infrastrutture e Trasporti del 21 marzo 2006: Procedure per il rilascio dell'autorizzazione all'imbarco e trasporto marittimo e per il nulla osta allo sbarco e al reimbarco su altre navi (*transshipment*) delle merci pericolose; D.M. Infrastrutture e Trasporti del 13 marzo 2006: Norme integrative per l'approvazione di imballaggi, grandi imballaggi e contenitori intermedi; D.M. del 02 agosto 2007: Norme provvisorie per il trasporto marittimo alla rinfusa delle merci pericolose allo stato gassoso, procedure amministrative per il rilascio dell'autorizzazione all'imbarco ed il nulla osta allo sbarco delle merci medesime; D.M. Infrastrutture e Trasporti del 7 marzo 2007: Prescrizioni relative alle prove ed ispezioni per gli imballaggi, i grandi imballaggi ed i contenitori intermedi; D.M. Infrastrutture e Trasporti del 28 aprile 2008: Ricondizionamento dei fusti metallici destinati al trasporto marittimo di merci pericolose; D.M. Infrastrutture e Trasporti del 28 aprile 2008, parte 1; D.M. Infrastrutture e Trasporti del 28 aprile 2008, parte 2; D.M. Infrastrutture e Trasporti del 28 aprile 2008, parte 3; D.M. Infrastrutture e Trasporti del 1 agosto 2008 Aggiornamento dell'appendice 1 al D.M. 22 luglio 1991, e successive modificazioni, recante norme di sicurezza per il trasporto marittimo alla rinfusa di carichi solidi; Classificazione di merci pericolose ai fini del trasporto marittimo, parte 1 di 2: D.M. Infrastrutture e Trasporti 24 giugno 2008; Classificazione di merci pericolose ai fini del trasporto marittimo, parte 2 di 2: D.M. Infrastrutture e Trasporti 24 giugno 2008; D.M. Infrastrutture e Trasporti del 9 dicembre 2009: Adozione di misure equivalenti a quelle previste dal Codice IMDG per il trasporto su navi da passeggeri in viaggi nazionali di bombole da gas per uso domestico; Circolare Titolo: Sicurezza della Navigazione del 24 novembre 2009: Capitolo 1.3 del IMDG Code "Formazione" del personale a terra, impiegato nel trasporto marittimo di merci pericolose; Direttiva 2009/17/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009: Reca la modifica della direttiva 2002/59/CE relativa all'istituzione di un sistema comunitario di monitoraggio del traffico navale e d'informazione; D.M. Infrastrutture e Trasporti del 22 ottobre 2010: Classificazione di merci pericolose ai fini del trasporto marittimo; D.M. Infrastrutture e Trasporti del 12 maggio 2010: Procedura e metodi di prova per gli imballaggi per merci pericolose, ai sensi del paragrafo 6.1.5 del Codice IMDG.

(23) Conferenza Aja 1921, art. 6: "*Les marchandises de nature inflammable, explosive ou dangereuse, à l'embarquement desquelles le transporteur, le capitaine ou l'agent du transporteur n'aurait pas consenti, en connaissant leur nature ou leur caractère pourront à tout moment avant débarquement, être débarquées à tout endroit ou détruites ou rendues inoffensives par le transporteur sans indemnité et le chargeur de ces marchandises sera responsable de tout dommage et dépenses provenant ou résultant directement ou indirectement de leur embarquement. Si quelqu'une de ces marchandises embarquées à la connaissance et avec le consentement du transporteur devenait un danger pour le navire ou la cargaison, elle pourrait de même façon être débarquée ou détruite ou rendue inoffensive par le transporteur sans responsabilité de la part du transporteur si ce n'est du chef d'avaries communes s'il y a lieu*".

(24) Travaux préparatoires, pagg. 591 e 592. Con tali integrazioni il testo è risultato il seguente (le integrazioni figurano in corsivo): "6. Goods of an inflammable or explosive nature, or of a dangerous nature, unless the nature and character thereof have been declared in writing by the shipper to the carrier before shipment and the carrier, master or agent of the carrier has consented to their shipment, may at any time before de-

*livery be destroyed or rendered innocuous by the carrier without compensation to the shipper, and the shipper of such goods shall be liable for all damages directly or indirectly arising out of or resulting from such shipment. If any such goods shipped with such consent shall become a danger to the ship or cargo they may in like manner be destroyed or rendered innocuous by the carrier without compensation to the shipper.* Per approfondimenti si rinvia a: Berlingieri F., *Le convenzioni internazionali di diritto marittimo e il codice della navigazione*, Milano, 2009.

(25) Vedasi la circolare della Chamber of Shipping of the United Kingdom del 1 giugno 1922, in *Travaux préparatoires*, pag. 40.

(26) Il nuovo testo (in *Travaux préparatoires*, pagg. 807-808), che ora costituiva il § 7 dell'art. 4, era così formulato (le modifiche rispetto al testo contenuto nelle Regole dell'Aja del 1921 sono inserite in corsivo): "7. *Goods of an inflammable or explosive nature, or of a dangerous nature, the nature and character whereof are unknown to the carrier before shipment and to the shipment whereof the carrier, master or agent of the carrier has not consented, may at any time before delivery be destroyed or rendered innocuous by the carrier without compensation to the shipper, and the shipper of such goods shall be liable for all damages directly or indirectly arising out of or resulting from such shipment. If any such goods shipped with such knowledge and consent shall become a danger to the ship or cargo they may in like manner be destroyed or rendered innocuous by the carrier without liability on the part of the carrier except to general average.*"

(27) Le Regole di Rotterdam, che nel loro art. 32 elencano gli obblighi del caricatore nel caso di imbarco di merci pericolose, contengono nella frase di apertura una implicita definizione di merci pericolose, così disponendo: "When goods by their nature or character are, or reasonably appear likely to become, a danger to persons, property or the environment." (seguono sub a) e b) gli obblighi del caricatore).

(28) CMR (art. 22), Regole di Amburgo (art. 13) e COTIF-CIM (art. 9). Soltanto la CMNI (art. 7) menziona accanto alle merci pericolose le merci inquinanti.

(29) *Brass v. Maitland* (1856) GE. & B. 470 e le altre decisioni citate in Cooke e altri, *Voyage Charters*, London, 1993, pag. 110. Per una accurata analisi ditali decisioni vedasi *Opinion* di Lord Justice Scrutton, in *The Great Northern Railway Company v. L.E.P. Transport and Depository, Ltd.*, 11 Ll. L. Rep. 133, a pagg. 139 e 140.

(30) *Efforts Shipping Co. Ltd. v. Linden Management SA. - The "Giannis NK"*, in *Dir. Mar.*, 2000, pag. 1500.

(31) Sul punto si rinvia a Berlingieri F., op. ult. cit.

(32) Vedasi in questo senso per la giurisprudenza inglese *Effort Shipping Co. v. Linden Management LA.*, cit.; per la giurisprudenza degli Stati Uniti: *Senator Linie G.m.b.H. v. China National Chemicals Import & Export Corp.* (U.S. court of Appeals-II Cir.), in *Dir. Mar.*, 2003, pag. 284 con nota di M. Mordiglia e M. Scapinello cit., e *In re m/n DG Harmony Consolidated Cases*, IJSDC-Southern District of New York 18 ottobre 2005, 2005 AMC 2528 e 2006 AMC 2528 e 2006 AMC 2343. Nel senso della esclusione della *strict liability* del caricatore quando il vettore conosce le caratteristiche della merce vedasi *Contship Container Lines, Ltd. v. PPG Industries, Inc.*, 2006 AMC 686. In dottrina vedasi inoltre Carver's, *Carriage by sea*, Vol. II, pag. 840 e segg., § 1107 e segg.; Treitel & Reynolds, *An Outline of the Law of Contract*, Oxford University Press, 2004, op. cit. alla nota 44 del Capitolo I, pag. 646, § 9-283; Skell, *Bills of lading: law and contracts*, London, 2000, pag. 470; Righetti, *Trattato*, cit., Parte I, Tomo II, pag. 1968; Carbone, *Contratto di trasporto*, cit.

(33) International Convention on the Contract of Carriage of Goods by Inland Waterway (CMNI), firmata a Budapest il 22 giugno 2001, si veda Berlingieri F., *Le convenzioni*, cit.

(34) United States Court of Appeals for the second circuit, 3 marzo 2008, *Sack, B.D. Parker e Hall, Circuit Judges, IN RE M/V "DG Harmony"*, in *Dir Mar.*, 2009, pag. 550; in senso conforme si veda United States Court of Appeals for the second circuit, 21 marzo 2006, *Contship containerlines, LTD. v. PPG industries, INC.*, in *Dir Mar.*, 2008, pag. 1460.

(35) Tra le definizioni di *constructive total loss* si riporta quella contenuta nel § 60 del British Marine Insurance Act del 1906, secondo il quale si ha perdita totale costruttiva o tecnica: - where the assured is deprived of the possession of his ship of goods by a peril insured against, and (a) it is unlikely that he will recover his ship or goods, as the case may be, or (b) the cost of recovering the ship or goods, as the case may be, would exceed their value when recovered or - in the case of damage to a ship where she is so damaged by a peril insured against that the cost of repairing the damage would exceed the value of the ship when repaired or - in the case of damage to goods where the cost repairing the damage and forwarding the goods to their destination would exceed their value on arrival. Per un approfondimento del concetto di *constructive total loss* e per un'analisi della sua applicazione anche negli Stati Uniti v. Solomon Huebner, *Marine insurance*, Bibliothazaar, LLC, 2008, pag. 77 e ss. 2008, pag. 77 ss.

(36) "Le merci di natura infiammabile, esplosiva o pericolosa, alla caricazione delle quali il vettore, il comandante o l'agente del vettore non avrebbe consentito, conoscendo la loro natura o il loro carattere potranno in ogni momento prima della scaricazione essere sbarcate in qualsiasi luogo o distrutte o rese innocue dal vettore senza indennità e il caricatore di queste merci sarà responsabile di qualsiasi danno o spesa derivanti o risultanti direttamente o indirettamente dalla loro caricazione".

(37) "Il caricatore non sarà responsabile della perdita o del danno subiti dal vettore o dalla

nave che provengano o risultino da una qualsiasi causa senza che vi sia azione, colpa o negligenza del caricatore, dei suoi agenti o dei suoi preposti".

(38) Cfr. U.S.C.A. - Second Circuit - 17 maggio 2002, *Senator Linie GMBH & CI. KG v. China National Chemicals Import & Export ed altri*, in *Dir. Mar.*, 2003, pag. 284 ss., con nota di Mordiglia e Scapinello e anche in *Dir. trasp.*, 2003, 235, con nota di Corona; U.S.C.A. - Second Circuit - 21 marzo 2006, *Contship Containerlines Ltd. v. PPG Industries Inc.*, in *Dir. Mar.*, 2008, pag. 1460 ss., con nota di Micciché.

(39) Sul punto si veda Carver, *Carriage the goods by sea*, London, 2010.

(40) La conclusione che i citati riferimenti normativi diano origine a due distinte ipotesi di responsabilità - la prima basata sulla colpa e la seconda di carattere oggettivo - è stata frutto di un'elaborazione giurisprudenziale sulla base della quale è stato osservato che se il regime previsto dai due commi fosse stato identico, il § 6 sarebbe privo di significato rappresentando un'inutile ripetizione. Con riferimento al rapporto intercorrente tra le due norme è stato, inoltre, affermato che il § 3 contiene una norma di carattere generale e il § 6 una norma di carattere speciale di cui, quindi, deve affermarsi la prevalenza sulla prima. Sul punto si vedano tra le altre, e non solo con riferimento all'orientamento dei giudici statunitensi, House of Lords, 22 gennaio 1998, *Effort Shipping Co. Ltd. v. Linden Management ed altri*, in *Dir. Mar.*, 2000, pag. 1500 ss., con nota di Berlingieri F.; U.S.C.A. - Second Circuit - 17 maggio 2002, *Senator Linie GMBH & CI. KG v. China National Chemicals Import & Export ed altri*, cit.; Federal Court of Canada - Trial Division, 7 luglio 2003, *Elders Grain Co. Ltd. e al v. The "Ralph Misener" et al mv "Ralah Misener"*, in *Dir. trasp.*, 2004/3, pag. 368 ss.; 17 maggio 2002, *Senator Linie GMBH & CI. KG v. China National Chemicals Import & Export ed altri*, cit.; Federal Court of Canada - Trial Division, 7 luglio 2003, *Elders Grain Co. Ltd. e al v. The "Ralph Misener" et al mv "Ralah Misener"*, in *Dir. trasp.*, 2004/3, pag. 368 ss.

(41) Cfr. *m/v DG Harmony*: United States Federal Court for the Southern District of New York; Chin DJ.; No. 98 Civ. 8394 (DC), 2005 U.S. Dist. Lexis 23874; 18th October 2005 (pubblicata nel sito <http://caselaw.lp.findlaw.com>).

(42) La Corte d'Appello cita, in particolare, le pronunce relative ai casi *m/v Tokyo Senator* e *Contship France* (per gli estremi delle sentenze v. nota 4); Nella vicenda *m/v Tokyo Senator* (in viaggio, nel 1994, dalla Corea verso Stati Uniti) si era verificato un incendio a bordo della nave per effetto della spontanea combustione

del carico (costituito da 300 fusti di thiourea dioxide - TDO) e l'appellante aveva richiesto il riconoscimento della *strict liability* nei confronti del caricatore ai sensi del Carriage of Goods by Sea Act, 46 U.S.C. section 1304 (6). Il Second Circuit, rigettando le conclusioni della Corte di prima istanza, ha ritenuto il caricatore *strictly liable* perché *neither the shipper nor the carrier had actual or constructive pre-shipment knowledge of the inherently dangerous nature of the shipped goods* (il corsivo è tratto dal DMC's Case Notes consultabile sul sito [http://www.onlinedmc.co.uk/Senator\\_v\\_sunway.htm](http://www.onlinedmc.co.uk/Senator_v_sunway.htm)). Al tempo del trasporto (1994), infatti, la sostanza era considerata un composto stabile in circostanze normali e non era inserita nell'elenco dell'International Maritime Dangerous Goods Code né nel Code of Federal Regulations. Si ricorda, altresì, che la decisione citata rileva per aver perseguito il dichiarato obiettivo di contribuire a garantire l'uniformità del diritto internazionale del trasporto marittimo di merci, allineando il proprio orientamento a quello seguito dalla giurisprudenza anglosassone nel noto caso nave *Giannis NK*. La seconda sentenza si riferisce ad una fattispecie analoga a quella in commento sia con riferimento alla dinamica dell'incidente (nel 1997 la portacontainer *Contship France*, approdata nel porto di Tahiti, viene avvolta da un incendio sviluppatosi nella stiva a causa dall'esplosione dei fusti contenenti ipoclorito di calcio stivati vicino al deposito del bunker) che alla figura del caricatore/appellante impersonata dalla PPG Industries, Inc. Per un approfondimento ed una dettagliata ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali statunitensi in materia di responsabilità del caricatore per danni occorsi nel trasporto internazionale marittimo di merci pericolose vedi in particolare, Meltem Deniz Güner-Özbek, *The carriage of dangerous goods by sea*, Springer, 2007, pag. 144 ss.

(43) Di conseguenza, si potrebbe ritenere che la *strict liability* trovi applicazione anche nell'ipotesi in cui solo il caricatore conosca la natura pericolosa della sostanza trasportata, essendo ritenuto egli *in a better position to know the nature of its goods*.

(44) Come osservato in dottrina, "...The general elements of products liability are that the defendant sold or manufactured a product, that the product was unreasonably dangerous or was in a defective condition when it left the defendant's control, and that the defect resulted in injury to the plaintiff"; Così Duclos, *Liability for Losses Caused By Inherently Dangerous Goods Shipped By Sea and the Competing Determinative Degrees of Knowledge*, pubblicato sul sito <http://www.duclosduclos.org/LiabilityforLossesCausedbyShipmentof.pdf>.

(45) L'ipoclorito di calcio è indicato nella classe 5.1 (Oxidizing substances) dell'International Maritime Dangerous Goods Code ("IMDG Code") ed è identificato, a seconda della sua composizione chimica, con i numeri "UN 1748" (ipoclorito di calcio secco), "UN 2880" (ipoclorito di calcio idrato) e "UN 2208" (polvere sbiancante). Tra l'altro, come la stessa Court of Appeal osserva, l'IMDG Code prevede anche alcune indicazioni relative alla temperatura limite in corrispondenza della quale possa ritenersi sicuro il luogo scelto per lo stivaggio.

(46) Nel caso di specie, per esempio, prima della partenza era stata consegnata al comandante della nave una circolare emanata dalla Swedish Club (a member-owned mutual insurance company) intitolata "member alert: July 1998: Calcium Hypochlorite (Hydrated) UN No. 2880," di cui si riportano i

passaggi fondamentali: "In the course of investigating a serious fire onboard a container vessel, the fire experts appointed by us have undertaken a research of how [calhyo] reacts to heat exposure. The preliminary results have such serious implications regarding the transportation of this material that we have decided to immediately advise the shipping community of the findings. ... The current IMO recommendation is that material is not to be exposed to a heat source in excess of 55°C for longer than a 24-hour period. Preliminary results of the research indicate, however, that for the type and size of packaging used routinely to ship this material around the world, the temperatures at which the runaway reaction is likely to begin may be much lower than that recommended by the IMO ... It is our understanding that the ambient temperature of holds of certain container ships can reach the critical ignition temperature of this material, which preliminary results of our research suggests is considerably lower than that previously published... Accordingly, it is suggested that this material is not shipped in the holds of such ships and if stowage on deck is arranged heating of this material by direct sunlight must be avoided".

(47) Com'è noto gli obblighi che incombono sul caricatore nel trasporto marittimo di merci pericolose non sono espressamente indicati dall'art. 1304 § 6 COGSA (art. 4 § 6 Regole Aja -Visby). Nelle Regole di Amburgo del 1978, invece, l'art. 13 § 1 e 2, impone positivamente al caricatore l'obbligo di caricare ed apporre marche appropriate alle merci pericolose e di informare il vettore, al momento della consegna delle merci, del carattere pericoloso del carico e, *if necessary*, a comunicargli le precauzioni da adottare. Infine, la *Convention on contracts for the international carriage of goods wholly or partly by sea* (c.d. Regole di Rotterdam) - che è stata firmata il 23 settembre 2009 a Rotterdam - prevede un articolo contenente l'indicazione degli obblighi del caricatore. Mi riferisco all'art. 32 intitolato "Special rules on dangerous goods" che si riporta testualmente: "When goods by their nature or character are, or reasonably appear likely to become, a danger to persons, property or the environment: (a) The shipper shall inform the carrier of the dangerous nature or character of the goods in a timely manner before they are delivered to the carrier or a performing party. If the shipper fails to do so and the carrier or performing party does not otherwise have knowledge of their dangerous nature or character, the shipper is liable to the carrier for loss or damage resulting from such failure to inform; and (b) The shipper shall mark or label dangerous goods in accordance with any law, regulations or other requirements of public authorities that apply during any stage of the intended carriage of the goods. If the shipper fails to do so, it is liable to the carrier for loss or damage resulting from such failure." In dottrina è stato osservato che, nei casi di inottemperanza delle suddette prescrizioni, la responsabilità del caricatore sarà oggettiva (*strict liability*). Sul punto vedasi Berlingieri F., Zunarelli, Alvisi, *La nuova Convenzione UNCITRAL sul trasporto internazionale di merci "wholly or partly by sea" (Regole di Rotterdam)*, in *Dir. Mar.*, 2008, pag. 1184 ss.; Olebakken, *Background paper on shipper's obligations and liabilities*, in *CMI yearbook*, 2007-2008, pag. 305, disponibile sul sito [www.comitemaritime.org](http://www.comitemaritime.org). Per un'analisi del Draft della convenzione vedi Berlingieri F., Zunarelli, *Il draft instrument on transport law del CMI*, in *Dir. Mar.*, I/2002, pag. 3 ss. e III/2002, pag. 817 ss.; Berlingieri F., Zunarelli, Alvisi, *Draft convention on international carriage of goods wholly or partly by sea*, in *Dir. Mar.*, I/2008, pag. 299 ss. Dalla lettera della norma si potrebbe desumere che anche nelle Regole di Rotterdam la *strict liability* del caricatore possa essere invocata solo quando "the carrier or performing party does not otherwise have knowledge of their dangerous nature or character".

(48) Il produttore di merci pericolose elencate nel Codice IMDG è tenuto a fornire al vettore informazioni dettagliate sul carico, comprensive del corretto nome tecnico, del numero ONU e della classe di pericolo di ogni singola merce. Inoltre, se le merci sono containerizzate, la persona responsabile del carico del contenitore deve fornire un certificato di carico del contenitore e prestare attenzione a che: - vengano usati esclusivamente contenitori di trasporto stabili, omologati e sottoposti a regolare manutenzione in conformità alla Convenzione internazionale sulla sicurezza dei contenitori (*International Convention for Safe Containers, CSC*) del 1972; - siano rispettate le disposizioni vigenti in materia di imballaggio, stivaggio, messa in sicurezza e separazione delle merci pericolose nel contenitore; - venga fornita al vettore una dichiarazione attestante che le merci sono descritte, classificate, imballate, marcate o etichettate conformemente alle disposizioni del Codice IMDG.

(49) Il C.A.T. è la temperatura minima in corrispondenza della quale una sostanza, sensibile agli sbalzi termici, comincerà a trattenere più calore di quello che disperde, con il rischio di provocare reazioni pericolose.

(50) Si rinvia sul punto a Benassai, *IMDG Code (traduzione italiana)*, Milano, 2008; l'IMDG Code si trova nel Cap.VII della Convenzione Solas del 1974 e successive modifiche.

(51) Pubblicato in *G.U.* n. 163 del 15 luglio 2005, consultabile all'indirizzo [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it).

(52) L'ultimo aggiornamento è costituito dal Code IMDG 2014 recepito con Decreto n. 303/2014 pubblicato in *G.U.* Serie Generale n. 104 del 07 maggio 2014, Procedure per il rilascio dell'autorizzazione all'imbarco e trasporto marittimo e per il nulla osta allo sbarco e al reimbarco su altre navi (Transshipment) delle merci pericolose.

(53) Sul comandante della nave si rinvia a Righetti, op. cit.

(54) Con questo termine si indica uno "schema di trasporto" che consiste in un

complesso di procedure relative al trasferimento (sbarco/reimbarco) di contenitori dalle grandi navi portacontainers (o navi madri) su battelli di dimensioni minori definiti navi feeder. Con questi sistemi, dai grandi porti internazionali (detti *hub transshipment*) caratterizzati da retroterra continentale (come i porti di Rotterdam, New York o Singapore), è possibile trasferire le merci o sui treni, mediante i percorsi dei *landbridges*, o sulle reti di navi *feeder* verso porti che servono retroterra o *hinterland* regionali.

(55) Consultabile all'indirizzo [www.imo.org.legal](http://www.imo.org.legal).

(56) Vedere circolare MSC/Circ. 745 nelle linee guida per la preparazione del manuale di sicurezza del carico.

(57) Termine tecnico marittimo che si riferisce all'azione di fissaggio del carico sulla nave o su un *container*. Nel caso di un *container flat rack*, per esempio, essendo lo stesso costituito da un pianale in metallo, si tratta di fissare il carico agli appositi anelli metallici con l'ausilio di corde o fasce o cavi in acciaio per impedirne il movimento durante il trasporto. Il termine è anche usato per definire il fissaggio dei container sul ponte delle navi portacontainer che vengono imbragati con cavi di acciaio per evitarne la caduta o l'oscillazione durante la tratta marittima. È importante precisare che chi opera il rizzaggio, si assume la responsabilità di danni alla merce in caso di lavoro mal eseguito o per danni presumibilmente derivanti dal rizzaggio stesso. Si veda il Codice di modalità sicure per lo stivaggio e il rizzaggio del carico (Codice CSS), come emendato.

(58) In argomento si vedano: Leanza, *La responsabilità dell'armatore di navi nucleari e la Convenzione di Bruxelles del 25 maggio 1962*, in *Riv. dir. nav.*, 1968, I, pag. 24 e ss.; Berlingieri F.- Dagna, *Diritto nucleare e diritto della navigazione*, in *Dir. Mar.*, 1960, pag. 270; Albano, *Trasporto marittimo di sostanze nucleari*, in *Dir. Mar.*, 1969, pag. 492. La responsabilità dell'armatore, definito qui "operator of the nuclear ship" è basata al riguardo sul principio dell'oggettività assoluta. Sul tema della responsabilità per esercizio di nave nucleare e per il trasporto di materie fissili e radioattive e sulle Convenzioni internazionali disciplinanti la materia, in costante evoluzione, si veda anche Righetti, *Trattato*, cit., Parte I, Tomo II, Milano, 1999, pag. 1534.

(59) Cap. I, art. 1.1.3.1.1, IMDG Code: "Queste disposizioni stabiliscono requisiti di sicurezza che forniscono un accettabile livello di controllo dei rischi da radiazioni, da criticità e termici per le persone, i beni e l'ambiente, associati al trasporto di materiale radioattivo. Queste disposizioni si basano sulla Regolamentazione per la Sicurezza del Trasporto di Materiali Radioattivi della Agenzia Internazionale per la Energia Atomica (IAEA), edizione 1996, (Emendata) Safety Standard Series N. TS-R-1 (ST-1, emendata) (ISBN 92-0-104996-X), che stabilisce requisiti particolarmente per gli armatori e per quelli che maneggiano colli contenenti materiali radioattivi nei porti e a bordo delle navi, senza consultare necessariamente la Regolamentazione IAEA. Comunque, la Regolamentazione IAEA include anche Schede di requisiti per il trasporto di specifici tipi di spedizioni di materiale radioattivo che non sono incluse in questo Codice. Queste Schede riassumono i requisiti di quelle Regolamentazioni, ma non contengono nessuna disposizione addizionale. Le Schede possono essere consultate per un veloce riferimento, ma non hanno precedenza sulle disposizioni del TS-R-1 o di questo Codice".

(60) Si rinvia a Righetti, cit.

(61) Decreto 27 febbraio 2002: Recepimento della direttiva 1999/48/CE della Commissione del 21 maggio 1999 che adegua al progresso tecnico per la seconda Volta la direttiva 96/49/CE del Consiglio per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al trasporto di merci pericolose per ferrovia, pubblicato in *G.U.* n. 60 del 12 marzo 2002, consultabile all'indirizzo [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it); decreto 18 novembre 2005: Norme integrative per il trasporto di merci pericolose sulle navi mercantili in viaggi nazionali, pubblicato in *G.U.* n. 285 del 7 dicembre 2005, consultabile all'indirizzo [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it).

(62) E' stato pubblicato il Decreto Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti 16 gennaio 2015 (G.U. n. 78 del 3 Aprile 2015) recante il recepimento nell'ordinamento nazionale della direttiva 2014/103/UE relativa al "trasporto interno di merci pericolose". La pubblicazione di tale decreto implica che le nuove disposizioni contenute nell'edizione 2015 dell'ADR (trasporto stradale) e del RID (trasporto ferroviario), già applicabili per trasporti internazionali di merci pericolose, possono fin da ora essere applicate anche a livello nazionale. Ricordiamo che l'osservanza delle suddette disposizioni diverrà obbligatoria, sia a livello nazionale che internazionale, a partire dal 1 luglio 2015.

(63) Vedasi, Banassai, cit.

(64) Cap. 1.2, art. 1.2.1, IMDG Code.

(65) Dall'applicazione di tali norme, consegue che anche il contenuto della cosiddetta "borsa ADR", cioè l'equipaggiamento di base obbligatorio a bordo del mezzo, subisce delle sostanziali modifiche:

per ogni veicolo, a bordo, dovranno trovarsi: - un ceppo di dimensioni adeguate alla massa massima del veicolo ed al diametro delle ruote; - due segnali di avvertimento autoportanti; - liquido per la pulizia degli occhi (non richiesto per le classi 1, 1.4, 1.5, 1.6, 2.1, 2.2 e 2.3).

Per ogni membro dell'equipaggio: - un indumento fluorescente (norma EN 471); - una lampada portatile conforme alla disposizione 8.3.4; - un paio di guanti protettivi; - una protezione per gli occhi.

Sono previsti numerosi equipaggiamenti addizionali a secondo delle classi di pericolo trasportate (dalla maschera facciale con filtri al copri tombino per gli spandimenti di liquido).

# Recensioni e segnalazioni

GUIDO CALABRESI

IL MESTIERE DI GIUDICE  
PENSIERI DI UN ACCADEMICO AMERICANO

EDIZIONI IL MULINO, 2014, PP. 144

recensione di  
**Michele Marchesiello**  
Magistrato

Quando si vogliono affrontare temi davvero seri, conviene farlo cominciando col parlare d'altro.

Questa affermazione vale in particolare per il libriccino di Guido Calabresi, intitolato "Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano" (Il Mulino ed. pagg. 138, euro 14,00) contenente le "Alberico Gentili Lectures", tenute nel 2012 all'università di Macerata dall'illustre giurista ed egregiamente curate da Benedetta Barbisan.

Cosa può dire a un giudice italiano chi, nel titolo, si definisce "accademico", per di più "americano"?

Guido Calabresi, in realtà, non è propriamente né del tutto americano né del tutto accademico. È rimasto italiano, sino al midollo ("noi italiani..." gli scappa da dire; il giorno in cui dovette comparire davanti al Senato per la conferma della nomina a giudice era lo stesso della partita Italia - Messico per i mondiali di calcio, che si disputava proprio a Washington e alla quale Calabresi avrebbe voluto "disperatamente assistere"). Dal 1994, inoltre, dopo una straordinaria carriera accademica, è giudice nella *U.S. Court of Appeals for the Second Circuit*.

Lo scopo di questa recensione non è dunque quello di tessere l'elogio - o la critica - delle tre lezioni "magistrali" tenute da Calabresi sotto la forma di conversazione con gli studenti italiani, ma - piuttosto - di cercare cosa Calabresi può dire anche ai giudici (o agli aspiranti giudici) di casa nostra circa la loro vocazione specifica, approfittando dell'esperienza straordinaria che la sua vicenda di ebreo italiano, costretto ad abbandonare la patria in fuga dal fascismo, gli ha permesso di vivere. In questo senso ciò che egli ci dice dal punto di vista del giudice-giurista americano può in gran parte essere preso a esempio di quello che dovrebbe (e forse potrebbe) essere anche il modello di giudice italiano.

L'autore parla insomma di un mondo "altro", per parlare del nostro mondo.

A cominciare dal suo voler descrivere il lavoro del giudice come "mestiere": termine per niente riduttivo o dettato da falsa modestia, ma corrispondente all'aspetto fondamentale che deve caratterizzare il lavoro giudiziario: quello che l'autore definisce della "creatività modesta" e in gran parte artigianale di cui il buon giudice è chiamato a dare prova.

Egli scrive a questo proposito:

"Non si tratta di un giudice che crea il diritto tutto da sé - il che sarebbe un gravissimo errore - né di un giudice del tutto impotente. Il suo è piuttosto un ruolo che definirei *modesto ma creativo* (corsivo mio)." (p. 16)

E ancora:

"...non si tratta né di una creazione assoluta e solitaria, tutta imputata ai giudici, né di una creazione del tutto marginale, quanto piuttosto di un'opera incessante - talvolta ardita, altre volte modesta - di rimodellamento del diritto... Non sarà difficile comprendere quali responsabilità gravino sulle spalle dei giudici e quale *solidità di mestiere* si chieda loro (corsivi nostri)."

Cosa deriva da questo essere "mestiere" del lavoro di un giudice?

Prima di tutto, Calabresi mette in guardia contro il rischio sempre presente del narcisismo.

Il giudice deve essere consapevole del fatto che non a lui spetta stabilire cosa sia giusto in assoluto (dove "giusto" vorrebbe coincidere con "vero"), ma, piuttosto, che sua missione specifica è quella di sapersi misurare - con l'ausilio del suo mestiere e del suo "spessore giuridico e umano" - con tutto ciò - ed è tanto - che non è giusto:

"...dalla piccola, minuscola, banale ingiustizia quotidiana fino ai drammatici risvolti di una legge che dà prova di essere moralmente ingiusta", come quella che prevede la pena di morte.

Quello del narcisismo è il peccato più grave in cui un giudice possa incorrere, soprattutto quando scrive una sentenza e - così facendo - pronuncia la legge del caso concreto.

In questo senso, ammonisce Calabresi, per scrivere una sentenza "bisogna cercare di scriverla bene" (p. 31), che vuol dire prima di tutto con onestà intellettuale.

"Scrivere bene" una sentenza non significa, o non si esaurisce nello scrivere con eleganza, arguzia, sapienza giuridica. Il dovere di un giudice non è quello di scrivere bene (come non è quello di scrivere "la" giustizia) ma di scrivere ciò che è giusto nel caso che gli è sottoposto. Il che significa, prima di tutto, rendere la propria decisione comprensibile alle parti e a quanti - alla ricerca di un precedente - continueranno a leggerla nel futuro. Scrivere chiaramente e con lucidità è quello che conta, come accade solo quando si è veramente capito di cosa si tratta: se poi un giudice, al pari del grande Cardozo, ha spiccate doti letterarie, tanto di guadagnato. Ma c'è un secondo aspetto essenziale che Guido Calabresi riconduce al mestiere di giudice: egli non può mai essere o divenire uno "specialista" (quello che i tedeschi chiamano *Fach-idiot*), rinchiuso e prigioniero dentro un sistema di saperi tanto esclusivi quanto minuscoli.

Il giudice americano è in questo senso "generalista" per eccellenza. I giudici della Corte d'Appello Federale cui appartiene Calabresi, in particolare, devono conoscere di ogni branca del diritto: civile, penale, amministrativo, costituzionale ed essere pronti, da bravi artigiani, a far fronte a ogni tipo di questione giuridica, senza per questo condannarsi alla superficialità o all'irrelevanza: da buoni artigiani, appunto.

L'essere "generalista" di un giudice si collega a due esigenze principali, particolarmente sentite nell'ordinamento giudiziario e costituzionale americano: quella della chiarezza del linguaggio (il *plain language* è divenuto negli Stati Uniti un vero e proprio obbligo per la pubblica amministrazione), ma - soprattutto - quella dell'indipendenza del magistrato.

Sotto il primo profilo, è evidente che il dovere della chiarezza espositiva e argomentativa contrasta con ogni forma esasperata ed esoterica di specialismo. I giudici di primo grado devono rendere comprensibili le loro sentenze per le parti, il pubblico e i colleghi delle corti “superiori”, i quali ultimi - a loro volta - devono adempiere allo stesso obbligo in vista del fatto che le loro pronunzie sono destinate a costituire un precedente vincolante per le corti “inferiori”. Qualunque forma di specializzazione, in questo senso, comincia e spesso si esaurisce con l'escludere da sé una conoscibilità diffusa. Questo ha evidentemente a che fare con l'intrinseca democraticità di qualunque sistema di giustizia e il suo necessario far capo a principi generalissimi di costituzionalità. Accessibilità della giustizia significa non solo possibilità di adire un giudice imparziale, ma anche comprensibilità e chiarezza delle sue pronunzie.

Il secondo profilo mette in evidenza una peculiarità del sistema americano di designazione dei giudici, statali e federali. I primi vengono di massima eletti, i secondi sono sempre nominati da Presidente e confermati dal Senato. In un caso come nell'altro, la specializzazione indurrebbe i vari gruppi di potere, lobby o corporazioni a far cadere la scelta sul candidato “specialista” più vicino ai propri interessi. Solo in ragione del fatto che tutti i giudici hanno competenze generali, sostiene Calabresi, questa degenerazione viene scongiurata. L'esempio della sua nomina alla Corte d'Appello del Secondo Circuito ne è una prova. A Calabresi, che aveva dedicato una vita di studi e insegnamenti alla materia dei *torts* (responsabilità civile) nessuno chiese, in occasione dell'audizione in Senato per la sua conferma, cosa pensasse in tema di singole questioni concernenti i *torts*. Molto più rilevante era sapere cosa egli pensasse su questioni concernenti l'antitrust, l'aborto, la libertà di espressione o la pena di morte. I senatori gli fecero domande più che ininfluenti, addirittura futili. Qualcuno parlò bene di sua moglie (i cui antenati erano stati tra i primi a sbarcare dal Mayflower) e un senatore del Missouri, suo studente a Yale, disse semplicemente “Non parlerò di lui come intellettuale, non ne parlerò come accademico, né come preside né come potenziale giudice: dirò solo che è mio amico.”

“Questo fu quanto.” - conclude Calabresi - “Non mi chiesero niente di un mestiere di cui avrei dovuto imparare tutto.”

“Che la nostra competenza, una volta diventati giudici, sarà generale, fa sì che anche il sistema di scelta sia un sistema generale, di idee, di principi, e non di come si deciderebbe un caso specifico in una materia specifica.” (p.28-29).

Questo argomento, a prima vista così legato alla peculiarità del sistema americano, può rivelarsi altrettanto valido per noi italiani.

Anche nel nostro ordinamento, se non in modo così vistoso, i giudici saranno chiamati a pronunziarsi, nel corso della loro carriera, sulle questioni giuridiche più complicate e diverse, appartenenti ai rami del diritto più esasperatamente specialistici. Solo l'essere inguaribilmente “generalista” consentirà al giudice di porsi di fronte a quei problemi con animo e curiosità liberi da preconcetti, condizionamenti, pigrizie intellettuali. Ed è proprio in base alla presunzione generalista che, nelle Corti americane, i processi vengono assegnati “random” dai funzionari delle Corti stesse, evitando così assegnazioni pilotate ma - al tempo stesso - favorendo lo scambio di informazioni e la cooperazione tra i giudici.

Un altro argomento attraversa tutte e tre le conferenze di Guido Calabresi, ed è quello del rapporto del giudice con la

legge, che per lui deve essere allo stesso tempo - forse paradossalmente - strumento e risultato, mezzo e fine.

L'origine marcatamente “costituzionale” della democrazia americana, ha comportato in quel Paese una spiccata diffidenza nei confronti della legge scritta, avvertita come il retaggio di una concezione europea e francese, che faceva dell'Assemblea Generale l'organo legiferante investito di un potere quasi assoluto. Di proposito - quindi - i *Founding Fathers* vollero rendere estremamente macchinosa la produzione delle leggi ordinarie, che venne caricata - così Calabresi - di “costi di transazione politici” al preciso scopo di rendere dispendiosa e onerosa quella produzione, impedendo la moltiplicazione e la confusione delle leggi scritte. (p. 52).

La situazione è assai mutata da allora. In un suo saggio di alcuni anni fa, “*The Death of Common Sense*” (1), Philip Howard denunciava che le leggi stavano “soffocando” gli Stati Uniti, uccidendo il *common sense* e il sentimento stesso - così americano - della responsabilità individuale. Il sistema delle leggi mantiene comunque, ancora oggi, una sua tipica “anelasticità”, una rigidità che l'iperproduzione legislativa rende sempre meno leggibile e in grado di armonizzarsi con il *common sense*.

Il ruolo del giudice - osserva Calabresi - è appunto quello di sopperire a questa “anelasticità”, dotando il sistema giuridico di una adattabilità altrimenti difficile a realizzarsi tra le fonti scritte e la realtà dei rapporti giuridici.

Il giudice è dunque, sempre più, il mediatore (in questo senso “creativo”) tra le fonti scritte (ogni giorno più numerose e pervasive) e le situazioni della vita sociale che, frequenti e convulse, si rivolgono al diritto perché dia loro “la regola”.

Il fatto è che la legge, ogni legge, produce o mantiene immancabilmente dei “residui” di ingiustizia, con i quali il giudice è altrettanto immancabilmente costretto a misurarsi. Sulla scia della legge, anche ogni sentenza rischia di lasciare dietro a sé una zona oscura, residuale, in cui può annidarsi l'ingiustizia.

Questa situazione si presenta quasi sempre come lo scontro - apparentemente insanabile - tra principio di eguaglianza (*equal protection of the laws*) che assicura a ogni cittadino la protezione dei suoi diritti da parte della legge, su un piano di effettiva eguaglianza, e principio del *due process of law*, che tutela la libertà individuale nei confronti delle aggressioni o delle limitazioni che ad essa possono essere portate in nome di un interesse dello Stato. Entrambi i principi sono enunciati nel XIV Emendamento della Costituzione americana, in base al quale

“Nessuno Stato priverà alcuna persona della vita, della libertà o delle sue proprietà, senza *due process of law*, né rifiuterà ad alcuno, nell'ambito della sua sovranità, la *equal protection of the laws*”.

Compito del giudice è affrontare questo dissidio con gli strumenti del “mestiere” e quello che Calabresi chiama il suo “spessore giuridico e umano”. Il metodo additato è il metodo del dialogo: dialogo che il giudice deve intrattenere e fare intrattenere non solo tra le parti, ma anche tra gli interessi in campo, le norme e le fonti regolatrici sia sul piano sostanziale che su quello processuale, gli orientamenti e i precedenti giurisprudenziali formati attraverso il tempo e, anche, sotto la spinta dei tempi. Saper orchestrare il dialogo, o questo intreccio spesso complicato e apparentemente inestricabile di dialoghi è - per l'autore - compito principale del giudice, quello nel cui esercizio egli può dimostrare di essere veramente all'altezza, o “degno” del suo compito.

Secondo Calabresi (il quale corrobora questa sua convinzione attraverso un confronto tra due sentenze che - in base, l'una, a considerazioni di *equal protection* e, l'altra, in termini di *due process* - sono arrivate a una stessa valutazione di incostituzionalità di leggi statali che incriminavano il suicidio assistito dal medico), quello dell'*equal protection* è di norma un criterio costituzionale più propenso al dialogo di quanto non lo sia quello del *due process*. Quest'ultimo afferma recisamente una priorità che limita o addirittura conculca la libertà di alcuni, garantiti solo sul piano formale del rispetto delle regole e delle procedure prescritte. L'*equal protection* è meno "oppositiva" e più incline, attraverso il metodo del dialogo, alla ricerca d un equilibrio tra le posizioni in conflitto, che lasci intatto, o comunque non comprometta in modo irreparabile il principio fondamentale dell'eguaglianza.

Si pone a questo punto - ed è l'argomento dell'ultima delle tre conferenze - il tema della legge intrinsecamente ingiusta, individuata da Calabresi nella legge che commina la pena di morte.

Diciamo subito che il tema della pena di morte non appassiona particolarmente né tormenta il giudice o il giurista continentali di *civil law*. La pena capitale - si può ben dire - è stata radicalmente estirpata dalla loro cultura giuridica, al punto che per loro è divenuta addirittura impensabile l'ipotesi di dover condannare a morte un essere umano (oggi anche un animale). Si giustifica così la perplessità che ci coglie nell'immaginare come un giudice possa risolvere il dissidio tra l'applicazione di una legge disumana e il rispetto assoluto e incondizionato per la vita di una persona. Lo stesso Calabresi non sembra in grado di dare una risposta o indicare una via di uscita che non sia quella - abbastanza pilatesca - della *dissenting opinion*.

Ci pare comunque di poter dire, a questo riguardo, che la soluzione venga comunque indicata dalla Costituzione (quella americana in particolare, che con l'ottavo emendamento vieta siano inflitte al condannato "pene crudeli e inconsuete"), senza porre il giudice di fronte all'alternativa di dare le dimissioni.

Grazie alla Costituzione, il giudice non è mai, o quasi mai, impotente di fronte alla legge manifestamente ingiusta.

Molto più interessante, piuttosto, è la conclusione di Calabresi quando il problema, e il dilemma, investono non una

singola legge reputata ingiusta, ma un contesto ordinamentale (come quella nazista, fascista o stalinista) complessivamente e innegabilmente ingiusto. In questo caso Calabresi, e noi con lui, crede che il giudice abbia il dovere, l'obbligo morale di "diventare un rivoluzionario" (p.107), anche se il suo mestiere, in quelle condizioni, diventa pericolosissimo, lasciando come unica alternativa quella dell'uscita dal sistema stesso.

"In un contesto totalitario, contrario alla dignità dell'uomo, mi augurerei da giudice...di essere capace di continuare a svolgere il mio mestiere offrendo un completo ostruzionismo a tutte le leggi ingiuste di quel paese, pur di minare dall'interno il regime." (p.108)

"Per mia grande fortuna - continua Calabresi - gli Stati Uniti sono un paese pieno di difetti, del resto come quasi ogni altra nazione...ma, nell'insieme, sono disposto ad ammettere che gli Stati Uniti siano un paese per lo più giusto."

In questo "per lo più" si condensa la sola risposta possibile al problema - per il resto irrisolvibile - del rapporto di un giudice con la legge ingiusta.

Ogni giudice - in ultima analisi - dovrebbe sentirsi tormentato dalla propria decisione, non solo prima ma soprattutto dopo averla presa. Non è un caso che Calabresi stesso, da giudice, abbia sentito la necessità di scrivere a un condannato in seguito riconosciuto innocente, spiegandogli di aver cercato in ogni modo, ma inutilmente, di impedire la sua condanna. L'interessato, riconosciuto innocente dopo avere scontato diciassette anni di carcere. Doveva essere un santo per rispondergli che lui - il giudice - non aveva fatto altro che il suo lavoro in base alle prove raccolte. Diversamente da quell'altro condannato a una pena detentiva molto lunga, il quale - al giudice "pentito" che l'era andato a trovare in carcere per chiedere scusa - guardandolo dritto negli occhi rispose con una parola di quattro lettere.

Il realtà, ed è questa la conclusione di Calabresi, per il giudice onesto non c'è che un a sola certezza:

"Si fa il proprio meglio e si chiede perdono".

Note:

(1) Philip K. Howard, *The Death of Common Sense. How Law is Suffocating America*, Warner Books, N.Y., 1994.

## Sezione di diritto amministrativo

# Sentenze e Ordinanze

Corte costituzionale, sent. 27 gennaio 2015, n. 5 - Pres. Criscuolo - Rel. Mattarella - Pres. Cons. ministri (Avv. Stato Mangia) - Ordine avvocati Lucera e Comitato difesa della Legalità in Capitanata (Avv. Follieri) - Associazione "Comitato Ostia" (Avv. Lombardi) e altri.

### **REFERENDUM abrogativo - controllo dell'ammissibilità - camera di consiglio - partecipazione di soggetti diversi dai soggetti presentatori del referendum e dal Governo - diritto - esclusione.**

(Cost. art. 75; l. cost. n. 1 del 1953, art. 2; l. n. 352 del 1970, art. 33)

### **REFERENDUM abrogativo - scopo "incorporato" nei quesiti referendari - reviviscenza delle disposizioni che prevedevano gli uffici giudiziari e i circondari soppressi e conseguente loro ripristino - impossibilità mediante referendum - inammissibilità dei quesiti.**

(Cost. art. 75; d.lgs. n. 155 del 2012, art. 1, c. 1 e Tab. A; d.lgs. n. 14 del 2014, art. 1)

*L'ammissione, nel procedimento di controllo dell'ammissibilità dei quesiti referendari, di scritti provenienti da soggetti diversi dai presentatori del referendum e dal Governo non comporta anche il diritto di partecipare alla camera di consiglio, ma solo la facoltà della Corte, ove lo ritenga opportuno, di consentire brevi integrazioni orali degli scritti stessi. (1)*

*Sono inammissibili i quesiti referendari proposti per l'abrogazione delle disposizioni legislative, che hanno abolito taluni tribunali, i corrispondenti circondari e le relative procure della Repubblica, in quanto l'eventuale abrogazione sarebbe inidonea a far rivivere le strutture soppressi e, quindi, a realizzare lo scopo dei quesiti medesimi. (2)*

(... Omissis...) Considerato in diritto

1. La Corte è chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità di tre richieste di referendum abrogativo popolare aventi ad oggetto alcune disposizioni, o frammenti di disposizioni, dei decreti legislativi 7 settembre 2012, n. 155 (Nuova organizzazione dei tribunali ordinari e degli uffici del pubblico ministero, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 settembre 2011, n. 148) e 19 febbraio 2014, n. 14 (Disposizioni integrative, correttive e di coordinamento delle disposizioni di cui ai decreti legislativi 7 settembre 2012, n. 155, e 7 settembre 2012, n. 156, tese ad assicurare la funzionalità degli uffici giudiziari), entrambi adottati in attuazione della delega conferita al Governo dall'art. 1 della legge 14 settembre 2011, n. 148, «per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari» (così il titolo della legge).

Per quanto qui interessa - e salvo quanto si preciserà con specifico riguardo all'oggetto di ciascuno dei tre quesiti referendari - vengono in particolare in rilievo, anzitutto, l'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 155 del 2012 (articolo rubricato "Riduzione degli uffici giudiziari ordinari"), come modificato dall'art. 1 del d.lgs. n. 14 del 2014, e la Tabella A allegata allo stesso d.lgs. n. 155 del 2012, come sostituita dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 14 del 2014. L'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 155 del

2012 ha previsto, in particolare, la soppressione di alcuni uffici giudiziari ordinari, specificamente, dei tribunali ordinari, delle sezioni distaccate e delle procure della Repubblica indicati nella tabella A allegata allo stesso d.lgs. n. 155 («1. Sono soppressi i tribunali ordinari, le sezioni distaccate e le procure della Repubblica di cui alla Tabella A allegata al presente decreto»). Come risulta dalla lettura dell'elenco contenuto in detta tabella A, la soppressione ha riguardato trenta tribunali, le corrispondenti procure della Repubblica, nonché duecentoventi sezioni distaccate di tribunali ordinari, cioè, con riguardo a queste ultime, la totalità delle sedi distaccate di tribunale.

Oltre all'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 155 del 2012 ed alla Tabella A ad esso allegata, vengono poi in rilievo - limitatamente al 3° quesito referendario - l'art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 14 del 2014 e l'Allegato II al medesimo decreto, i quali hanno sostituito la Tabella A allegata al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12 (Ordinamento giudiziario). Si tratta, in questo caso, non della tabella che elenca gli uffici giudiziari soppressi, ma di quella contenente l'elenco degli uffici giudiziari italiani - in particolare, dei tribunali, suddivisi per Corte d'appello, con la definizione, tramite l'indicazione dei comuni che ne fanno parte, del relativo circondario - cioè la cosiddetta geografia giudiziaria. La sostituzione di tale tabella, già operata dall'art. 2, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 155 del 2012 e dall'Allegato 1 allo stesso decreto, è derivata dall'evidente necessità di adeguare la geografia giudiziaria al sopra menzionato intervento di soppressione di uffici giudiziari.

2. Poiché le tre richieste di referendum concernono i medesimi atti aventi valore di legge e perseguono un fine, almeno in parte, coincidente, i giudizi di ammissibilità delle stesse devono essere riuniti per essere congiuntamente trattati e decisi.

3. In via preliminare, si deve rilevare che, nella camera di consiglio del 14 gennaio 2015, questa Corte ha disposto, come già avvenuto più volte in passato, sia di dare corso all'illustrazione orale delle memorie depositate dai soggetti presentatori del referendum e dal Governo ai sensi dell'art. 33, terzo comma, della legge 25 maggio 1970, n. 352 (Norme sui referendum previsti dalla Costituzione e sulla iniziativa legislativa del popolo), sia di ammettere gli scritti presentati da soggetti diversi da quelli contemplati dalla disposizione citata, e tuttavia interessati alla decisione sull'ammissibilità delle richieste referendarie, come contributi contenenti argomentazioni ulteriori rispetto a quelle altrimenti a disposizione della Corte (*ex plurimis*: sentenze n. 13 del 2012, n. 28, n. 27, n. 26, n. 25 e n. 24 del 2011, n. 17, n. 16 e n. 15 del 2008). Tale ammissione, che deve essere qui confermata, non si traduce però in un diritto di questi soggetti di partecipare al procedimento - che, comunque, «deve tenersi, e concludersi, secondo una scansione temporale definita» (sentenza n. 31 del 2000) - e di illustrare le relative tesi in camera di consiglio, ma comporta solo la facoltà della Corte, ove lo ritenga opportuno, di consentire brevi integrazioni orali degli scritti, come è appunto avvenuto nella camera di consiglio del 14 gennaio 2015, prima che i soggetti di cui al citato art. 33 illustrino le rispettive posizioni.

4. Le tre richieste di abrogazione referendaria hanno, rispettivamente, i seguenti oggetti.

4.1. Oggetto del 1° quesito referendario sono: a) il comma

1 dell'art. 1 del d.lgs. n. 155 del 2012, come modificato dall'art. 1 del d.lgs. n. 14 del 2014; b) la Tabella A, allegata al d.lgs. n. 155 del 2012, come sostituita dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 14 del 2014.

Con tale quesito i presentatori chiedono l'abrogazione integrale delle disposizioni menzionate e, perciò, considerato il contenuto delle stesse, l'abrogazione della soppressione di tutti gli uffici giudiziari da esse aboliti, cioè dei trenta tribunali ordinari, delle corrispondenti procure della Repubblica e delle duecentoventi sezioni distaccate di tribunali ordinari indicati nella citata Tabella A.

4.2. Oggetto del 2° quesito referendario sono: a) lo stesso comma 1 dell'art. 1 del d.lgs. n. 155 del 2012, come modificato dall'art. 1 del d.lgs. n. 14 del 2014, nella parte in cui sopprime i tribunali ordinari e le procure della Repubblica di cui alla Tabella A allegata al medesimo decreto e, quindi, limitatamente alle parole: «i tribunali ordinari,» e «e le procure della Repubblica»; b) la stessa Tabella A, allegata al d.lgs. n. 155 del 2012, come sostituita dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 14 del 2014, limitatamente alle righe - e, per ciascuna di esse, alle parole, relative per ogni riga, rispettivamente, al distretto, al circondario, all'ufficio ed alla località - che menzionano tribunali e procure della Repubblica.

Il 2° quesito concerne quindi le stesse disposizioni oggetto del 1° quesito, con la differenza, però, che i presentatori non ne chiedono l'abrogazione integrale ma delle sole parole (per l'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 155 del 2012) e righe (per la Tabella A allegata al medesimo decreto) relative ai tribunali ordinari ed alle (corrispondenti) procure della Repubblica. Con tale quesito, perciò, diversamente dal 1°, non viene richiesta l'abrogazione della soppressione delle duecentoventi sezioni distaccate di tribunale.

4.3. Oggetto del 3° quesito referendario sono: a) lo stesso comma 1 dell'art. 1 del d.lgs. n. 155 del 2012, come modificato dall'art. 1 del d.lgs. n. 14 del 2014, nella parte in cui sopprime i tribunali ordinari e le procure della Repubblica di cui alla Tabella A allegata al medesimo decreto e, quindi, limitatamente alle parole: «i tribunali ordinari,» e «e le procure della Repubblica»; b) la stessa Tabella A, allegata al d.lgs. n. 155 del 2012, come sostituita dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 14 del 2014, limitatamente alle righe - e, per ciascuna di esse, alle parole, relative per ogni riga, rispettivamente, al distretto, al circondario, all'ufficio ed alla località - che menzionano tribunali e procure della Repubblica; c) il comma 3 dell'art. 1 del d.lgs. n. 14 del 2014 («3. Al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, la tabella A è sostituita dalla tabella di cui all'allegato II»), nonché l'Allegato II (Tabella A del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12) del medesimo d.lgs. n. 14 del 2014, «nella parte in cui hanno sostituito la tabella A del Regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, limitatamente alla parte in cui quest'ultimo prevedeva i circondari dei tribunali di Acqui Terme, Alba, Ariano Irpino, Avezzano, Bassano del Grappa, Camerino, Casale Monferrato, Chiavari, Crema, Lanciano, Lucera, Melfi, Mistretta, Modica, Mondovì, Montepulciano, Nicosia, Orvieto, Pinerolo, Rossano, Sala Consilina, Saluzzo, Sanremo, Sant'Angelo dei Lombardi, Sulmona, Tolmezzo, Tortona, Vasto, Vigevano, Voghera».

Il 3° quesito riguarda, quindi, gli stessi frammenti di disposizioni oggetto del 2° quesito, dal quale si differenzia, tuttavia, per il fatto che esso concerne anche le disposizioni del d.lgs. n. 14 del 2014 con le quali è stata disposta la sostituzione della Tabella A allegata al regio decreto n. 12 del 1941, cioè della tabella contenente la cosiddetta geografia giudiziaria. Di tali ultime disposizioni, i presentatori non chiedono, pe-

raltro, l'abrogazione integrale, ma solo «nella parte in cui hanno sostituito la tabella A del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, limitatamente alla parte in cui quest'ultimo prevedeva i circondari dei tribunali» soppressi con le prime due disposizioni oggetto del *referendum*. Tale richiesta, nella denominazione attribuita dall'Ufficio centrale per il *referendum* al fine di rendere più agevole l'identificazione dell'oggetto del quesito, è stata indicata come relativa alla «eliminazione della mancata previsione nell'ordinamento giudiziario dei circondari dei tribunali soppressi».

5. Le tre richieste di *referendum* sono inammissibili perché sono dirette allo scopo della reviviscenza, in tutto (1° quesito) o in parte (2° e 3° quesito), delle disposizioni che prevedevano gli uffici giudiziari soppressi, nonché di quelle (3° quesito) che stabilivano i circondari dei tribunali soppressi - e, quindi, al ripristino dei detti uffici e circondari - scopo che non può essere conseguito mediante lo strumento referendario.

5.1. A tale riguardo, occorre preliminarmente ricordare che «la richiesta referendaria è atto privo di motivazione e, pertanto, l'obiettivo [...] del *referendum* va desunto [...] esclusivamente dalla finalità "incorporata nel quesito", cioè dalla finalità obiettivamente ricavabile in base alla sua formulazione ed all'incidenza del *referendum* sul quadro normativo di riferimento. Sono dunque irrilevanti, o comunque non decisive, le eventuali dichiarazioni rese dai promotori» (sentenza n. 24 del 2011).

5.2. Tanto premesso, risulta palese come le tre richieste di abrogazione per via referendaria, totale (1° quesito) o parziale (2° e 3° quesito), delle disposizioni che hanno soppresso gli uffici giudiziari elencati nella Tabella A allegata al d.lgs. n. 155 del 2012, come sostituita dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 14 del 2014 (comma 1 dell'art. 1 del d.lgs. n. 155 del 2012, come modificato dal d.lgs. n. 14 del 2014 e, appunto, la menzionata Tabella A) mirino intrinsecamente - ancorché tale scopo non sia in esse espressamente indicato - a restituire efficacia alle disposizioni, ormai abrogate, che quegli uffici prevedevano, ripristinando, così, gli stessi.

In proposito, va osservato che il comma 1 dell'art. 1 del d.lgs. n. 155 del 2012 e la connessa Tabella A costituiscono delle disposizioni meramente abrogative: prevedere, nel citato comma 1, che gli uffici giudiziari di cui alla detta tabella «Sono soppressi» equivale infatti, in tutta evidenza, a disporre l'abrogazione delle disposizioni che quegli uffici prevedevano. Ciò premesso, deve ulteriormente rimarcarsi, sul piano generale, come l'unico significato attribuibile all'abrogazione di una disposizione meramente abrogativa, che si limiti, pertanto, a prevedere che un'altra disposizione è abrogata, sia quello di rimuovere tale ultima abrogazione, di stabilire, cioè, che ciò che era stato abrogato non è più abrogato e che, quindi, viene ripristinato, tornando ad essere efficace. Ne consegue, dunque, che, come si è anticipato, alle tre richieste referendarie di abrogazione, integrale o parziale, delle disposizioni che hanno soppresso gli uffici giudiziari di cui alla Tabella A allegata al d.lgs. n. 155 del 2012 non può attribuirsi altro significato e, quindi, altro scopo, che quello di restituire efficacia alle disposizioni, abrogate con la detta soppressione, che quegli uffici prevedevano.

L'intento della reviviscenza della normativa precedente è ulteriormente ravvisabile, nel 3° quesito, nella parte in cui esso ha ad oggetto l'abrogazione parziale del comma 3 dell'art. 1 del d.lgs. n. 14 del 2014 e dell'Allegato II al medesimo decreto. Risulta, infatti, manifesto, come l'intrinseca finalità di tale richiesta di abrogazione delle disposizioni del d.lgs. n. 14 del 2014, che hanno sostituito la Tabella A del regio decre-

to n. 12 del 1941, «limitatamente alla parte in cui quest'ultimo prevedeva i circondari dei tribunali» soppressi (dalle altre due disposizioni oggetto del 3° quesito), vada ravvisata nell'intento di fare "rivivere" le disposizioni dell'ordinamento giudiziario, sostituite dal comma 3 dell'art. 1 del d.lgs. n. 14 del 2014 e dall'Allegato II allo stesso decreto, che quei circondari prevedevano.

Deve, del resto, osservarsi - fermo restando quanto si è sopra rammentato in ordine al carattere non decisivo delle dichiarazioni dei promotori ai fini dell'individuazione della ratio del *referendum* - come l'indicato scopo delle tre richieste referendarie di restituire efficacia alle disposizioni che prevedevano gli uffici giudiziari soppressi e stabilivano i circondari dei tribunali aboliti trovi conferma in quanto dichiarato dai delegati dei Consigli regionali delle Regioni Abruzzo, Basilicata e Puglia nelle memorie da essi depositate, là dove si afferma che «In buona sostanza, [...] le Regioni proponenti vogliono che il popolo sia chiamato a rimuovere l'incompatibilità creata dalla nuova normativa in modo che sia eliminato il blocco all'efficacia della precedente normativa».

5.3. L'individuato scopo, insito nelle tre richieste di *referendum*, della reviviscenza delle disposizioni che prevedevano gli uffici giudiziari soppressi e che stabilivano i circondari dei tribunali aboliti non è, tuttavia, come si è detto, conseguibile mediante lo strumento referendario.

In tale senso, è sufficiente fare riferimento all'ormai consolidata giurisprudenza di questa Corte, la quale ha ripetutamente affermato, da ultimo con la sentenza n. 12 del 2014 - pronunciata nel giudizio di ammissibilità di una richiesta di *referendum* avente ad oggetto l'abrogazione, tra l'altro, proprio del d.lgs. n. 155 del 2012 (nel suo intero testo) - che «l'abrogazione, a séguito dell'eventuale accoglimento della proposta referendaria, di una disposizione abrogativa è [...] inidonea a rendere nuovamente operanti norme che, in virtù di quest'ultima, sono già state espunte dall'ordinamento (sentenza n. 28 del 2011)». Nello stesso senso si erano già espresse, oltre alla richiamata sentenza n. 28 del 2011, anche le sentenze n. 13 del 2012 e n. 24 del 2011, nonché, sia pure implicitamente, le sentenze n. 31 del 2000 e n. 40 del 1997.

A una diversa conclusione non si potrebbe pervenire in ragione del fatto che le richieste referendarie esprimono proprio un chiaro intento (in tutto o in parte) oppositivo alla soppressione degli uffici giudiziari di cui alla Tabella A allegata al d.lgs. n. 155 del 2012. Nella citata sentenza n. 13 del 2012, questa Corte ha infatti chiarito che «La volontà di far "rivivere" norme precedentemente abrogate [...] non può essere attribuita, nemmeno in via presuntiva, al *referendum*, che ha carattere esclusivamente abrogativo [...] e non può "direttamente costruire" una (nuova o vecchia) normativa (sentenze nn. 34 e 33 del 2000). La finalità incorporata in una richiesta referendaria non può quindi andare oltre il limite dei possibili effetti dell'atto. Se così non fosse, [...] il *referendum*, perdendo la propria natura abrogativa, diventerebbe approvativo di nuovi principi e "surrettiziamente propositivo" (sentenze n. 28 del 2011, n. 23 del 2000 e n. 13 del 1999): un'ipotesi non ammessa dalla Costituzione, perché il *referendum* non può "introdurre una nuova statuizione, non ricavabile ex se dall'ordinamento" (sentenza n. 36 del 1997)»; argomenti che portarono la Corte a ritenere che il quesito sottoposto, «per l'effetto [di reviviscenza] che intende produrre, ha natura deliberativa». Tale carattere connota, in effetti, anche le tre richieste referendarie in esame in quanto esse mirano non alla mera demolizione di una normativa ma ad introdurre una determinata disciplina della distribuzione sul territorio

degli uffici giudiziari, tra le tante possibili, segnatamente quella anteriore alle soppressioni di uffici previste dalle disposizioni delle quali è richiesta l'abrogazione.

5.4. L'impossibilità di conseguire lo scopo, incorporato nei quesiti, della reviviscenza delle disposizioni che prevedevano gli uffici giudiziari soppressi nonché (3° quesito) di quelle che stabilivano i circondari dei tribunali aboliti comporta, inoltre, che verrebbe sottoposta ai cittadini una scelta inidonea a raggiungere realmente gli effetti annunciati e, quindi, un'erronea prospettiva ed una falsa alternativa, ciò che determinerebbe l'impossibilità di una corretta espressione del voto popolare (sentenze n. 36 e n. 43 del 2000).

5.5. In conclusione, deve ribadirsi l'inammissibilità delle tre richieste di *referendum* popolare attesa l'inidoneità dello strumento referendario a raggiungere il fine, insito nei relativi quesiti, di fare "rivivere", in tutto o in parte, le disposizioni che prevedevano gli uffici giudiziari soppressi, nonché quelle (3° quesito) che stabilivano i circondari dei tribunali aboliti.

6. La terza richiesta referendaria è inammissibile anche perché, là dove ha ad oggetto il comma 3 dell'art. 1 del d.lgs. n. 14 del 2014 e l'Allegato II allo stesso decreto «nella parte in cui hanno sostituito la tabella A del Regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, limitatamente alla parte in cui quest'ultimo prevedeva i circondari dei tribunali di Acqui Terme, Alba, Ariano Irpino, Avezzano, Bassano del Grappa, Camerino, Casale Monferrato, Chiavari, Crema, Lanciano, Lucera, Melfi, Mistretta, Modica, Mondovì, Montepulciano, Nicosia, Orvieto, Pinerolo, Rossano, Sala Consilina, Saluzzo, Sanremo, Sant'Angelo dei Lombardi, Sulmona, Tolmezzo, Tortona, Vasto, Vigevano, Voghera» non indica il testo letterale delle parti delle dette disposizioni delle quali è proposta l'abrogazione - come è invece richiesto dall'art. 27, terzo comma, della legge n. 352 del 1970 - ma soltanto significati normativi, da queste espressi, oggetto della richiesta abrogativa.

Tale circostanza, la quale comporta che, pure nel caso di accoglimento della proposta referendaria, resterebbero interamente vigenti le disposizioni oggetto della richiesta di abrogazione, è tale da pregiudicare la stessa chiarezza del quesito, necessaria al fine di garantire il libero esercizio del diritto di voto.

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

#### (1-2) Nota a Corte Costituzionale n. 5/2015.

La Corte costituzionale, in esito al vaglio dei quesiti referendari proposti per l'abrogazione delle norme che hanno condotto alla soppressione di taluni tribunali, dei relativi circondari e delle corrispondenti procure della Repubblica, ne ha dichiarato, con la decisione in commento (*G.U.* 28 gennaio 2015, n. 5), l'inammissibilità, ai sensi e per gli effetti dell'art. 75 della Costituzione (1).

Com'è noto, questa disposizione costituzionale elenca I) una serie di leggi in talune materie la cui sottoponibilità a *referendum* abrogativo è stata esclusa, per le ragioni più diverse, dallo stesso Costituente. A tali leggi, in quanto ad esse strettamente collegate per *ratio*, la Corte costituzionale, a far data dall'ormai storica sentenza n. 16 del 1978, ne ha aggiunto II) altre, sull'evidente presupposto della non tassatività (e della possibile interpretazione estensiva) della predetta elencazione costituzionale, mentre

III) altre leggi sono state, ancora dalla Consulta, sottratte alla deliberazione popolare in ragione principalmente o IIIa) dell'insufficienza prescrittiva del "materiale" normativo "avanzato" dall'eventuale abrogazione referendaria: cioè quando, dall'esito positivo della consultazione, residuasse una

disciplina non in grado di far fronte alle prescrizioni costituzionali o dell'Unione europea, in carenza (o nell'attesa - peraltro ipotetica - di) un intervento del legislatore teso a ripianare la lacuna, o

IIIb) di un "difetto di struttura" dello stesso quesito abrogativo. Laddove, le ragioni dell'inammissibilità sarebbero di tipo più sistemico e legate alla natura stessa del *referendum*, che non consentirebbe quesiti ostativi al dispiegamento della piena libertà di scelta dell'elettore: cioè quando il quesito sia stato formulato in modo non omogeneo, non perspicuo e, magari, anche contraddittorio rispetto al fine abrogativo perseguito. Di fronte a questa vera corsa ad ostacoli, i cultori del *referendum* abrogativo non si sono dati per vinti, cercando, da un lato, di congegnare i quesiti secondo le indicazioni fornite dalla giurisprudenza della Corte, e, dall'altro, di levigare la normativa di risulta affinché continuasse ad avere portata autonoma e ad essere applicabile in caso di necessità.

D'altro canto, la stessa Corte costituzionale, messasi su questa strada, ha finito per essere sovente invischiata nelle ricorrenti polemiche circa l'ammissibilità o meno dei quesiti referendari, il cui esito appare, oggi, quasi sempre non del tutto prevedibile e, anzi, una sorta di scommessa.

Peccato, in ogni caso, che non sembri proprio coerente con l'imponderabile la messa in moto di un meccanismo defaticante e costoso, che, per di più, può presentarsi coi tratti di "nobiltà" derivanti da quella sorta di pronuncia popolare già consacrata nella sottoscrizione di mezzo milione di elettori. Vani sono stati, peraltro, finora, i tentativi di una miglior razionalizzazione dell'istituto referendario (riproporzionamento del numero di firme occorrenti rispetto all'attuale consistenza demografica, anticipazione del controllo di ammissibilità rispetto alla raccolta delle firme stesse, ecc.), né pare che, in questa direzione, si stia muovendo in maniera incisiva la cd. riforma Renzi. Caduta, infatti, anche qui, l'ipotesi dell'elevazione a un milione del numero di sottoscrizioni necessario, ci si è limitati a prevedere che se, di fatto, esse superassero le 800.000, non sarebbe più necessario, per l'approvazione dei quesiti (cioè per l'eventuale abrogazione dei testi sottoposti alla consultazione popolare), il *quorum* strutturale (fisso) della maggioranza assoluta degli iscritti a votare, ma la maggioranza del numero dei votanti (*quorum* strutturale mobile!) che hanno partecipato all'ultima tornata elettorale.

Venendo rapidamente al nostro *referendum* sulla soppressione degli uffici giudiziari, ci si avvede di come la Corte costituzionale, per precluderne il prosieguo, abbia fatto leva su di un motivo d'inammissibilità ulteriore rispetto a quelli finora descritti (per quanto, nella sostanza, riconducibile all'impedimento prodotto dalla mancanza di autonomia della normativa di risulta). Negato, infatti, che, a seguito dell'abrogazione referendaria di una normativa a sua volta abrogatrice, le norme abrogate possano riprendere efficacia (cd. reviviscenza), ne risulta evidente come l'avvenuta abrogazione referendaria determinerebbe, invece, un'intollerabile lacuna nell'ordinamento (si pensi, esemplarmente, al recente tentativo di abrogazione mediante *referendum* della legge elettorale politica di cui alla sent. n. 13 del 2012).

È stato, dunque, questo, precisamente, anche il caso oggetto della sentenza che si pubblica, sollecitata da un *referendum* promosso, lo si sottolinea, non da una sottoscrizione popolare, ma dall'iniziativa dei consigli regionali di Basilicata, Puglia, Sicilia, Abruzzo e Campania. Non vi ha partecipato la Liguria, anche se la revisione della geografia giudiziaria ha portato alla soppressione, tra l'altro, dei tribunali di Sanre-

mo e Chiavari, e benché la nostra Regione fosse stata tra le promotrici, insieme ad altre otto, dell'analogo *referendum* già bocciato dalla Corte costituzionale con sent. n. 12 del 2014, non essendosi ritenuto soddisfatto il requisito dell'omogeneità della richiesta referendaria.

Comunque sia, la soluzione data dalla Corte alla questione degli uffici giudiziari ha significativamente consolidato l'idea (sent. n. 13 del 2012, cit.) per cui "La tesi della reviviscenza di disposizioni a seguito di abrogazione referendaria non può essere accolta, perché si fonda su una visione «stratificata» dell'ordine giuridico, in cui le norme di ciascuno strato, pur quando abrogate, sarebbero da considerarsi quiescenti e sempre pronte a ridiventare vigenti. Ove fosse seguita tale tesi, l'abrogazione, non solo in questo caso, avrebbe come effetto il ritorno in vigore di disposizioni da tempo soppresse, con conseguenze imprevedibili per lo stesso legislatore, rappresentativo o referendario, e per le autorità chiamate a interpretare e applicare tali norme, con ricadute negative in termini di certezza del diritto". Anche, pertanto, di questo nuovo "paletto", non resta che prendere buona nota per ogni futura consultazione popolare.

Pasquale Costanzo

Professore ordinario dell'Università di Genova

Nota:

(1) Il testo completo della sentenza è disponibile in <http://www.giurcost.org/decisioni/2015/0005s-15.html>.

TAR Liguria, sez. I, 13 gennaio 2015, n. 68 - Pres. Balba - Est. Ponte - Società Villa Aspera (Avv. Levati e Gaggero) c. Comune di Varazze (Avv. Viscardi).

**RECUPERO dei sottotetti - volumi sovrastanti ultimo piano - utilizzazione ai fini abitativi - spazi tecnici accessori in edifici esistenti - individuazione disciplina applicabile al nuovo volume - destinazione in tutto o in parte residenziale - circolare regionale - certezza del diritto.**

*In tema di recupero dei sottotetti come formula di sintesi contenuta in varie leggi regionali, individua genericamente l'utilizzazione a fini abitativi di spazi tecnici accessori in preesistenti fabbricati, suscettibili di essere realizzati mediante diverse modalità progettuali ed esecutive, tutte riconducibili (entro gli estremi del risanamento conservativo fino alla costruzione di una vera e propria nuova costruzione) ai tipi d'intervento edilizi definiti (cfr. art. 10 D.P.R. n. 380 del 2001) nel testo unico dell'edilizia.*

L.B.

(...Omissis...)

La qualificazione nella legge regionale dell'intervento come ristrutturazione non vincola affatto l'operatore, il quale, chiamato ad individuare la disciplina edilizia applicabile all'intervento astrattamente ascritto al recupero ai fini abitativi del sottotetto, deve previamente qualificarlo "per quello che è", ovvero secondo i consueti parametri della concreta consistenza strutturale delle opere nonché l'effettivo impatto di esse sul territorio.

In definitiva, qualora il progettato intervento di recupero del sottotetto dia luogo ad un nuovo volume sarà applicabile la disciplina edilizia prevista per le nuove costruzioni, sì da osservare (per esempio, come più volte affermato in giurisprudenza) la norma sulla distanza minima di cui

all'art. 9 d.m. 1444 del 1968 fra edifici fronteggianti (cfr. ad es. Tar Liguria n. 1005\2014 e 1406\2013). Sempre in linea generale va ribadito che la disciplina legislativa applicata nella specie è di pacifica valenza e natura eccezionale, così da non poter essere applicata, in termini di interpretazione estensiva, oltre i limiti dalla stessa specificati.

A tale proposito la giurisprudenza condivisa dal Collegio ha avuto modo di specificare, proprio in relazione alla legge regionale ligure, che l'oggetto del recupero a fini abitativi dei sottotetti esistenti deve essere individuato nei volumi sovrastanti l'ultimo piano degli edifici destinati in tutto o in parte a residenza.

Deve pertanto, ritenersi legittimo il diniego di rilascio di concessione di costruzione, richiesta con richiamo a detta normativa, per la trasformazione ad uso abitativo di un locale a piano terra, adibito a deposito e coperto da un terrazzo (cfr. ad es. CdS 7429\2009).

(... *Omissis*...)

Né a diverse conclusioni può giungersi sulla scorta del dato letterale tratto da una circolare regionale asseritamente applicativa della legislazione in esame. In termini di certezza del diritto, va richiamata la costante giurisprudenza di questo Tribunale a mente della quale l'espressione contenuta nella circolare regionale che opera una dicotomia fra locali sottotetto, suscettibili di recupero, e intercapedini orizzontali, non invece utilizzabili a tale fine, non è condivisibile nel silenzio della legge sul punto (cfr., TAR Liguria, sez. I, 8 luglio 2004 n. 1095; Id, Sez. I, 18 febbraio 2009 n. 223).

(... *Omissis*...)

Appare appena il caso di ricordare quanto già affermato dallo stesso Tar Liguria, nel senso che, purché materialmente sussistente nella consistenza minima richiesta dalla legge, non rileva affatto l'originaria destinazione del volume sottotetto: sia esso intercapedine, spazio tecnico o camera d'aria isolante. In tema di qualificazione tecnica dell'originario volume oggetto di recupero, va quindi fatta diretta applicazione del testo normativo, che non opera alcuna distinzione (cfr., Tar Liguria, sez. I, 1095/04), e della connessa *ratio* sottesa alla disciplina sul recupero dei sottotetti a fini abitativi. A quest'ultimo riguardo, la realizzazione di residenze senza l'ulteriore consumo di nuovo territorio altrimenti necessario per la soddisfazione di nuclei familiari (cfr. Cons. St., sez. IV, n. 5393/06) è il cardine fondante della disciplina derogatoria sul recupero dei

sottotetti che, ovviamente nel rispetto dei principi e delle norme fondamentali disciplinanti gli interventi incidenti sul territorio, incontra i soli limiti espressamente previsti dalla legge regionale.

Nel caso in parola, e con particolare riferimento al secondo motivo di diniego, basato sulla asserita prevalenza della circolare applicativa in ordine alle percentuali di mutamento della pendenza nessun parametro predeterminato è dettato dalla legge, cosicché la circolare che pretenda di introdurne uno, a fini integrativi, a propria discrezione si pone in evidente ed immediato contrasto con la legge.

Per principio generale, le circolari costituiscono criteri di riferimento interpretativo a carattere interno finalizzate a garantire una uniforme applicazione delle norme di legge; appare quindi evidente la relativa conseguenza per cui la circolare interpretativa non può legittimare l'integrazione del dato normativo e l'inosservanza di principi direttamente e chiaramente stabiliti dalla legge, dovendosi conseguentemente disattendere le circolari sulla base del principio di prevalenza del dettato legislativo.

(... *Omissis*...)

Nel caso *de quo*, introdurre dei parametri numerici limitativi rispetto a quanto consentito dalla norma costituisce indebita integrazione di un dato normativo il quale, se può essere oggetto di interpretazione, non può certo essere integrato in via di circolare.

A tale proposito non appare ultroneo rammentare che le circolari interpretative non sono fonti del diritto ma mere norme interne alla p.a., prive di efficacia esterna precettiva e quindi di caratterizzazione immediatamente lesiva nei confronti di soggetti esterni alla p.a. stessa. Costituiscono ausilio interpretativo (ma non vincolante, specie per p.a. diverse da quelle che le adottano), nonché eventuale parametro sintomatico di eccesso di potere per gli organi interni della p.a. emanante che se ne discostino. Deve pertanto condividersi la deduzione di parte ricorrente, che individua, come applicabile la disciplina ordinaria dettata dallo stesso Comune per le nuove costruzioni che costituisce un parametro ben più pertinente rispetto ad una circolare illegittimamente integrativa della norma di legge, in termini oltretutto dubitativi (laddove si afferma - nei termini riportati dallo stesso diniego - che la modifica delle pendenze "dovrebbe" essere circoscritta entro soglie del 5-10 %, indicando in termini incerti un parametro altrettanto incerto).

(... *Omissis*...)

# Massime

TAR Liguria, sez. II, 6 marzo 2015, n. 259 - Pres. Caruso - Est. Pupilella - Fincantieri (Avv.ti Marconi e Zgagliardich) c. Rina (Avv. Damonte) e nei confronti di Codacons (Avv.ti Rienzi, Giuliano e Leuzzi) e Isotta-Fraschini Motori s.p.a. (Avv. Manenti).

**ACCESSO agli atti - esigenze di riservatezza di carattere industriale- comparazione degli interessi - divieto di divulgazione e pubblicazione indiscriminata - violazione del divieto di rilevazione dei segreti scientifici e industriali anche in assenza dei requisiti previsti per la brevettabilità.**

*Le generiche esigenze di riservatezza di carattere industriale ex art. 24 comma 6 lett. d) L. n. 241/1990, opposte dalla ricorrente devono ritenersi recessive rispetto agli interessi di rango superiore sottesi alle istanze di accesso assentite dall'ente preposto, secondo una valutazione che rimonta direttamente al legislatore (art. 24 comma 7 della L. n. 241/1990).*

*A ciò si aggiunga che anche la prospettazione del pericolo di un danno grave ed irreparabile asseritamente derivante alla ricorrente dall'esecuzione della nota impugnata prova troppo, presupponendo un salto logico che comporta la commissione di un reato.*

*Difatti, consentire l'accesso agli aventi diritto non equivale certo ad autorizzare anche la divulgazione o la pubblicazione indiscriminata di segreti scientifici o industriali, la cui indebita rivelazione è sanzionata penalmente (art. 623 c.p.: rivelazione di segreti scientifici o industriali), senza che la sussistenza dei presupposti per la brevettabilità, ex art. 2585 cod. civ., della scoperta o dell'applicazione rivelata costituisca condizione ai fini della configurabilità del reato (Cass. Pen., 26.3.2010, n. 11965).*

L.B.

Corte costituzionale, sentenza 12 marzo 2015, n. 32 - Pres. Criscuolo - Rel. Napolitano - Pres. Consiglio Ministri (Avv. Stato Polizzi) - Regione Liguria (Avv. Santarelli).

**AMBIENTE - individuazione degli ambiti ottimali per l'esercizio delle funzioni relative al servizio idrico integrato e alla gestione integrata dei rifiuti - legge regionale - attribuzione ai Comuni già appartenenti alle Comunità montane e con popolazione inferiore o uguale a tremila residenti della gestione autonoma del SII - contrasto con i principi dell'unitarietà e del superamento della frammentazione verticale delle gestioni delle risorse idriche - violazione delle competenze legislative statali in materia di ambiente e di concorrenza - fondatezza.**

*È costituzionalmente illegittimo l'art. 10, comma 1, della l.r. Liguria 24 febbraio 2014, n. 1 (Norme in materia di individuazione degli ambiti ottimali per l'esercizio delle funzioni relative al servizio idrico integrato e alla gestione integrata dei rifiuti), in riferimento all'art. 117, comma 2, lett. e) e s), nonché in relazione all'art. 147 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, in quanto il legislatore regionale, esulando dall'ambito di competenza tracciato dal legislatore statale, ha direttamente disposto in ordine ad una modalità di gestione «autonoma» del servizio idrico integrato, in contrasto con il principio,*

*espresso dalla normativa interposta, di unitarietà e superamento della frammentazione verticale delle gestioni (1).*

(1) La sentenza risolve la questione di legittimità costituzionale promossa dallo Stato nei confronti degli artt. 8, comma 3, 10, comma 1, 11 e 15, comma 2, lett. c) ed e), della l.r. Liguria 24 febbraio 2014, n. 1, con ricorso iscritto al n. 34 del registro ricorsi 2014 e pubblicato in *Gazz. Uff.*, 1<sup>a</sup> Serie Speciale, n. 26 del 18 giugno 2014. Il testo completo della sentenza è disponibile in <http://www.giurcost.org/decisioni/2015/0032s-15.html>

**Osservazioni a margine della sent. n. 32 del 2015 in materia di servizio idrico integrato (SII) nella Regione Liguria.**

1. Come si legge nella relazione annuale del Presidente della Corte costituzionale per il 2014 (1), nello scorso anno è avvenuta una significativa diminuzione dei giudizi di legittimità costituzionale in via principale: circostanza, questa, probabilmente “indice rivelatore della attenuata conflittualità fra Stato e Regioni”, “dopo oltre un decennio con cui la Corte ha individuato, di volta in volta, i limiti delle competenze legislative e amministrative come definite nel Titolo V della Costituzione”.

Una simile osservazione pare valere particolarmente per le materie dell'ambiente e della concorrenza (art. 117, comma 2, lett. s) ed e), Cost.), nelle quali, in ragione del loro carattere “trasversale”, il contenzioso è stato molto acceso (2). Con riferimento, poi, al caso di specie, può, subito, sottolinearsi come la giurisprudenza costituzionale, orientandosi generalmente in senso statalista, abbia ricondotto in dette materie, ormai in modo consolidato, sia la disciplina della tariffa del servizio idrico integrato (SII) (3), sia l'affidamento della gestione del relativo servizio.

2. Ciò nonostante, nel dichiarato intento di dare attuazione alle disposizioni nazionali e comunitarie nel settore, la Regione Liguria ha dettato, con legge 24 febbraio 2014, n. 1, norme relative all'individuazione dei cd. ATO (ambiti territoriali ottimali) per l'esercizio delle funzioni concernenti il servizio idrico integrato e la gestione integrata dei rifiuti, incorrendo così nell'impugnativa dello Stato, che ne ha assunto l'incompatibilità costituzionale sotto una pluralità di profili.

È vero che, nelle more del giudizio, alcune delle norme in questione sono state, in parte, abrogate (art. 8, comma 3), e, in parte, modificate (artt. 11 e 15) dalla l.r. Liguria 5 agosto 2014, n. 21, offrendo il destro alla Corte per dichiarare, almeno per questa parte, la cessazione della materia del contendere, ma non si è sottratto alla dichiarazione d'incostituzionalità l'art. 10, comma 1, in quanto reputato in contrasto con l'art. 117, comma 2, lett. e) ed s), Cost. e con l'art. 147 del d.lgs. n. 152 del 2006, assunto quale norma parametrica interposta.

3. Più nel dettaglio, la norma regionale censurata, nell'attribuire ai Comuni già appartenenti alle Comunità montane e con popolazione inferiore o uguale a tremila residenti, la facoltà, in forma singola o associata, di gestire autonomamente l'intero servizio idrico integrato, andava, ad avviso del Governo, a contrastare con la normativa statale di settore (così come modif. dal d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4) che, nello sta-

bilire sia che i servizi idrici fossero organizzati sulla base degli ATO definiti dalle Regioni in attuazione della legge 5 gennaio 1994, n. 36 (Disposizioni in materia di risorse idriche), sia che le stesse potessero modificare le delimitazioni degli ATO per migliorare la gestione del SII, disponeva ne fosse, però, assicurato lo svolgimento secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto dei principi, rilevanti in questa sede, di unitarietà della gestione e superamento della frammentazione verticale delle gestioni, nonché di adeguatezza delle dimensioni gestionali in base a parametri fisici, demografici e tecnici; tutti principi che la norma censurata non aveva, all'evidenza, rispettato.

Peraltro, occorre sottolineare come la Corte, entrando nel merito della questione, abbia avuto modo di ricostruire e meglio precisare i contorni della disciplina statale con cui la norma regionale impugnata era andata a collidere, respingendo così anche la tesi ricostruttiva prospettata dalla Liguria per cui, a seguito dell'esito referendario di abrogazione dell'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (conv., con modif., dall'art. 1, comma 1, della l. 6 agosto 2008, n. 133), avrebbe dovuto considerarsi riespansa la possibilità, per il livello locale, "di decidere quale strumento utilizzare nella gestione dei servizi".

Al proposito, è stato, in particolare, chiarito che, vertendosi in un ambito di competenza esclusivamente statale (4), contrariamente a quanto sostenuto dalla resistente, con la sentenza della stessa Corte costituzionale n. 199 del 2012 (con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di una norma statale che recava disposizioni di adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare menzionato e alla normativa dall'Unione europea), si era prodotto l'effetto di "escludere l'applicazione delle norme contenute nell'art. 23-bis che limitano, rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione *in house* di pressoché tutti i servizi pubblici di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico)" (5) e di consentire, conseguentemente, l'applicazione diretta della normativa comunitaria conferente (6), non potendo però sfuggire che «la normativa comunitaria consente, ma non impone, agli Stati membri di prevedere, in via di eccezione e per alcuni casi determinati, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale» (7). E, in effetti, ad avviso della Consulta, avrebbe dovuto trovare applicazione, nella specie, quanto disposto dall'art. 113 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, in modo che "i casi di affidamento *in house*, quale modello organizzativo succedaneo della (vietata) gestione diretta da parte dell'ente pubblico, debbono ritenersi eccezionali e tassativamente previsti" (8): in armonia, del resto, con l'art. 2, comma 186-bis, della l. n. 191 del 2009, con cui, come puntualizzato dalla stessa Corte costituzionale in precedenti pronunce, è stato consentito alla legge regionale "unicamente di individuare gli enti successori delle sopresse Autorità d'ambito territoriale ottimale a cui spetta di deliberare, nel rispetto dei principi indicati, la forma di gestione del servizio idrico integrato" (9), e non di "provvedere direttamente all'esercizio di tali funzioni affidando la gestione ad un soggetto determinato" (10), come, viceversa aveva stabilito il legislatore ligure nella norma dichiarata illegittima.

La stessa Corte costituzionale si è fatta, altresì, carico di accertare che il ridetto quadro di riferimento non fosse mutato neppure alla luce della disciplina introdotta, in data successiva alla proposizione del ricorso, dal d.l. 12 settembre 2014, n. 133 (conv., con modif., dall'art. 1, comma 1, della l. 11 novembre

2014, n. 164) che, nel modificare l'art. 147 del d.lgs. n. 152/2006, ha rafforzato le modalità attuative della definizione degli ATO, ritenendo, conclusivamente, che la norma regionale impugnata si sarebbe parimenti posta in irrimediabile contrasto pure con la novellata normativa interposta, in quanto, diversamente da quest'ultima, che, ammette ora la facoltà di concedere la gestione autonoma del SII ai soli Comuni "con popolazione fino a 1.000 abitanti" (art. 147, comma 2-bis, del d.lgs. n. 152 del 2006), la legge regionale ne avrebbe ampliato la platea ai comuni "con popolazione inferiore o uguale a tremila residenti".

Francesca Bailo

Assegnista di ricerca, Avvocato del Foro di Genova

#### Note:

(1) La relazione è reperibile all'indirizzo: [http://www.giurcost.org/cronache/R2015\\_Crisuolo.pdf](http://www.giurcost.org/cronache/R2015_Crisuolo.pdf).

(2) Al proposito, *ex multis*, cfr. Corte cost., sentt. n. 228 del 2013, n. 62 del 2012, nn. 187 e 128 del 2011, nn. 325 e 142 del 2010, nn. 307 e 246 del 2009.

(3) Al proposito, *ex multis*, cfr. Corte cost., sentt. n. 67 del 2013, nn. 142 e 29 del 2010, n. 246 del 2009.

(4) Al proposito, cfr. già Corte cost., sentt. n. 325 del 2010, n. 187 del 2011 e 62 del 2012.

(5) In questo senso, cfr. Corte cost., sent. n. 24 del 2011.

(6) In questo senso, cfr. Corte cost., sent. n. 199 del 2012.

(7) In questo senso, cfr., ancora, Corte cost., sent. n. 325 del 2010, cit.

(8) In questo senso, cfr. Corte cost., sent. n. 325 del 2010, cit.

(9) In questo senso, cfr. Corte cost., sent. n. 228 del 2013, cit.

(10) In questo senso, cfr. Corte cost., sent. n. 62 del 2012, cit.

TAR Liguria, sez. II, 24 febbraio 2015, n. 215 - Pres. Caruso - Est. Pupilella - Soc. Dianorama (Avv.ti Deluigi e Saguato) c. Comune di Diano Marina (Avv. Borrello) e nei confronti di Società Cineplus (Avv.ti Acquarone e Bolognesi).

#### **IMPUGNATIVA - provvedimento conclusivo di aggiudicazione di servizio di gestione - annullamento dell'esito della gara per assenza di validi partecipanti - soccombenza e strumentalità dell'interesse delle imprese rispetto all'indizione di una nuova gara - sigillatura delle buste contenenti l'offerta - ratio - verifica dell'inesistenza di manomissioni.**

*Come ha espressamente statuito l'adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (10 novembre 2008 n.11) "Per i principi della parità delle parti e di imparzialità, quando le due uniche imprese ammesse alla gara abbiano ciascuna impugnato l'atto di ammissione dell'altra, le scelte del giudice non possono avere rilievo decisivo sull'esito della lite, anche quando riguardino l'ordine di trattazione dei ricorsi: non si può statuire che la fondatezza del ricorso incidentale - esaminato prima - precluda l'esame di quello principale, ovvero che la fondatezza del ricorso principale - esaminato prima - precluda l'esame di quello incidentale, poiché entrambe le imprese sono titolari dell'interesse minore e strumentale all'indizione di una ulteriore gara.*

*Pertanto in tale ipotesi il giudice a) può, per ragioni di economia processuale, esaminare con priorità il ricorso principale (quando la sua infondatezza comporta l'improcedibilità di quello incidentale) ovvero quello incidentale (la cui infondatezza comporta l'esame di quello principale); b) non può, in base ai principi di parità delle parti e di imparzialità, determinare una soccombenza anche parziale in conseguenza dei criteri logici che ha seguito nell'ordine di trattazione delle questioni; c) qualunque sia il primo ricorso che esamini e ritenga fondato, deve tener conto dell'interesse strumentale di ciascuna impresa alla ripetizione della gara e deve*

esaminare anche l'altro quando la fondatezza di entrambi comporta l'annullamento di tutti gli atti di ammissione alla gara e, per illegittimità derivata, anche dell'aggiudicazione, col conseguente obbligo dell'amministrazione di indirne una ulteriore gara".

La ratio della norma che impone la sigillatura delle buste contenenti le offerte (art. 46, comma 1 bis D.Lgs n. 163/2006) è quella di garantire la segretezza del contenuto e verificare l'inesistenza di manomissioni.

Pertanto la firma apposta sull'unico lembo apribile della busta meccanicamente incollata appare al Collegio una prova sufficiente, in assenza di rilevati segni di manomissione dei lembi preincollati automaticamente dal produttore della busta.

La giurisprudenza amministrativa, che il Collegio condivide, ha esplicitamente affermato "Le prescrizioni della legge di gara mirano a garantire il principio della segretezza dell'offerta e della integrità del plico, conseguentemente nell'ambito di una gara d'appalto i requisiti formali previsti a pena di esclusione devono essere intesi nel senso di garantire la segretezza delle offerte e la massima partecipazione alla gara; l'adempimento formale imposto al concorrente relativa alla sigillatura dei lembi di chiusura del plico contenente l'offerta va, pertanto, in linea generale, limitato al lembo della busta che viene chiuso da chi la utilizza, con esclusione dei lembi preincollati dal fabbricante; conseguentemente la mera inosservanza formale delle disposizioni di un bando di gara circa la sigillatura delle offerte non può comportare l'esclusione dalla procedura nei casi in cui sia stato comunque garantita la segretezza dell'offerta" (Tar Ct III 21 luglio 2011 n. 1941; Nello stesso senso Consiglio di Stato VI n. 319/2013; Tar Lazio II quater n. 1828/2013).

La tutela della concorrenza infatti non può spingersi fino alla violazione dei principi di sana gestione di un servizio pubblico il cui gestore viene scelto tramite gara proprio per garantire l'individuazione del soggetto che possiede i requisiti che meglio garantiscono il soddisfacimento dell'interesse pubblico.

L.B.

TAR Liguria, sez. I, 4 aprile 2014 - Pres. Balba - Rel. Caputo.

**PARCHEGGIO - vincolo di pertinenzialità - unità abitativa nello stesso Comune - ragionevole raggio di accessibilità pedonale - nozione.**

(Art. 9, comma 5, Legge 122/1989; art. 10 D.L. 9 febbraio 2012, n. 5, come modificato dalla Legge di conversione 4 aprile 2012, n. 35)

La proprietà di un parcheggio gravato da vincolo pertinenziale può essere trasferita purché il parcheggio sia legato a vincolo di pertinenzialità con un'altra unità immobiliare sita nello stesso Comune. Nello stesso Comune non significa "tutto il territorio comunale" bensì un ragionevole raggio di accessibilità pedonale tra parcheggio e abitazione.

A.B.

TAR Liguria, sez. II, sentenza 12 febbraio 2015 n. 170 - Pres. Caruso - Est. Goso - Afrique di Niane Bara & C. S.n.c. e Zammeli Mohamed Chokri (Avv. Esposito) c. Comune di Genova (Avv. ti Pessagno e De Paoli).

**PROCESSO AMMINISTRATIVO - ricorso collettivo e cumulativo -- ammissibilità - conflitto d'interessi tra ricorrenti - esclusione.**

**COMUNE - sindaco - ordinanza contingibile ed urgente - condizioni di adozione,**

(art. 54 d.lgs. 267/2000)

**COMUNE - sindaco - ordinanza contingibile ed urgente - assenza di indicazioni temporali - illegittimità,**

(art. 54 d.lgs. 267/2000)

È ammissibile un ricorso che si presenti congiuntamente in forma collettiva (pluralità di soggetti impugnanti) e cumulativa (pluralità di atti impugnati), qualora gli interessi dei ricorrenti, titolari di distinte ma analoghe attività commerciali, siano pregiudicati in uguale misura da provvedimenti pressoché identici sia per il contenuto precettivo sia sotto il profilo della motivazione; laddove deve altresì escludersi un conflitto di interesse tra i ricorrenti, dal momento che, dall'accoglimento del ricorso, essi ne trarrebbero vantaggio in modo eguale.

L'adozione da parte del sindaco di ordinanze contingibili ed urgenti è condizionata alla sussistenza di un pericolo concreto ed attuale tale da giustificare il ricorso in via d'urgenza a strumenti extra ordinem al fine di porre rimedio a situazioni di natura eccezionale ed imprevedibile.

È illegittima l'ordinanza contingibile ed urgente emessa dal sindaco ai sensi dell'art. 54 co. 4 d.lgs. 267/2000 (Testo Unico Enti Locali) che obbliga alla chiusura anticipata due locali commerciali (in ragione della segnalazione della Questura per attività illecite e spaccio di stupefacenti) qualora non vi sia previsto alcun termine finale né la sua revoca al venir meno delle ragioni del provvedimento.

A.M.

Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. V, 11 dicembre 2014, n. C-113/13 - Pres. T. von Danwitz, Rel. D. Šváby; Commissione europea agenti Pignataro, Tokár e Aresu; ASL n. 5 "Spezzino", ANPAS Comitato regionale Liguria (Avv. Damonte) e Regione Liguria (Avv. Baroli) contro. San Lorenzo Soc. coop. sociale (Avv. Betti) e Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus (Avv. Betti) e nei confronti di Croce Rossa Italiana Comitato regionale Liguria e altri.

**PRONUNCIA PREGIUDIZIALE - sanità pubblica - legge regionale ligure - accordo quadro - disciplina dell'appalto - sussistenza.**

(Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, artt. 49, 56, 105 e 106; Direttiva 2004/18/CE, art. 1, par. 5; Legge regionale Liguria n. 41 del 2006, art. 75-ter)

**PRONUNCIA PREGIUDIZIALE - sanità pubblica - affidamento diretto a soggetti finalizzati al volontariato - perseguimento di obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio - ammissibilità.**

(Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, artt. 49, 56, 105 e 106; Direttiva 2004/18/CE, art. 1, par. 5; Legge regionale Liguria n. 41 del 2006, art. 75-ter)

L'accordo quadro previsto dall'art. 75-ter, par. 2, lett. a), della legge regionale ligure n. 41/2006 va collocato nell'ambito dell'art. 1, par. 5, della direttiva 2004/18, rientrando, quindi, in via generale, nella nozione di appalto, a tale qualificazione non ostando la sua stipulazione con enti privi di fine lucro, né che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese soste-

nute per fornire il servizio convenuto. (1)

*Il diritto dell'Unione europea non osta ad una normativa nazionale che preveda che la fornitura dei servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza debba essere attribuita in via prioritaria e con affidamento diretto, in mancanza di qualsiasi pubblicità, alle associazioni di volontariato convenzionate, purché l'ambito normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività di tali associazioni contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio a cui s'ispira la medesima disciplina (2)*

**(1-2) Nota.**

La sentenza della Corte di giustizia è stata resa, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, a seguito del rinvio pregiudiziale effettuato con ordinanza del 25 gennaio 2013 dal Consiglio di Stato. La suprema magistratura amministrativa era stata, infatti, adita per l'annullamento della sentenza del TAR Liguria che aveva accolto il ricorso di due enti avverso l'affidamento diretto per i trasporti sanitari di urgenza ed emergenza alle associazioni di volontariato aderenti all'ANPAS e con la Croce Rossa Italiana, ritenendo che l'accordo quadro regionale all'origine della convezione di affidamento non preveda solo un semplice rimborso delle spese effettivamente sostenute, dato che prende in considerazione anche le spese indirette e spese di gestione. Di

qui, la tesi del TAR del mancato rispetto dei principi enunciati dal Trattato TFUE in materia di libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi nonché con i principi di parità di trattamento e di non discriminazione. La Corte di giustizia ha fatto, nella specie salva, salva la normativa ligure alle condizioni enunciate in sentenza: in particolare, constatando che, ai sensi dell'articolo 75-ter, parr. 1 e 2, lett. a), della legge regionale ligure n. 41/2006, le censurate modalità di organizzazione del servizio di trasporto sanitario dovevano ritenersi motivate dai principi di universalità, di solidarietà, di efficienza economica e di adeguatezza, dal momento che il ricorso in via prioritario alle associazioni di volontariato convenzionate è specialmente diretto a garantire che detto servizio di interesse generale sia assicurato in condizioni di equilibrio economico a livello del bilancio. Di notevole rilievo, in tale contesto, è l'"assimilazione" del predetto articolo (in quanto prevede la partecipazione di associazioni di volontariato ad un servizio di interesse generale e si richiama al principio di solidarietà), alle disposizioni della Costituzione italiana in materia (principio di sussidiarietà orizzontale,) e delle leggi di settore (n. 833/1978, e n. 266/1991, per il riconoscimento della funzione delle associazioni di volontariato).

Federico Ponte

## Sezione di diritto tributario

# Massime

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. 4, 11 febbraio 2014, n. 175 - Pres. Haupt - Rel. Carrodano.

### **ACCERTAMENTO - IRPEF - Appalto - Mancato rinnovo - cessione di ramo di azienda - inconfigurabilità - avviamento - imposta - non debenza.**

Nulla è dovuto a titolo di avviamento quanto il contribuente espone i motivi che lo hanno condotto alla dismissione dell'attività di trasporto per conto terzi quale ad esempio il mancato rinnovo del contratto di appalto. Nel caso di specie, infatti, la mancanza di commesse rendeva inutile il mantenimento di una licenza di autotrasportatore che è stata ceduta al valore di mercato per il prezzo dichiarato. Non si è trattato di una "cessione di azienda" nel senso che non è stata trasferita la clientela è quindi non si ravvisa un qualsiasi valore a titolo di avviamento.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. 13, 18 settembre 2014, n. 1663 - R.G. c. Agenzia delle Entrate di Genova.

### **ART. 12 comma 7 l. 2000, n. 212 - termine di 60 giorni ivi previsto - sua inosservanza - nullità dell'accertamento emesso - imminente scadenza del termine di decadenza - irrilevanza.**

L'inosservanza del termine dilatorio di sessanta giorni per l'emanazione dell'avviso di accertamento - termine decorrente dal rilascio al contribuente, nei cui confronti sia stato effettuato un accesso, un'ispezione o una verifica nei locali destinati all'esercizio dell'attività, della copia del processo verbale di chiusura delle operazioni - determina, di per sé, salvo che non ricorrano specifiche ragioni di urgenza, la illegittimità dell'atto impositivo emesso antetempus, poiché detto termine è posto a garanzia del pieno dispiegarsi del contraddittorio procedimentale, il quale costituisce primaria espressione dei principi, di derivazione costituzionale, di collaborazione e buona fede tra amministrazione e contribuente ed è diretto al migliore e più efficace esercizio della potestà impositiva, ha evidenziato - sent. 2594/2014 - la nullità della violazione del termine dilatorio di sessanta giorni, previsto dal citato art. 12, non è limitata alla sola verifica da concludersi con sottoscrizione e consegna del processo verbale di constatazione, ma comprende pure gli atti istruttori condotti nella sede dell'Ufficio tributario, in quanto anche questi vanno conclusi con sottoscrizione e consegna del processo verbale delle operazioni svolte.

Vero è che l'Ufficio, nelle motivazioni contenute nell'avviso di accertamento, ha indicato, come elemento giustificante del mancato rispetto del termine di 60 gg, l'imminenza dello spirare dei termini di decadenza dell'azione accertatrice di cui agli artt. 43 del dpr 600/1973 e 57 del dpr 633/1972 che rendeva evidente l'impossibilità di rinviare l'emanazione dell'atto impugnato e il rispetto del termine di 60 gg decorrenti dal rilascio al contribuente della copia del verbale di chiusura operazioni di verifica avvenuto in data 06.12.2011, ma è altrettanto vero che l'Ufficio non può imputare al contribuente la colpa se la verifica è iniziata a ridosso della decadenza del termine prescrizione per l'accertamento con la conseguenza che la

motivazione addotta dall'Ufficio, trattandosi di semplice inerzia della stessa Amministrazione.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. 20, 4 novembre 2014, n. 2107 - Pres. Torti - Rel. Podestà.

### **CONTENZIOSO - Contributo unificato - invito al pagamento - commissioni tributarie impugnabilità - ammissibilità.**

L'invito di pagamento per il minor contributo unificato versato, di cui all'art. 248 del D.p.r. n. 115/2002, costituisce atto impugnabile nante le Commissioni Tributarie.

Non è dovuta l'IVA qualora l'operazione esente intervenga a titolo oneroso, tra soggetti contraenti

obbligati ai fini IVA e con la movimentazione fisica dei beni, ancorché venga poi successivamente rilevata l'invalidità del codice ISO comunicato dal cessionario comunitario e per il quale il software diagnostico Intrastat non abbia segnalato alcun errore.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. 12, 4 novembre 2014, n. 2483 - Pres. Mignone - Rel. Bruni - L. S. G. L. (Avv. Lovisolo) c. Agenzia delle Entrate Direzione provinciale di Genova.

### **CONTRATTO preliminare - pronuncia costitutiva sottoposta a condizione potestativa - imposta proporzionale di registro - non applicabilità.**

Nel caso di lodo arbitrale, emesso ex art. 2932 c.c., che subordini il trasferimento di un immobile al pagamento del prezzo, non è dovuta alcuna imposta proporzionale di registro, trattandosi di condizione sospensiva e non di termine, essendo incerto se e quando tale evento si verificherà.

Non trattandosi di condizione meramente potestativa (ma al più potestativa) non rileva neppure il disposto dell'art. 27 co. 3 t.u. 131 del 1986.

Assume in ogni caso rilievo dirimente la considerazione che il lodo, al momento della sua pronuncia nonché della liquidazione dell'imposta, non ha prodotto alcun trasferimento di diritti immobiliari; per cui, allo stato, la liquidazione del tributo appare in tempestiva.

A.Q.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. 6, 14 marzo 2014, n. 322 - Pres. Varalli - Rel. Chiti.

### **DAZI - mancato pagamento - avvio procedimento penale - comunicazione debitore - decorso termine triennale - ente impositore - intervenuta decadenza - esclusione - legittimità pretesa - consegua.**

E' legittima la pretesa impositiva riferita al mancato pagamento dei dazi doganali quando, ancorché la comunicazione al debitore sia stata effettuata dopo il termine triennale imposto all'ente impositore a pena di decadenza, risulti avviato un procedimento penale.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. 10, 12 gennaio 2015, n. 405 - B & P. G. E. srl c. Agenzia delle Entrate di Genova.

**IMPOSTA di registro - costituzione di diritto di superficie su terreno agricolo - costruzione impianti fotovoltaici - trattamento impositivo.**

*La costituzione di un diritto di superficie a tempo determinato (su di un terreno agricolo per l'installazione di un impianto fotovoltaico) non rientra nella nozione di "trasferimento" contenuto nell'art. 1 allegata al D.P.R. 131/1986, in quanto non comporta il trasferimento di diritti e costituisce un diritto reale al godimento su di un terreno agricolo, a cui non è applicabile l'aliquota d'imposta di registro del 15% anche quando tale costituzione non avvenga a vantaggio di un operatore agricolo, essendo invece applicabile l'aliquota dell'8% di cui all'art. 1 comma 1 all. A tariffa.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. 4, 16 aprile 2015, n. 462 - Pres. Haupt - Rel. Assandri - St. A.G. S.p.A. c. Agenzia Entrate Genova.

**IRES IRAP - contributi per la realizzazione di una struttura sportiva aperta al pubblico compresi quelli per il "suolo aziendale" - loro natura di contributi in conto impianti - fattispecie.**

*I contributi direttamente finalizzati all'acquisto e alla realizzazione di beni strumentali ammortizzabili, costituiscono contributi in "conto impianti".*

*Conseguentemente partecipano alla formazione del risultato economico secondo il principio di competenza previsto dall'art. 75 d.p.r. 917/86.*

*Per le spese relative a progettazione, studi e oneri accessori alla realizzazione dell'investimento e per il suolo aziendale, la Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 100 del 29.3.2002 specifica che il regime fiscale di tali spese dipenderà, in concreto, dalle modalità con le quali le stesse sono iscritte in bilancio, in relazione a scelte e valutazioni di carattere civilistico. Secondo corretti principi contabili tali spese, se ritenute oneri accessori all'acquisto del bene strumentale, ad esempio le spese di progettazione, sono iscritte in bilancio unitamente al costo stesso del bene. Di conseguenza l'intero costo iscritto costituisce costo relativo ad un bene fiscalmente ammortizzabile ed il relativo contributo deve essere considerato in conto impianti.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. 4, 14 aprile 2015, n. 427 - Pres. Haupt - Rel. Cunati - ILM Spa c. Agenzia delle Entrate.

**IRES IRAP - fusione ritenuta elusiva - sovrapposizione normativa art. 37 bis d.p.r. 1973, n. 600; art. 118 e 172 T.U. 1986, n. 917 - antieconomicità ed elusività della operazione - presenza di non marginali ragioni extrafiscali - onere della prova a carico della A.F. - mancato assolvimento.**

*Spetta all'Ufficio dimostrare la macroscopica antieconomicità dell'operazione e al contribuente prospettare valide ragioni economiche diverse dal mero risparmio d'imposta, dimostrando che le operazioni poste in essere possano ragionevolmente spiegarsi altrimenti che con il mero conseguimento di risparmi d'imposta (tra le molte: Cassazione 22 settembre 2010, n. 20030; 21 gen-*

*naio 2009, n. 1465; 17 ottobre 2008, n. 25374; 21 aprile 2008, n. 10257; 4 aprile 2008, n. 8772; 13 febbraio 2006, n. 3583).*

*Ne consegue che il carattere abusivo di un'operazione va escluso quando sia individuabile una compresenza, non marginale, di ragioni extrafiscali, che non si identificano necessariamente in una redditività immediata dell'operazione medesima, ma possono rispondere a esigenze di natura organizzativa e consistere in un miglioramento strutturale e funzionale dell'azienda (così: Cassazione 28 giugno 2012, n. 10807 e 21 gennaio 2011, n. 1372).*

*Relativamente al caso controverso, la sentenza di primo grado ha motivatamente ritenuto che la fusione per incorporazione, dove ILM possedeva il 100% dell'AMT, appariva un comportamento ragionevole ed economicamente corretto in quanto il maggior peso finanziario dell'accorpante aveva svuotato di contenuti l'attività dell'AMT che non necessitava più alle esigenze del gruppo in quanto sostituita in tutto e per tutto da ILM., presunzione confortata dalla circostanza che la AMT aveva superato il "test di vitalità" di cui all'art. 172, comma 7 del TUIR di cui al DPR 917/1986.*

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. 13, sent. 18 settembre 2014, n. 1664 - Pres. Ghigliazza - Rel. Piu - R.G. c. Agenzia delle Entrate di Genova.

**IRPEF - Immobili di interesse storico - Art. 11 L. 1991, n. 413 - imposta sostitutiva - inapplicabilità per immobili oggetto di attività di impresa - fattispecie.**

*Il criterio di determinazione del debito imponibile previsto dall'art. 11, comma 2, L. n. 413/1991, attiene solo agli immobili (anche appartenenti ad una impresa) ma non se "oggetto" della sua attività, configurandosi, in tal caso, i relativi proventi ricavi d'impresa, da cui sono deducibili i relativi costi e ciò in contrasto con la ratio dell'art. 11 cit.*

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. 4, 14 maggio 2014, n. 2014 - Pres. Ghigliazza - Rel. Mazarino.

**IVA - cessione comunitaria - operazione titolo oneroso - parti contraenti - movimentazione fisica beni - codice iso - errata comunicazione - software intrastat - diagnostico errore - mancata segnalazione - successiva - invalidità rilevata - non rileva - operazione esente - debenza IVA - non sussiste.**

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. 2, 17 luglio 2014, n. 397 - Pres. Schito - Rel. Icardi.

**IVA/IRES - accertamento a carico di società di capitali e di soci - ricorsi separati della società e dei soci - litisconsorzio necessario - non si configura - accertamento basato esclusivamente sullo studio di settore - durata permanenza di situazione di grave crisi aziendale, correlata ad anormale periodo di svolgimento dell'attività - inapplicabilità dello studio - consegue.**

*L'ipotesi di litisconsorzio necessario tra società e soci sussiste solo per le società di persone e non per le società di capitali e conseguentemente nelle fattispecie non può essere disposta integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti i soci. L'attraversamento*

da parte dell'impresa di anni di grave e profonda crisi tale da sfociare nella richiesta di concordato preventivo non è attribuibile a normali difficoltà di gestione imprenditoriale, che presuppone un carattere episodico e non continuativo, configurando invece l'esistenza di un anormale svolgimento dell'attività, sì da escludere l'applicabilità dello studio di settore.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. 20, 21 gennaio 2015, n. 129 - Pres. Cingano - Rel. Del Vigo C.A. c. Agenzia delle Entrate di Genova.

**PENSIONE integrativa ex dipendenti CAP Genova erogata dall'INPS - Imponibilità solo per il suo 87,30% - Rimborso spetta.**

Ai sensi dell'art. 13 comma 8 d.lvo 1993, n. 124, deve affermarsi la legittimità della pretesa del ricorrente di ottenere il rimborso delle somme versate a titolo di IRPEF oltre il limite dell'87,50% con riferimento al trattamento pensionistico integrativo erogato dal fondo gestito dall'INPS per il personale CAP di Genova.

Tale legittimità non è inficiata dall'art. 10 del D.Lgs. 47/2000, che ha ulteriormente modificato la disciplina del trattamento tributario delle prestazioni pensionistiche erogate ai sensi del D.Lgs. 124/93 per la previsione transitoria dell'art. 12.

Le somme richieste a rimborso del ricorrente sono maggiori ritenute alla fonte operate a titolo d'imposta dal sostituto d'imposta e sono state richieste entro il termine di decadenza di 48 mesi stabilito dall'art. 38 del DPR 602/73.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. 1, 27 marzo 2015, n. 663 - Pres. Picozzi - Rel. Del Vigo, B. c. Equitalia Nord S.p.A.

**RISCOSSIONE - inesistenza della notifica della cartella esattoriale - effettuazione direttamente per posta senza l'intervento del messo notificatario - infondatezza.**

L'art. 14 l. 20/11/1982 n. 890 e succ. modif. prevede espressamente una deroga per la materia tributaria: "la notificazione degli avvisi e degli altri atti che per legge devono essere notificati al contribuente deve avvenire con plico sigillato e può eseguirsi a mezzo posta direttamente dagli Uffici finanziari".

La notifica pertanto è stata effettuata ritualmente a norma di legge ed è stata regolarmente eseguita ai sensi dell'art. 26 dpr 602/73; in base al combinato disposto degli artt. 26 dpr 602/73 e 60 dpr 600/73 è ammessa la notificazione a mezzo del servizio postale ed è introdotta una disciplina speciale e derogatoria rispetto al cpc, che non prevede la compilazione della "relata" sulla cartella sigillata all'interno del plico; la Corte di Cassazione con recentissime sentenze (v. per tutte sent. n. 14327/09 e 11708/11) ha affermato che la notifica è espressamente disciplinata dall'art. 26 dpr 602/73, che ha carattere di specialità rispetto all'art. 127 dpr 43/88, e conferma la possibilità dell'Agente alla riscossione di procedere direttamente alla notifica della cartella tramite il servizio postale, mediante invio con plico chiuso raccomandato con avviso di ricevimento. Comunque la mancata apposizione sull'originale o sulla copia della relazione non comporta l'inesistenza della notifica, ma solo un'irregolarità.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. 4, 10 febbraio 2014, n. 160 - Pres. Haupt - Rel. Assandri.

**SANZIONI - cartella di pagamento - iscrizione a ruolo - concorso materiale omogeneo - violazione sostanziale - violazione meramente formale - omesso versamento - qualificazione.**

Premesso che le violazioni sostanziali, al contrario di quelle formali, escludono l'applicabilità della norma di favore del concorso materiale omogeneo ex art. 12, 1° comma D.Lgs. 472/1997, ai sensi del D.Lgs. n. 203/1998, risulta che l'omesso versamento Irap ed Iva non integra, in tema di sanzioni tributarie, a violazioni meramente formali in quanto lo stesso non possiede i due concorrenti requisiti del non arrecare pregiudizio all'esercizio delle azioni di controllo e del non incidere sulla determinazione della base imponibile dell'imposta e sul versamento del tributo, con conseguente applicabilità dell'art. 13 del D.Lgs. 471/97 (Nella fattispecie il contribuente a seguito della notifica di cartella esattoriale contestava la quantificazione delle sanzioni nella misura iscritta a ruolo - per ciascun omesso e/o tardivo versamento - invocando l'applicabilità del più favorevole principio del concorso materiale omogeneo- benché non sussistessero i sopra indicati e richiesti requisiti).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. 1, 27 marzo 2015, n. 662 - Pres. Picozzi - Rel. Del Vigo.

**SOCIETÀ in accomandita semplice - socio accomandatario - sua responsabilità per il pagamento dei debiti sociali irap iva della società.**

Il socio accomandatario di una società di accomandita semplice (ora estinta) è responsabile dei debiti tributari (già accertati con sentenza di I° grado) della Società.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. 13, 8 maggio 2014, n. 925 - Pres. Ghigliazza - Rel. Piu - M. c. Agenzia delle Entrate Direzione provinciale di Genova.

**TRATTAMENTO previdenziale integrativo - personale CAP - Irpef - ritenute alla fonte - imponibile dell'85% - diritto al rimborso - spettanza.**

Il Trattamento previdenziale integrativo del personale dell'ex Consorzio autonomo del Porto di Genova, erogato dal fondo previdenziale C.A.P. costituito presso l'I.N.P.S., ai sensi della L. 13 febbraio 1987, n. 26, è assoggettato a ritenuta su di un imponibile dell'85%, ai sensi degli artt. 47 e 48 T.U.I.R. che rinviano al d.lgs 21 aprile 1993, n. 124 (di attuazione della legge delega 421/1992), con conseguente diritto al rimborso per il contribuente tassato sulla totalità.

Tale trattamento fiscale riguarda infatti tutte le forme pensionistiche complementari, esistenti alla data di entrata in vigore della L. 421/1992, nessuna esclusa.

La subordinazione alla vigilanza del Covip non è richiesta in questo caso, in quanto i relativi fondi pensionistici già esistevano (sin dal 1987) alla data di entrata in vigore del citato d.lgs 124/1993, che ha previsto questo ulteriore adempimento.

Altresì la distinzione fra pensioni integrative e complementari non rileva, in quanto, al di là della terminologia formale adoperata, il trattamento pensionistico è pacificamente corrisposto al fine di garantire al personale del CAP il medesimo trattamento un tempo corrisposto dalla Cassa previdenziale dell'Ente di previdenza, e dunque quale integrazione del quantum corrisposto in via obbligatoria.

A.Q.

## Sezione di diritto penale

# Massime

Tribunale di Genova – Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 7 novembre 2013 – Giudice Carpanini.

### **CIRCOSTANZE del reato – attenuante della speciale tenuità del danno – attenuante speciale di cui all'art. 323 bis c.p. – compatibilità.**

(Artt. 62 n. 4 e 323 bis c.p.)

*In tema di abuso di ufficio, di fronte ad un valore modesto delle somme sottratte, corretto appare il riconoscimento dell'attenuante della speciale tenuità del danno di cui all'art. 62 n. 4 c.p. che non è incompatibile con l'esclusione dell'attenuante speciale di cui all'art. 323 bis c.p. che, facendo riferimento alla particolare tenuità del fatto, va riferita al reato nella sua globalità e non al solo aspetto del danno o del lucro.*

PA.PITT.

Tribunale di Genova – Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 17 maggio 2013 – Giudice Cusatti.

### **DELITTI contro la libertà personale – violenza sessuale e atti sessuali con minorenni – differenze.**

(Artt. 609 bis – 609 ter comma 1 n. 5 e 609 quater c.p.)

*La fattispecie di cui all'art. 609 quater comma 1 n. 2 c.p. è soggetta alla stessa pena prevista dall'art. 609 bis c.p., ma comprende già l'elemento costituito dal rapporto genitoriale intercorrente tra i due soggetti, contemplato invece come circostanza aggravante a effetto speciale ove acceda alla condotta di violenza sessuale. E' l'atteggiamento soggettivo dell'agente a fungere da fondamentale discriminazione fra le varie figure delittuose punite più o meno gravemente: altro, invero, è stuprare una figlia che vi si opponga con tutte le forze o carpirne il consenso abusando della sua inferiorità fisiopsichica, altro è coltivare – seppure al di là di ogni razionalità e di ogni "normale" canone di accettazione sociale – sentimenti identificabili con quelli che maturano in seno a una coppia di adulti ricambiando, con assoluta certezza, quelli a sua volta nutriti dalla figlia adottiva infansedice. Nel caso di specie non è l'imputato ad aver incoraggiato la persona offesa ad infatuarsi di lui sì da conferire alla vicenda connotati di premeditata ed esecrabile perversione: è la vita anteatta della giovane ad averla fatta "crescere" prima, esponendola, a meno di sedici anni, all'incapacità di gestire pulsioni e passioni vissute come autentiche. Trattasi pertanto di ipotesi riconducibile all'art. 609 quater c.p.: d'altra parte, diversamente ritenendo, si correrebbe il rischio di una sostanziale abrogazione di fatto, peraltro in malam partem, della norma che prevede atti sessuali con minorenni.*

CR.BR.

Tribunale di Genova – Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 13 ottobre 2014 – Giudice Pastorini.

### **DELITTI contro la libertà personale – violenza sessuale nei confronti di persona minorenni – mancanza del prova in ordine alla violenza o minaccia – riqualificazione dei fatti nel reato di atti sessuali con minorenni**

### **– assenza di querela – proscioglimento per difetto della condizione di procedibilità.**

(Artt. 609 bis; 609 ter; 609 septies, comma 4, n. 1; 609 quater c.p.)

*Qualora si verta in tema di reati sessuali, nell'ambito dei quali più frequentemente la prova è costituita dalla sola dichiarazione della stessa, è necessario un rigoroso accertamento in ordine alla credibilità oggettiva e soggettiva della testimonianza della persona offesa. Da ciò consegue che, qualora le dichiarazioni della parte offesa non abbiano in sé la necessaria forza persuasiva né siano suffragate da ulteriori riscontri, le stesse non potranno fondare una sentenza di condanna.*

*(Nel caso di specie, il Giudice, valutando sprovviste di attendibilità le dichiarazioni della persona offesa, aveva ritenuto non raggiunta la prova della violenza o della minaccia nel compimento degli atti sessuali, riqualificando i fatti e riconducendoli alla fattispecie di atti sessuali con minorenni.*

*In conseguenza di ciò, poiché il reato di cui all'art. 609 quater c.p., a differenza di quello di violenza sessuale commessa nei confronti di minore, è perseguibile a querela e la stessa era stata presentata solo due anni dopo il fatto, il Giudice ha pronunciato sentenza di non doversi procedere per mancanza di tempestiva querela).*

S.LIG.

Tribunale di Genova – Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 24 gennaio 2014 – Giudice Baldini.

### **DELITTI contro l'ordine pubblico – associazione per delinquere – "minimum" di organizzazione a carattere stabile – configurazione del reato associativo – obiettivo dell'associazione – compimento di una serie indeterminata di reati – consapevolezza in capo ai singoli associati di far parte di un sodalizio criminoso durevole – elemento soggettivo – volontà di entrare a far parte di una associazione avente lo scopo di commettere reati – consapevolezza che nell'associazione vi sono almeno altre due persone che si propongono lo scopo di commettere reati – elementi distintivi con il concorso di persone nel reato continuato – grado di determinazione del disegno criminoso rispetto al programma associativo.**

(Art. 416 c.p.)

*In merito all'imputazione di associazione per delinquere, si sottolinea come, secondo il costante orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte di Cassazione, affinché sia ravvisabile l'associazione occorre l'esistenza di un "minimum" di organizzazione a carattere stabile, senza che tuttavia sia necessaria alcuna distribuzione gerarchica di funzioni: per la configurazione del reato associativo, in altre parole, pur non essendo richiesta la presenza di un'articolata e complessa organizzazione, dotata di notevoli disponibilità economiche, è pur sempre necessaria l'esistenza di strutture, sia pure rudimentali, deducibili dalla predisposizione di mezzi – anche semplici ed elementari – per il perseguimento del fine comune, in modo da concretare un supporto stabile e duraturo alle singole deliberazioni*

criminose, con il contributo degli associati. Obiettivo dell'associazione, inoltre, è la commissione di più delitti: essa ha infatti come scopo l'attuazione di un programma di delinquenza e cioè il compimento di una serie indeterminata di reati; con riferimento all'indeterminatezza del programma criminoso la Cassazione ha tuttavia osservato che la lettera dell'art. 416 c.p. postula una pluralità di delitti programmati, e lo spirito di essa consiste nell'assicurare la punizione di condotte che costituiscono un pericolo per l'ordine pubblico e cioè per la società, poiché non si esauriscono in un mero accordo per perpetrare crimini, ma implicano la realizzazione di un'organizzazione e la predisposizione di mezzi per l'attuazione del programma messo a punto. Nel reato associativo, cioè, gli imputati si predispongono – con un minimo di organizzazione strutturale, alla realizzazione di una serie indeterminata di delitti, nella consapevolezza in capo ai singoli associati di far parte di un sodalizio criminoso durevole e di essere disponibili ad operare per l'attuazione del progetto delinquenziale comune (anche a prescindere dalla concreta realizzazione di ciascuno dei delitti programmati). Sotto il profilo soggettivo il dolo richiesto dall'art. 416 c.p. consiste nella volontà di entrare a far parte di una associazione, avente lo scopo di commettere reati e sapendo che in essa vi sono almeno altre due persone che si propongono lo stesso fine. E' acquisizione pacifica in giurisprudenza che il criterio distintivo tra il delitto di cui all'art. 416 c.p. e il concorso di persone nel reato (continuato) debba essere individuato nel grado di determinatezza del disegno criminoso rispetto al programma associativo: in altre parole, per aversi associazione per delinquere l'accordo deve essere diretto all'attuazione di un più ampio programma criminoso per la commissione di una serie non determinata di delitti, dando così vita ad un vincolo associativo fonte di allarme sociale; perché si possa parlare di concorso di persone nel reato continuato, occorre, invece, che l'accordo intervenga in via occasionale ed accidentale, per la realizzazione di uno o più reati, e si esaurisca con la commissione degli stessi, facendo venire meno ogni motivo di pericolo ed allarme per la collettività.

PA.PITT.

Tribunale di Genova – Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 27 giugno 2014 – Giudice Carpanini.

**DISTURBO delle occupazioni e del riposo delle persone – disturbo della sola occupante dell'appartamento sottostante – assenza di incidenza sulla tranquillità pubblica – insussistenza del reato.**

(Art. 659 c.p.)

La rilevanza penale della condotta produttiva di rumori, censurati come fonte di disturbo delle occupazioni e del riposo delle persone, richiede l'incidenza sulla tranquillità pubblica, in quanto l'interesse tutelato dal legislatore è la quiete pubblica, sicché i rumori devono avere una tale diffusività che l'evento di disturbo sia potenzialmente idoneo ad essere risentito da un numero indeterminato di persone, pur se poi concretamente solo taluna se ne possa lamentare. Ne deriva che il reato non sussiste allorché vengano provocati rumori che rechino disturbo alla sola persona che occupa l'appartamento sottostante e che non siano neppure potenzialmente idonei ad interessare un numero indeterminato di persone.

CR.BR.

Tribunale di Genova – Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 5 novembre 2013 – Giudice Giacalone.

**ESERCIZIO dell'azione penale – richiesta di rinvio a giudizio a seguito di trasmissione degli atti al PM da parte**

**del Tribunale – fatto già oggetto di procedimento archiviato – nullità dell'azione penale in assenza di previo decreti di autorizzazione alla riapertura delle indagini.**

(Art. 414 c.p.p.)

Anche in caso di trasmissione degli atti al PM da parte del Tribunale (chiamato a giudicare i correi dell'imputato), qualora il medesimo fatto sia stato oggetto di procedimento archiviato, l'esercizio dell'azione penale da parte del Pubblico Ministero deve essere preceduto da decreto di autorizzazione alla riapertura delle indagini. In difetto di detta autorizzazione l'azione penale è da ritenere inficiata da nullità assoluta ex art. 179 c.p.p. concernendo l'iniziativa del PM nell'esercizio dell'azione penale. Infatti, pur in presenza di una trasmissione di atti al PM da parte del Tribunale, il difetto di autorizzazione alla riapertura delle indagini preclude l'esercizio dell'azione penale per lo stesso fatto oggettivamente e soggettivamente considerato, alla luce della natura del decreto di archiviazione, atto che, sebbene non sia munito di dell'autorità di res judicata, è connotato da un'efficacia preclusiva, quantunque limitata, operante sia con riferimento al momento dichiarativo della carenza di elementi idonei a giustificare il proseguimento delle indagini, sia riguardo al momento della loro riapertura, condizionata dal presupposto dell'esigenza di nuove investigazioni, parametro di valutazione nella motivazione della decisione di cui all'art. 414 c.p.p..

CR.BR.

Tribunale di Genova – Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 12 novembre 2013 – Giudice Baldini.

**ESPULSIONE amministrativa dello straniero, imputato in un procedimento penale, dal territorio nazionale – espulsione quale sanzione sostitutiva della detenzione ex art. 16 d.lgs. 286/1998 – disciplina prevista per i casi di espulsione amministrativa dal t.u. sull'immigrazione – analogia in bonam partem – applicabilità.**

(Artt. 13, comma 3 quater; 16 D.lgs. 286/1998)

Nel caso in cui l'espulsione di uno straniero, sottoposto a procedimento penale, sia avvenuta in forza di un provvedimento reso ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. 286/1998, ossia quale sanzione sostitutiva della detenzione, pur non trattandosi di un'espulsione amministrativa, ben può applicarsi la disposizione di cui all'art. 13, comma 3 quater del decreto medesimo, in base alla quale, se non è ancora stato emesso il provvedimento che dispone il giudizio, il giudice deve pronunciare sentenza di non luogo a procedere. Ciò in quanto si tratta di una applicazione analogica in bonam partem – e pertanto consentita – della norma citata, che risponde all'esigenza di evitare giudizi inutili ogni volta che il cittadino straniero non si trovi più sul territorio nazionale (in questi termini si è pronunciata Cass. pen., sez. I, 15.7.2008, n. 29161 nel caso di straniero non formalmente espulso, ma fermato alla frontiera e immediatamente respinto verso il paese di origine).

S.LIG.

Tribunale di Genova – Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 22 ottobre 2013 – Giudice Siclari.

**STUPEFACENTI – coltivazione non autorizzata di piante – sussistenza e principio di offensività.**

(artt. 73, D.P.R. 309/90)

La coltivazione non autorizzata di piante, dalle quali sono estrai-

*bili sostanze stupefacenti o psicotrope, costituisce un reato di pericolo, presunto o astratto, essendo punito ex se il fatto della coltivazione, senza che per l'integrazione del reato sia necessario individuare l'effettivo grado di tossicità della pianta e senza che occorra fare riferimento alcuno alla sostanza stupefacente che da essa può trarsi, e che può dipendere da circostanze contingenti, connesse alla sua crescita, al suo sviluppo ed alla sua maturazione. La figura criminosa è costruita infatti come reato di pericolo, la cui sussistenza va quindi affermata ogniqualvolta venga coltivata anche una sola pianta, vitale ed idonea a produrre sostanza stupefacente, appartenente ad una delle specie vietate, indipendentemente dalla percentuale di sostanza pura o di principio attivo presente nelle infiorescenze o nelle foglie. In ogni caso, però, spetta al Giudice ordinario verificare se la specifica condotta di coltivazione oggetto della contestazione risulti effettivamente e concretamente pericolosa, cioè idonea a ledere o a porre in pericolo il bene giuridico tutelato. (Fattispecie in cui il Giudice non ha ritenuto leso o messo in pericolo il bene giuridico tutelato in quanto non essendo conosciuto lo stato di maturazione dell'unica pianta coltivata, non vi era la certezza se fosse possibile ricavare sostanza idonea a produrre un effetto stupefacente in concreto rilevabile).*

M.CIR.

Tribunale di Genova – Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 13 novembre 2013 – Giudice Siclari.

**STUPEFACENTI – detenzione finalizzata allo spaccio – nuova formulazione dell'art. 73 D.P.R. 309/1990 a seguito delle modifiche apportate dall'art 4 bis del D.L. n. 272/2005 – inversione dell'onere della prova – esclusione – elementi ulteriori rispetto al mero dato quantitativo – necessità.**

(art. 73, comma 1 bis, DPR 309/1990)

*La modificazione introdotta dall'art. 4 bis del D.L. n. 272/2005, all'art. 73 del D.P.R. 309/1990, in base alla quale la detenzione di sostanze stupefacenti costituisce reato se le sostanze detenute "appaiono destinate ad un uso non esclusivamente personale", al di là dell'infelice verbo utilizzato, non contiene elementi di sostanziale novità rispetto alla disciplina previgente che sanzionava penalmente la detenzione di sostanze stupefacenti che non fosse fi-*

*nalizzata all'uso personale (cfr. Cass. 6, n. 17899/08). In realtà, infatti, la modificazione normativa intervenuta non ha introdotto nei confronti dell'imputato che detiene un quantitativo di sostanza stupefacente superiore ai limiti massimi indicati con decreto ministeriale né una presunzione, sia pure relativa, di destinazione della droga detenuta ad un uso non personale, né un'inversione dell'onere della prova, costituzionalmente inammissibile ex art. 25 Cost., comma 2 e art. 27 Cost., comma 2. I parametri indicati nella fattispecie per apprezzare la destinazione ad uso "non esclusivamente personale" (quantità, modalità di presentazione o altre circostanze dell'azione) costituiscono criteri probatori non diversi da quelli che già in passato venivano impiegati per stabilire la destinazione della sostanza detenuta (Cass. Sez. 6, sentenza n. 12146 del 12/02/2009). In considerazione di ciò, la sola circostanza del superamento del limite quantitativo di cui al decreto, qualora non ricorrano altri elementi, non può costituire di per sé sola, la ragione per ritenere dimostrato lo spaccio di sostanza stupefacente e non può, pertanto fondare una pronuncia di penale responsabilità dell'imputato.*

S.LIG.

Tribunale di Genova – Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 20 maggio 2013 – Giudice Carpanini.

**T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia – abusiva attività finanziaria – Sussistenza.**

(art. 132 D.Lgs. 385/1993)

*Il reato di esercizio abusivo dell'attività finanziaria è configurabile indipendentemente dall'esistenza di una specifica organizzazione, in quanto la norma non richiede che l'attività finanziaria vietata sia svolta in modo professionale ed abituale poiché ciò che il Legislatore intende evitare è che soggetti che non posseggano i requisiti necessari e non possano fornire le garanzie del caso e che, non essendo iscritti negli elenchi, sfuggano ai controlli pubblici, non si inseriscano nel mercato creditizio inquinandolo. A tal fine, escluso l'occasionale prestito concesso a ben determinata persona, è sufficiente che vi sia la disponibilità dell'agente, nota anche ad un pubblico ristretto, a concedere prestiti a chiunque li richieda e che ne sia stato concesso almeno uno.*

M.CIR.

# Documenti

## “Conclusioni provvisorie” in tema di autoriciclaggio

**Paola Rizzo**

Sostituto procuratore  
presso la Procura della Repubblica di Pisa

**Sommario:** 1. Considerazioni introduttive. - 2. La natura della clausola di riserva prevista dall'art. 648 bis c.p. - 3. Proposte di riforma e cenni di diritto comparato. - 4. Il nuovo art. 648-ter. 1 c.p.

### 1. Considerazioni introduttive.

Con l'approvazione della legge n. 186 del 15 dicembre 2014 - recante “disposizioni in materia di emersione e rientro di capitali all'estero nonché per il potenziamento della lotta all'evasione fiscale e disposizioni in materia di autoriciclaggio” - si è giunti alla conclusione del travagliato percorso normativo che ha caratterizzato l'introduzione del reato di autoriciclaggio in Italia.

Il nuovo art. 648-ter. 1, in vigore dal 1 gennaio 2015, definisce due diverse fattispecie: la prima punisce chiunque, avendo commesso o concorso a commettere un delitto non colposo, impiega, sostituisce, trasferisce in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di tale delitto in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa, mentre la seconda richiama la commissione di delitti non colposi per i quali sia prevista la pena della reclusione inferiore a cinque anni.

Prima di analizzare dettagliatamente la nuova disposizione si rendono necessarie alcune considerazioni generali sul complesso fenomeno del riciclaggio e sulla previgente architettura normativa.

Da un punto di vista metagiuridico, il concetto di riciclaggio genericamente inteso è riassumibile con la definizione fornita dalla Commissione Presidenziale statunitense sul crimine organizzato del 1985, secondo la quale con il predetto termine si devono intendere “i mezzi attraverso i quali si nasconde l'esistenza, la fonte illegale o l'utilizzo illegale di redditi e il camuffamento di questi redditi per farli apparire legittimi” (1).

Le fasi attraverso le quali si snoda il fenomeno del riciclaggio sono fondamentalmente tre (2).

Nella fase del collocamento, detta *placement*, i proventi dei reati vengono canalizzati nel mercato lecito presso istituzioni o intermediari finanziari, previa separazione dalla fonte di diretta provenienza: in questo modo il denaro o gli altri beni di provenienza delittuosa vengono allontanati dallo scenario del crimine compiuto, e collocati provvisoriamente in modo tale da rendere difficoltosa l'individuazione dell'origine e consentirne la successiva ripulitura (3).

La seconda fase, detta della stratificazione (*layering*), si sostanzia in ripetute operazioni di trasferimento eseguite con l'intento di causare la perdita delle tracce documentali del denaro, mentre nella terza ed ultima fase dell'integrazione (*integration*) si persegue l'intento di vestire di legittimità i proventi illeciti e di reim-

metterli nel mercato, spesso confusi con capitali di origine lecita. Dal punto di vista prettamente giuridico, la formulazione attuale del reato di riciclaggio previsto dall'art. 648 bis del codice penale deriva dall'adeguamento della disposizione alla Convenzione di Strasburgo dell'8 novembre 1990, la quale rappresentò “l'acquisita e dichiarata consapevolezza della preoccupante dimensione del riciclaggio a livello mondiale, costituendo il cardine della futura azione di contrasto di tale fenomeno” (4).

Il codice penale punisce dunque con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da euro 1.032 ad euro 15.943 (5) chiunque, fuori dei casi di concorso nel reato, sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo, ovvero compie in relazione ad essi altre operazioni, in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa.

### 2. La natura della clausola di riserva prevista dall'art. 648 bis c.p.

La clausola di riserva posta nella parte iniziale dell'art. 648 bis c.p. (“fuori dei casi di concorso nel reato”) ha provocato nella prassi giurisprudenziale una notevole difficoltà di applicazione delle norme nel contrasto alle organizzazioni criminali mafiose che utilizzano su larga scala lo strumento criminale del riciclaggio.

Come sottolinea Roberto Pennisi, magistrato della Direzione Nazionale Antimafia, in relazione alla situazione normativa precedente all'approvazione della legge 186/2014, si poteva sostenere che “l'affermazione secondo la quale la mafia [...] ricicla fosse fondamentalmente una contraddizione in termini”, giacché in virtù della clausola di riserva i soggetti appartenenti ai sodalizi criminali che ponevano in essere le condotte dalle quali proveniva il denaro sporco non potevano essere imputati anche per il delitto di cui all'art. 648 bis e andavano dunque esenti da responsabilità penale per le attività riciclatorie da loro compiute: “l'affermazione corretta è invece quella secondo cui la mafia fa riciclare” (6).

L'ipotesi di scuola, precisa Pennisi, è quella secondo cui a fianco dei gruppi mafiosi, ma separatamente dagli stessi, si pongano dei professionisti il cui compito specifico sia quello di provvedere alle operazioni di riciclaggio: ma si tratta per l'appunto di una mera ipotesi teorica, dal momento che è sempre più accentuata la tendenza dei sodalizi criminali a provvedere non soltanto alla produzione del profitto illecito ma anche alla ripulitura dello stesso, non rischiando di essere eventualmente incriminati anche per il reato di riciclaggio.

L'intento politico-criminale alla base dell'esclusione della punibilità dell'autoriciclaggio è stato rinvenuto tradizionalmente nella necessità di escludere la punibilità per un *post factum* (7) che si viene a configurare come sbocco tipico e naturale dell'attività criminosa principale, la quale esaurisce in sé il disvalore della fattispecie: in altre parole, se la condotta tipica del riciclaggio viene posta in essere da un concorrente nel delitto a monte, essa costituisce un *post factum* non punibile, in quanto il disvalore della condotta criminosa susseguente (cioè il riciclaggio) si considera già intrinseco nella condotta criminosa commessa in precedenza.

Prima dell'introduzione dell'art. 648-ter.1 dunque il nostro

codice penale puniva il riciclaggio solo qualora lo stesso costituisse “un *quid pluris*, un’attività *ad adiuvandum* svolta da un estraneo rispetto al reato base” (8).

Riguardo all’esatta qualificazione di tale ipotesi di non punibilità, sul campo si sono scontrate diverse posizioni.

Per una prima e minoritaria impostazione, la clausola di riserva delineerebbe un presupposto negativo della condotta tipica, cioè la mancata partecipazione alla commissione del reato presupposto (9).

Tale tesi tuttavia appare difficilmente condivisibile dal momento che, attraendo la clausola di riserva nel perimetro dell’elemento oggettivo del reato, si avrebbe come paradossale conseguenza l’esclusione della punibilità anche per gli eventuali concorrenti nel reato di autoriciclaggio, estranei al reato presupposto, in forza del disposto di cui all’art. 119 comma 2 c.p. che, come noto, prevede che le circostanze oggettive di esclusione della pena abbiano effetto nei confronti di tutti coloro che concorrono nel reato (10).

Per una seconda impostazione, la clausola di riserva in esame introduce una causa personale di esclusione della pena, la cui presenza non comporta il venir meno del reato ma unicamente la mancata applicazione della pena e delle conseguenze penali (11); qualora si seguisse questa impostazione la causa di non punibilità non sarebbe estensibile ai concorrenti, in conformità alla previsione di cui all’art. 119 comma 1 c.p. relativa alle circostanze soggettive di esclusione della pena.

La tesi prevalente riconduce invece la clausola di riserva al binomio tra consumazione e *post factum* non punibile, dunque “il riciclaggio si porrebbe come naturale prolungamento del reato antecedentemente commesso, che ne assorbirebbe così, per intero, il disvalore” (12): la clausola posta nella parte iniziale dell’art. 648 bis sarebbe pertanto finalizzata ad evitare duplicazioni di responsabilità per colui che pone in essere il reato presupposto, dal momento che il riciclaggio del provento di tale reato costituisce una normale conseguenza dello stesso (13).

La *ratio* di ciò era dunque in ultima analisi ricollegabile alla necessità di evitare una violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale, cioè del divieto della doppia punibilità per uno stesso fatto.

Tale divieto “ha come base indefettibile l’omogeneità dei beni giuridici tutelati rispettivamente dal delitto principale (il delitto a monte) e da quello accessorio” (14), tuttavia appariva ormai necessario superare la statica e anacronistica visione dell’art. 648 bis come reato monoffensivo contro il patrimonio: esso tutela infatti altri fondamentali beni giuridici, quali il libero mercato concorrenziale - distorto dal reinvestimento delle somme di denaro provenienti dal delitto principale - e la corretta amministrazione della giustizia, lesa dall’occultamento e dalle operazioni di sostituzione dei beni di origine criminale.

### 3. Proposte di riforma e cenni di diritto comparato.

Rappresentanti del mondo accademico e della magistratura e numerose organizzazioni nazionali e internazionali hanno perciò prospettato la necessità di superare la previgente modalità normativa attraverso l’introduzione del reato di autoriciclaggio, cioè l’attività di riciclaggio compiuta da un soggetto su denaro o altre utilità derivanti da un reato presupposto da lui stesso commesso.

A livello internazionale, un nuovo approccio al fenomeno al reato di riciclaggio era stato tracciato da una risoluzione del Parlamento Europeo del 25 ottobre 2011: pur priva di efficacia giuridica vincolante, essa ha presentato una notevole rilevanza po-

litica, “sia per essere stata approvata a grande maggioranza, sia per la carica di innovazione che essa può portare nella definizione delle politiche europee e nella conformazione delle legislazioni interne degli stati membri” (15).

In particolare la risoluzione rappresenta il riciclaggio come “uno dei canali più insidiosi di contaminazione tra il lecito e l’illecito, un passaggio senza il quale il potere di acquisto ottenuto con il crimine resterebbe solo potenziale, utilizzabile all’interno del circuito illegale ma incapace di tradursi in un vero potere economico”.

Per interrompere questo canale di contaminazione, il Parlamento Europeo richiese dunque agli Stati membri di “inserire come obbligatoria [...] la penalizzazione del cosiddetto autoriciclaggio, ovvero il riciclaggio di denaro di provenienza illecita compiuto dallo stesso soggetto che ha ottenuto tale denaro in maniera illecita”.

Sul fronte interno, da tempo e da più parti giungevano sollecitazioni al legislatore per introdurre nel nostro ordinamento tale delitto.

Un primo sommario tentativo era stato fatto per mezzo di un emendamento al cosiddetto “pacchetto sicurezza” del 2009, ma lo stesso non venne poi adottato; alla fine del 2012 si tentò di inserire la novella nel d.d.l. anticorruzione, tuttavia essa venne poi stralciata per la necessità di procedere ad ulteriori approfondimenti.

Approfondimenti ai quali si iniziò a lavorare dall’11 gennaio del 2013, giorno in cui l’allora Ministro della Giustizia Paola Severino ha insediato il gruppo di studio sull’autoriciclaggio, coordinato dal Procuratore aggiunto di Milano Francesco Greco, con la finalità di individuare una condotta che potesse tipizzare questa forma di comportamento criminale.

Nella relazione conclusiva, pubblicata nell’aprile del 2013, si legge che “la condotta di autoriciclaggio, lungi dal configurarsi come frazione del reato presupposto ovvero come un mero *post factum* avente il solo effetto di ostacolare il disvelamento del reato presupposto, si configura piuttosto come una nuova e diversa condotta, connotata da un autonomo e grave disvalore, in quanto tale meritevole di sanzione”; secondo il gruppo di studio era dunque necessario introdurre nel nostro sistema penale un’autonoma fattispecie penale che valorizzasse la natura essenzialmente finanziaria e la connotazione intrinsecamente fraudolenta delle operazioni di ripulitura e che attribuisse un ruolo centrale “non tanto e non solo alla finalità di ostacolare l’identificazione della provenienza delittuosa dei beni quanto soprattutto a quella del loro investimento in attività economiche o finanziarie, essendo il vero disvalore della condotta rappresentato dalla concorrenza sleale derivante dall’impiego di capitali illeciti”.

L’insediamento del gruppo di studio era stato preceduto nel novembre del 2012 dalla pubblicazione della “Nota informativa sintetica n. 39” ad opera del servizio Biblioteca della Camera e relativa a “il reato di autoriciclaggio in Francia, Germania, Regno Unito e Spagna”.

Questa nota fornisce un quadro sintetico della situazione normativa in materia nei quattro principali paesi europei, dal quale si evince che tra di essi soltanto la Spagna prevede espressamente il delitto di autoriciclaggio (16).

In Gran Bretagna e Germania l’esistenza di tale reato viene ricavata, con notevoli contrasti dottrinari e giurisprudenziali e difficoltà interpretative, da altre norme su analoghe materie: in particolare nel primo paese vengono prese in considerazione le condotte di occultamento, trasformazione e conversione di beni di origine illecita, e l’assenza di clausole di riserva determina l’applicabilità diretta delle disposizioni

anche all'autoriciclaggio, mentre nel secondo si fa riferimento alla generale disposizione sul riciclaggio.

In Francia invece il reato di autoriciclaggio, pur non previsto espressamente, è stato plasmato in via interpretativa dalla Corte di Cassazione (17), con conseguenti ed evidenti problematiche afferenti al rispetto dei principi di legalità e di tassatività.

Nel nostro paese, meritevole di considerazione è il disegno di legge presentato in data 15 marzo 2013 dal Presidente del Senato Pietro Grasso, già Procuratore nazionale antimafia dall'ottobre del 2005 al dicembre del 2012.

Secondo Grasso, la condotta di autoriciclaggio costituisce "uno dei principali canali di occultamento dei proventi delittuosi, in particolare del crimine organizzato [...] in assenza di sanzione autonoma di essa, si priva l'ordinamento di uno strumento utile ad impedire [...] la concretizzazione ultima del vantaggio patrimoniale conseguito con l'attività illecita" (18).

Il Presidente del Senato fornì una ricostruzione alternativa del sistema penale in materia, che muoveva in primo luogo dalla contestazione dell'ormai anacronistico inserimento degli artt. 648 bis e 648 ter del codice penale nel titolo relativo ai delitti contro il patrimonio, operato sulla base della scelta originaria del legislatore di comporre tali fattispecie sul modello del reato di ricettazione; in realtà, evidenzia Grasso, "le attività di riciclaggio e di reinvestimento incidono in misura sensibile sul sistema economico nel suo complesso, con specifico riguardo al sistema finanziario, utilizzato dal crimine organizzato per l'allocazione più conveniente delle risorse patrimoniali illecitamente conseguite". (19)

Egli ipotizzò dunque l'introduzione nel titolo VIII del codice penale, relativo ai delitti contro l'economia, di un nuovo capo comprensivo di quelle fattispecie delittuose che prevedono l'incidenza della circolazione di beni di origine criminale sul sistema delle relazioni economiche; tra queste fattispecie doveva trovare spazio anche il delitto di "impiego e riciclaggio di denaro, beni ed altre utilità", privo della clausola di riserva "fuori dei casi di concorso nel reato" e dunque comprendente anche l'autoriciclaggio.

#### 4. Il nuovo art. 648-ter. 1 c.p.

Con l'approvazione della legge n. 186 del 15 dicembre 2014 il legislatore ha invece seguito la strada dell'inserimento nel nostro sistema penale di una fattispecie autonoma di autoriciclaggio.

Il nuovo art. 648-ter.1 del codice penale punisce con *la reclusione da due ad otto anni e con la multa da euro 5.000 ad euro 25.000 chiunque, avendo commesso o concorso a commettere un delitto non colposo, impiega, sostituisce, trasferisce, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di tale delitto, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa.*

*Qualora il denaro, i beni o le altre utilità provengano dalla commissione di un delitto non colposo punito con la reclusione inferiore nel massimo a cinque anni, si applica la pena della reclusione da uno a quattro anni e della multa da euro 2.500 ad euro 12.500.*

Inserita nel titolo dedicato ai reati contro il patrimonio, tale figura criminosa è tuttavia classificabile come reato plurioffensivo, dal momento che, accanto appunto al patrimonio, è posta a tutela di altri beni giuridici quali l'amministrazione della giustizia (20), l'ordine pubblico (21) e l'ordine economico-finanziario (22).

Riguardo al soggetto attivo, viene meno il requisito previsto per la configurabilità del reato di riciclaggio di cui all'art. 648

bis c.p., cioè la diversità tra il soggetto riciclatore e colui che ha commesso o concorso a commettere il delitto presupposto: ne consegue che se il soggetto che impiega, sostituisce o trasferisce i proventi illeciti è lo stesso che ha commesso il reato presupposto, dovrà scattare l'incriminazione per il reato di autoriciclaggio, mentre in caso di diversità tra i due soggetti il riciclatore dovrà essere punito per il reato di cui all'art. 648 bis c.p.

La distinzione tra queste due ipotesi non appare del tutto agevole: nella concreta prassi applicativa infatti, in caso di presenza sulla scena criminale di almeno due soggetti, non è sempre chiaro se il riciclatore possa dirsi concorrente con colui che commette il delitto presupposto (in questo caso dovrebbe essergli contestato l'art. 648-ter. 1 c.p.) oppure se la sua condotta possa essere considerata autonoma (con la conseguente contestazione dell'art. 648 bis c.p.).

In attesa di eventuali nuove prese di posizione da parte della giurisprudenza, il criterio discrezionale più diffuso attualmente è quello temporale, in base al quale si ha concorso nel reato (quantomeno nella forma del concorso morale) qualora l'accordo si sia verificato prima della consumazione del reato base, sul rilievo che "il preventivo accordo sulla collocazione del profitto del reato contribuisce a rafforzare l'originario proposito criminoso, dando sicurezza all'autore o agli autori del reato principale" (23).

Qualora invece l'accordo sia successivo alla realizzazione del primo reato, esso non eserciterà alcuna influenza sulla commissione dello stesso, di conseguenza per il riciclatore sarà integrato il delitto di cui all'art. 648 bis.

Il predetto criterio deve tuttavia essere adattato di volta in volta alle circostanze del caso concreto: qualora infatti emerga che l'eventuale accordo sul riciclaggio dei proventi del reato principale, pur posto in essere prima della realizzazione di quest'ultimo, non ha in alcun modo influito sulla determinazione a commetterlo da parte degli autori, si dovrà escludere la sussistenza del concorso ed applicare ugualmente l'art. 648 bis.

Ciò trova conferma in una fondamentale sentenza della Corte di Cassazione (24), secondo la quale al fine di compiere la predetta distinzione, occorrerà anche "che si proceda a verificare caso per caso se il preventivo accordo di "lavare" il denaro o gli altri beni abbia in effetti influenzato o rafforzato nell'autore del reato a monte la decisione di delinquere": in caso di risposta affermativa il riciclatore dovrà essere considerato concorrente nel delitto presupposto e dovrà essergli contestato il nuovo reato di cui all'art. 648-ter. 1 c.p. Sul versante oggettivo, per potersi concretizzare, l'autoriciclaggio necessita del previo compimento di un reato, dal quale deriverà il provento da reimmettere nel circuito economico attraverso le operazioni di ripulitura.

La scelta del legislatore è stata ancora una volta, così come per il reato di riciclaggio, quella di svincolare il reato di autoriciclaggio dalla tassativa indicazione delle ipotesi delittuose che possono integrarne il presupposto: l'art. 648-ter. 1 richiama infatti genericamente tutti i delitti non colposi (25). Il delitto in esame può dunque presupporre come reato principale non solo i delitti funzionalmente orientati alla creazione di capitali illeciti (quali ad esempio usura, estorsione, produzione e traffico di sostanze stupefacenti, ecc.), ma anche altri tipi di reati quali ad esempio falso in bilancio, aggrottaggio e bancarotta.

Passando all'esame delle condotte penalmente rilevanti, come detto la norma punisce chiunque impiega, sostituisce, trasferisce in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o spe-

culative (26), il denaro, i beni o le altre utilità provenienti da delitto non colposo, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa.

Di fronte all'ampiezza delle condotte tipiche sanzionate, la concreta dissimulazione della provenienza delittuosa dei beni è la finalità ultima che le unifica e le qualifica: ciò vale anche a distinguere la fattispecie in esame dalla diversa fattispecie di ricettazione, caratterizzata da un generico fine di profitto e non dallo specifico scopo di far perdere le tracce dell'origine illecita.

Inoltre ciò rende possibile attribuire al delitto in esame la qualifica di reato di pericolo concreto: nessuna azione sarà infatti punibile ai sensi dell'art. 648-ter.1 qualora non sia ravvisabile in essa l'attitudine ad ostacolare concretamente l'identificazione della provenienza delittuosa (27) (potranno tuttavia essere ravvisabili altri reati, quali ad esempio il favoreggiamento, la ricettazione e l'acquisto di cose di sospetta provenienza).

La condotta di sostituzione costituisce la forma più elementare di autoriciclaggio: mediante tale opera il denaro, i beni o le altre utilità "sporche" vengono "lavate" attraverso la loro sostituzione con denaro o beni puliti. Ciò può avvenire con le modalità più disparate, quali operazioni bancarie e di cambio valuta, acquisto di beni sia mobili che immobili, gioco d'azzardo (28).

In tale condotta ricadono dunque tutte le attività dirette ad incidere sull'attività delittuosa recidendo ogni possibile collegamento, di tipo oggettivo o soggettivo, con il reato a monte.

Nella condotta di trasferimento sono invece comprese quelle azioni che, senza modificare l'oggettività del bene, si limitano a movimentarlo con il fine di raggiungere il medesimo risultato di occultamento della provenienza delittuosa: ad esempio integrano il delitto di autoriciclaggio nella forma in esame gli spostamenti delle somme illecite in conti correnti diversi da quello originario, al fine di impedire di risalire all'origine delle somme stesse.

Questa seconda condotta rappresenta sostanzialmente una *species* di quella di sostituzione, dalla quale si distingue per il fatto che i valori di provenienza illecita non vengono sostituiti con altri valori della stessa specie bensì più semplicemente movimentati così da far perdere le tracce della loro provenienza: si pensi ad esempio ad un soggetto che provveda a portare il denaro o gli altri beni all'estero mediante trasporto fisico debitamente organizzato (29).

Riguardo alla condotta di impiego, con questo termine il legislatore ha richiamato volutamente nozioni non tecniche, dovendosi infatti intendere per tale qualsiasi di tipo di investimento o di utilizzazione dei capitali illeciti, con la limitazione (e ciò vale anche per le altre condotte) che si tratti di impiego in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative.

Sarà pertanto da escludere la configurabilità del reato di autoriciclaggio in caso di capitali investiti in attività illecite, quali ad esempio l'acquisto di una partita di droga o il finanziamento di una rapina: in questi casi infatti si avrebbero ipotesi di concorso nelle attività criminose di destinazione delle risorse.

La norma intende invece sanzionare solo l'introduzione dei proventi illeciti nel mercato, "sia per impedirne il consolidamento in capo agli autori dei reati, sia per evitare le turbative sul piano della libera concorrenza che deriverebbero dall'ingresso di fonti di finanziamento illegali, di tale che le attività [...] che in questa sede rilevano non possono non essere che quelle lecite" (30).

In relazione all'elemento soggettivo della nuova fattispecie deve rilevarsi che, l'art. 648-ter. 1 attribuisce centralità al

dolo specifico di procurare a sé o ad altri un ulteriore vantaggio in attività di tipo economico-finanziario, differente rispetto a quello proprio del delitto presupposto; ciò si evince dal comma 4 dell'articolo in esame, il quale esclude la punibilità dell'autore del reato presupposto per le condotte che sfociano in una mera utilizzazione o godimento personale del denaro, dei beni o delle altre utilità, sempre che non ci sia stata l'intenzione di occultare i frutti del reato: in altre parole e a titolo di esempio, qualora un soggetto utilizzi le somme derivanti dal reato presupposto per acquistare un'autovettura per uso personale, egli non potrà essere punito anche a titolo di autoriciclaggio, mentre ciò avverrà qualora utilizzi tali somme per aprire un esercizio commerciale.

La dottrina concorda nel ritenere che il comma 4 - descrivendo una modalità di condotta considerata espressamente priva di rilevanza penale - preveda una causa oggettiva di esclusione del tipo (31).

Il capoverso dell'art. 648-ter.1 prevede la pena della reclusione da uno a quattro anni e della multa da euro 2.500 ad euro 12.500 qualora il denaro, i beni o le altre utilità provengano da un delitto non colposo punito con la reclusione inferiore nel massimo a cinque anni; secondo la dottrina prevalente tale ipotesi configura una fattispecie autonoma di reato e non una circostanza attenuante, sia per "l'evidente simmetria sintattica [...] rispetto all'ipotesi del primo comma ("si applica la pena (...)", in palese distonia con le figure tratteggiate ai commi 5 e 6 (che, invero, ruotano alle classiche locuzioni circostanziali "la pena è aumentata", "la pena è diminuita")", sia per "l'assenza di un rapporto di specialità tra le disposizioni in parola, attestandosi a ben vedere la variante più lieve di auto riciclaggio su un piano di alternatività rispetto al prototipo del primo comma" (32).

Tale condivisibile interpretazione consente di evitare di sottoporre la fattispecie prevista dall'art. 648-ter. 1 comma 2 ad un giudizio di bilanciamento, con conseguente vanificazione delle differenze edittali tra la predetta ipotesi e quella del primo comma.

L'art. 648-ter. 1 prevede poi una circostanza attenuante avente natura premiale: la pena dovrà infatti essere diminuita fino alla metà per coloro che si siano efficacemente adoperati per evitare che le condotte siano portate a conseguenze ulteriori, nonché per coloro che si siano efficacemente adoperati per assicurare le prove del reato e individuare i beni, il denaro o le altre utilità provenienti dal delitto.

È invece previsto un aumento della pena qualora i fatti siano commessi nell'esercizio di un'attività bancaria o finanziaria o di un'altra attività professionale: si tratta di un'aggravante speciale di natura soggettiva che punta a colpire i professionisti capaci di formulare tecniche sicure ed efficaci di separazione dei proventi illeciti dai reati di provenienza e di successiva commistione di tali profitti nell'economia legale.

Sono evidenti infatti il maggior disvalore sociale delle condotte compiute da tali professionisti e la potenziale maggior lesività delle conseguenze del reato in quanto, esercitando un'attività professionale, per loro potrebbero risultare più semplici le operazioni di ripulitura dei proventi illeciti.

Con l'introduzione dell'art. 648-ter. 1 sono state dunque portate a conclusione le numerose e articolate discussioni che si erano succedute nel corso degli ultimi anni in merito alla necessità di introdurre questa nuova fattispecie penale: si tratta tuttavia di una conclusione soltanto provvisoria, come si evince dal fatto che in ambito dottrinario, a poche settimane dall'approvazione della legge 186/2014, iniziano già a levarsi le prime voci fortemente critiche in relazione ad alcuni punti oscuri della

riforma, in particolare relativi ai concetti di mera utilizzazione e godimento personale dei proventi illeciti (33). Spetterà ancora una volta alla giurisprudenza l'arduo compito di fare chiarezza sulla novella normativa.

Note:

(1) President's Commission in organized crime, *The cash connection: organized crime, financial institutions and money laundering*, Books for business, Oakville, 2001.

(2) Il modello originario di descrizione del fenomeno in esame si basava su una struttura bifasica, costituita dal lavaggio (*money laundering*), che veniva individuato nelle operazioni a breve termine volte ad occultare l'origine illecita del denaro e degli altri beni, e dall'impiego (*recycling*), consistente in operazioni a medio- lungo termine orientate alla reimmersione dei capitali lavati nel ciclo economico legale. Per approfondimenti sul modello bifasico cfr. G. Pecorella, voce *Denaro (sostituzione di)*, in *Digesto delle discipline penali*, Utet, Torino, 1989, pag. 366.

(3) Ciò può avvenire mediante varie operazioni, quali ad esempio il trasporto fisico dei capitali all'estero o mediante il ricorso a sistemi di pagamento elettronici.

(4) R. Razzante, *La regolamentazione antiriciclaggio in Italia*, Giappichelli, Torino, 2011, pag. 6.

(5) La legge 186/2014 ha modificato la pena pecuniaria innalzando sia il limite minimo che il limite massimo della multa (rispettivamente euro 5.000 ed euro 25.000).

(6) R. Pennisi, *La lotta ai capitali sporchi di mafia e terrorismo*, in *Gnosis, Rivista italiana di intelligence*, 2009.

(7) Per approfondimenti sul concetto di *post factum* non punibile si vedano, per tutti, F. Mantovani, *Diritto penale, parte generale*, Cedam, Padova, 2011, pag. 490 e G. Marinucci e E. Dolcini, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Giuffrè, Milano, 2012, pagg. 463 ss.

(8) G. Nanula, *La lotta alla mafia*, Giuffrè, Milano, 2009, pag. 320.

(9) La tesi è sostenuta, tra gli altri, da F. Antolisei (a cura di C. F. Grosso), *Manuale di diritto penale, parte speciale vol. 1*, Giuffrè, Milano, 2008, pag. 546, secondo il quale "si desume che il delitto in esame, oltre all'esistenza di un delitto precedente, ha un altro presupposto e, precisamente, la mancata partecipazione nel delitto medesimo".

(10) L'osservazione è di S. Seminara, *I soggetti attivi del reato di riciclaggio tra diritto vigente e proposte di riforma*, in *Diritto penale e processo*, 2005, pag. 236. Per ulteriori approfondimenti sulle criticità di tale impostazione si veda anche A. M. Dell'Osso, *Riciclaggio e concorso nel reato presupposto: difficoltà di inquadramento dogmatico ed esigenze di intervento legislativo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, pagg. 1288 ss.

(11) S. Seminara, op. cit., pag. 240.

(12) S. Cavallini e L. Troyer, *La "clessidra" del riciclaggio ed il privilegio di self-laudering: note sparse a margine di ricorrenti, astratti furori del legislatore*, in *www.penalecontemporaneo.it*, pag. 7.

(13) Su questo solco si pongono numerose sentenze della Corte di Cassazione: si veda ad esempio Cass., 27 febbraio 2013 n. 9226, secondo cui "colui che abbia commesso il reato presupposto non può essere ritenuto punibile anche del reato di riciclaggio per avere sostituito o trasferito il provento del reato presupposto: infatti, non essendo configurabile (*all'epoca della sentenza*) il delitto di autoriciclaggio, diventano del tutto irrilevanti, ai fini giuridici, le modalità con le quali l'agente abbia commesso l'autoriciclaggio, sia che il medesimo sia avvenuto con modalità dirette sia che sia avvenuto, ex articolo 48 c.p., per interposta persona e cioè per avere l'agente tratto in inganno un terzo autore materiale del riciclaggio".

(14) F. Zarba, *Riciclaggio ed autoriciclaggio: come intervenire?*, in *www.dirittoeprocesso.com*

(15) A. Balsamo e C. Lucchini, *La risoluzione del 25 ottobre 2011 del Parlamento Europeo: un nuovo approccio al fenomeno della criminalità organizzata*, in *www.penalecontemporaneo.it*, pag. 1.

(16) L'art. 301 del codice penale spagnolo prevede che colui che acquisti, possieda, utilizzi, converta o trasmetta beni, sapendo che essi sono provenienti da un'attività delittuosa, commessa da lui stesso o da terzi, o esegua qualsiasi altro atto per occultare o mascherare la loro provenienza illecita, o per aiutare la persona coinvolta nel reato o nei reati a sottrarsi alle conseguenze giuridiche delle sue azioni, è punito con la reclusione da sei mesi a sei anni e con la multa corrispondente a tre volte il valore dei beni. Per approfondimenti sul sistema spagnolo cfr. S. Seminara, op. cit., pag. 234.

(17) Il riferimento è alla sentenza n° 03-81.165 del 14 gennaio 2004 della *Cour de Cassation*, duramente criticata dalla prevalente dottrina francese.

(18) Relazione al disegno di legge n. 19 del 15 marzo 2013, pubblicata su

www.senato.it

(19) Relazione al disegno di legge n. 19 del 15 marzo 2013, pubblicata su *www.senato.it*

(20) Il nucleo essenziale del delitto si sostanzia nell'idoneità delle condotte a rendere difficoltosa l'identificazione della provenienza delittuosa del denaro e degli altri beni e quindi ad ostacolare le attività di accertamento dei reati e di ricerca dei colpevoli da parte dell'autorità giudiziaria.

(21) Ciò in relazione al peculiare utilizzo della fattispecie quale strumento per l'attività di contrasto della criminalità organizzata. Per approfondimenti sull'ordine pubblico come bene giuridico tutelato dalla normativa antiriciclaggio cfr. G. M. Flick, *La repressione del riciclaggio ed il controllo dell'intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, pag. 1255.

(22) I capitali di origine illecita provocano infatti un devastante effetto inquinante sulla libera concorrenza, sui mercati e sull'economia nel suo complesso.

(23) G. Amato, *L'esatto discrimine tra ricettazione, riciclaggio e reimpiego di capitali illeciti*, in *Gnosis, Rivista italiana di intelligence*, 2010.

(24) Cass., Sez. V, 10 gennaio 2007 n. 8432.

(25) L'esclusione dei delitti colposi si spiega in base alla considerazione che nel nostro ordinamento giuridico non sono ipotizzabili delitti di questo tipo idonei a creare proventi riciclabili. In altri sistemi penali occidentali il riciclaggio viene invece punito anche nella sua variante colposa: ad esempio il codice penale tedesco prevede la fattispecie colposa qualora per colpa grave non sia stata riconosciuta l'illecita provenienza del bene riciclato. Per approfondimenti cfr. M. Maiwald, *Profili problematici del riciclaggio in Germania e in Italia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, pag. 378.

(26) Secondo S. Cavallini e L. Troyer, *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del "vicino ingombrante"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, pag. 9, "il complemento "in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative" appare eccessivo, atteso che - a ben vedere - il requisito dell'economicità dell'attività, data la sua estensione semantica, si declina quale *genus*, di per sé ricomprendente le *species* del carattere finanziario, imprenditoriale ovvero speculativo dell'attività medesima: sicché, in ultima analisi, la triplice ulteriore aggettivazione rischia di ridursi a mera superfetazione, bastevole essendo - per colorare la condotta - il sintagma "in attività economiche".

(27) Come sottolinea F. Mucciarelli, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, pag. 10, "l'aggiunta dell'avverbio "concretamente" [...], oltre ad esigere l'accertamento in termini oggettivi e strettamente collegati al singolo caso della efficienza ostacolatrice, richiama l'interprete ad un'esegesi rigorosa, che impone di attribuire al termine ostacolare la pienezza del suo valore semantico, che - in sede di prima approssimazione - ben può essere colto nel frapporre un mezzo (di qualunque genere) allo svolgimento di una azione o alla esplicazione di una facoltà [...], mezzo che tuttavia deve essere in concreto [...] capace di ridurne significativamente l'effetto o la portata, oppure di ritardarne in modo altrettanto significativo il compimento".

(28) Per approfondimenti sul concetto di sostituzione, relativi al reato di riciclaggio ma pienamente validi anche in tema di autoriciclaggio, si rimanda a P. Costanzo, *Il riciclaggio di disponibilità di provenienza illecita. La disciplina penale italiana alla luce delle regole internazionali e comunitarie*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, Cedam, Padova, 2007, pagg. 541 ss.

(29) Secondo Cass., Sez. II, 3 maggio 2007 n. 1238, nulla impedisce di sussumere nel concetto di trasferimento anche il semplice spostamento materiale dei beni, poiché anche tale condotta può rendere di fatto più difficoltosa l'identificazione della provenienza delittuosa.

(30) G. Amato, *L'esatto discrimine tra ricettazione, riciclaggio e reimpiego...*cit.

(31) In questo senso F. Mucciarelli, op. cit., pag. 12 e S. Cavallini e L. Troyer, op. cit., pag. 11.

(32) Così S. Cavallini e L. Troyer, op. cit., pag. 8. Nello stesso senso F. Mucciarelli, op. cit., pag. 12.

(33) Per un primo commento fortemente negativo del nuovo impianto normativo si veda F. Sgubbi, *Il nuovo delitto di "autoriciclaggio": una fonte inesauribile di "effetti perversi"*, in *www.penalecontemporaneo.it*. In particolare l'autore, relativamente alla previsione dell'esimente di cui al comma 4 dell'art. 648-ter.1 c.p., afferma che nell'ottica di questa disposizione "il piacere individuale costituisce il bene sociale e individuale più alto, nonché il fondamento della vita morale", mentre "l'attività produttiva merita discredito, riprovazione e conseguente punizione", con la conseguenza che "la nuova norma finirà col favorire il mantenimento dei proventi dal delitto presupposto nell'area dell'economia sommersa", giacché "l'autore del delitto presupposto eviterà con ogni scrupolo di investire in attività produttive il provento dell'illecito".