

NUOVA GIURISPRUDENZA LIGURE
Rivista quadrimestrale di giurisprudenza
del Distretto della Corte d'Appello di Genova

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.), Marzia Ceresola (M.CE.), Antonio Cimino (A.C.), Simonetta Cocconi (SI.CO.), Francesca Cudia (F.CUD.), 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 Vigliotti, 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.)

Hanno collaborato a questo numero

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.), Annamaria Calcagno (AN.CCG.), 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 Dasso, Daniela Degiovanni (DA.DE.), Gaia De Giovanni (G.D.G.), Daniela De Luca (D.DL.), 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.), 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.), Andrea Rava (A.RAV.), Federico Repetti (F.RPT.), Francesca Ricca (FR.RIC.), Francesca Ricco, Mario Riccomagno, Enrico Righetti, Raffaella Romoli (R.RO.), Guia Rovegno (G.U.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.), Valeria Vignolo (V.VGN.), Jenny Verduci (J.V.), Giacomo Viotti, Fabio Zanolì (FA.ZA.), Filippo Andrea Zorzi (FA.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.), Giovanna Cuzzola (G.CU.), Chiara Fatta (C.F.), Daniele Ferrari (D.F.), Maura Foglia (M.FO.), Alessia Fusco (A.FUS.), Sarah Garabello (SAR.G.), Andrea Macchiavello (A.M.), Aurelio Domenico Masuelli, Andrea Mozzati, Francesca Paderno (F.P.), Maria Paola Pessagno, Luca Saguato, 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.FR.X.), Andrea Giolo (AN.GI.), Fabio Graziano (F.G.), Marco Grimani (MA.GRI.), Claudia Nouvion (C.N.), Caterina Oliva, Roberta Pera (R.P.), Alessandra 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.

© De Ferrari Comunicazione S.r.l.

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

Indice

Lunedì 10 marzo 2014 l'Avvocato Sergio Faiella, Condirettore di Questa Rivista, è improvvisamente deceduto. Ne vogliamo qui ricordare il profilo umano e scientifico. Con la riservatezza e l'ironia che lo distingueva aveva accolto con gioia l'idea di essere inserito tra i Direttori e ha lavorato a lungo al fine di accrescere il valore della Rivista. Per lunghi anni ha curato con pazienza e dedizione la sezione del Massimario Civile. Tutti lo ricordiamo con rimpianto e con estrema gratitudine.

I Direttori

Sezione di professione forense

- *I nuovi parametri*

Guido Alpa **3**

Sezione di diritto civile

Sentenze e Ordinanze

- Tribunale di Genova, 22 luglio 2013 **4**

- Corte d'Appello di Genova, 14 dicembre 2013 **5**

- Tribunale di Genova, sez. lav., 13 giugno 2013 **6**

Con nota di Stefano Torchio

L'indennizzabilità dell'infortunio in itinere **7**

- Tribunale di Genova, 24 dicembre 2013 **9**

Massime **12**

Documenti

- *Il contratto di assicurazione e gli incidenti sciistici*

Ugo Carassale **21**

- *Dalla locazione con patto di futura vendita al rent to buy*

Andrea Fusaro **32**

- *Giurisprudenza recente in tema di danni*

cagionati dal minore a terzi

Antonio Fontana **34**

- *Gli organi del condominio dopo la legge 220/2012*

Patrizia Trabucco **37**

Recensioni e segnalazioni

- *Scritti sfaccendati su diritto e letteratura.*

Da Miguel de Cervantes a Philip K. Dick

MICHELE SALAZAR - MELANIA SALAZAR

di Roberto Negro **40**

- *Dante & the Limits of the Law*

JUSTIN STEINBERG
di Michele Marchesiello **44**

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Sentenze e Ordinanze

- Corte Costituzionale, 29 gennaio 2014 **49**

Con nota di Pasquale Costanzo

La tabella di salvataggio **51**

Massime **53**

Documenti

- *La concezione statunitense della separazione dei poteri, ovvero il check and balances*

Giovanni Cofrancesco **58**

Recensioni e segnalazioni

- *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*

LARA TRUCCO

di Alessandro Barca **71**

Sezione di diritto tributario

Massime **72**

Sezione di diritto penale

Sentenze e Ordinanze

- Tribunale di Genova, sez. VII civ., 10 febbraio 2014 **75**

Massime **76**

L'Ordine degli Avvocati di Genova ringrazia



BANCA PASSADORE & C.

BANCA PRIVATA INDIPENDENTE FONDATA NEL 1888

Sezione professione forense

I nuovi parametri

Nota del Presidente del Consiglio Nazionale Forense*

Avv. Prof. Guido Alpa

Con la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del regolamento sui parametri (il D.m. 10.3.2014, n. 55, in G.U. 2.4.2014 firmato dal Ministro Guardasigilli on. Andrea Orlando) si conclude una lunga vicenda normativa e istituzionale che ha preso l'avvio, nel nostro ordinamento, con il c.d. decreto sulle liberalizzazioni del 4.7.2006, n. 222, il quale ha rimosso ogni vincolo alla determinazione del compenso professionale dell'avvocato determinato mediante tariffe.

Ciò nonostante che la Corte di Giustizia dell'Unione europea, già nel caso *Arduino*, avesse precisato che le tariffe obbligatorie degli onorari di avvocati italiani non sono in contrasto con le disposizioni del Trattato in materia di concorrenza (CJE/02/16 19.2.2002, nella causa C-35/99).

Dottrina e giurisprudenza hanno approfondito il significato di questa innovazione, che ha dato luogo alla soluzione di problemi particolarmente complessi (per tutti v. Perfetti, *Onorari e tariffe dopo la legge 248/2006. Parte prima: aspetti civilistici e deontologici*, in CNF, sitoweb; *Ordinamento e deontologia forensi*, Padova, 2013).

Peraltro, il sistema tariffario, dettato (anziché da ragioni corporative, come si è voluto sostenere dai suoi detrattori) da ragioni di difesa del cliente oltre che di giusta remunerazione, è salvaguardato in diversi Paesi dell'Unione europea (v. Zarantonello, *Liberalizzazioni, preventivi e tariffe: uno sguardo all'Europa, Atti del VII Congresso giuridico-forense per l'aggiornamento professionale*, Roma, 15-18 marzo 2012, in CNF sito web).

Ad un periodo di disorientamento, determinato dal vuoto legislativo, attesa l'incertezza sulla applicazione della nuova normativa ai rapporti in corso, e alle modalità con cui si sarebbe dovuto determinare il compenso rispetto i nuovi rapporti, è succeduta una serie di direttive che, nel sottolineare la necessaria osservanza della libera determinazione della remunerazione dell'avvocato sulla base degli accordi conclusi tra le parti, peraltro norma inserita nel codice civile italiano, ribadiva la possibilità di pattuire compensi anche in deroga alle tariffe (l.14.9.2011, n.148); fino a giungere alla ulteriore "abrogazione delle tariffe professionali" nel sistema ordinistico avvenuta con l. 24.3.2012, n. 27.

Il d.m. 20.7.2012 n. 140 per la prima volta ha introdotto "parametri" orientativi del giudice: l'approvazione di questo decreto, che le istituzioni dell'Avvocatura, e le associazioni forensi hanno ritenuto lesivo della dignità e della equa retribuzione del lavoro professionale svolto dall'avvocato è intervenuta nel corso dell'iter di approvazione della legge professionale forense la quale, informata ai principi costitu-

zionali e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, è stata approvata con l. 31.12.2012 n. 247.

Il rango superiore della fonte legislativa, e il tenore dei contenuti della riforma – *in primis*, il riconoscimento all'avvocato della funzione (evidentemente di livello sociale) di «garantire al cittadino l'effettività della tutela dei diritti» – non potevano che portare ad una rilettura e quindi ad una modifica sostanziale del decreto ministeriale, sulla base anche delle proposte del Consiglio nazionale forense, a cui la stessa riforma ha ribadito il compito di proporre al Ministro della Giustizia ogni due anni i parametri per la determinazione del compenso (art.13 c.6). L'intera vicenda normativa è ora ricostruita da Barca, *Gli accordi sulla definizione del compenso*, in CNF, sito web, *Atti del IX Congresso di formazione e aggiornamento professionale forense*, Roma, 20-22 marzo 2014).

La sostituzione di "tariffe" con "parametri" non è un fatto terminologico, ma concettuale e politico: innanzitutto i parametri sono meramente orientativi, non sono obbligatori, e sono rivolti al giudice perché oltre a questi indici numerici il giudice, nel determinare il compenso, deve tener conto – ex art. 4 del d.m. – «delle caratteristiche, dell'urgenza e del pregio dell'attività prestata, dell'importanza, della natura, della difficoltà e del valore dell'affare, delle condizioni soggettive del cliente, dei risultati conseguiti, del numero e della complessità delle questioni giuridiche e di fatto trattate».

Vorrei porre l'accento su alcuni profili essenziali per poter comprendere appieno e quindi applicare il testo nella corretta prospettiva.

In primo luogo il fatto che la professione forense, non essendo qualificabile come attività d'impresa, richiede una qualificazione – certificata anche dall'esame di abilitazione e dall'aggiornamento professionale, e dalla osservanza obbligatoria del codice deontologico – alla quale deve corrispondere una equa remunerazione. Si tratta di attività costituzionalmente riconosciuta ex art.24 Cost. collocata sotto l'egida della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art.15).

In secondo luogo, la libertà di determinazione del compenso in via negoziale è limitata sia dal divieto del patto di quota lite (art.13 c.4 della riforma forense) sia dai principi del codice deontologico (art.25).

Sono grato alla Commissione che ha provveduto alla redazione della proposta del CNF (come previsto dalla legge forense) poi sottoposta e approvata dal Ministro Andrea Orlando, anche sulla base del parere del Consiglio di Stato e delle due Camere, per il lavoro svolto con competenza, impegno e pazienza.

* Articolo apparso su "Il Sole 24 ore" del 30 aprile 2014.

Sezione di diritto civile

Sentenze e Ordinanze

Tribunale di Genova, sez. fall., 22 luglio 2013, n. 90 - Pres. Canepa - S.B. e altri. (Avv. Frigerio) c. Associazione Famiglie(...).

ASSOCIAZIONE non riconosciuta - dichiarazione di fallimento - presupposti - sussistono - fattispecie.

(Art. 1 R.d. 26771942; art. 38 c.c.)

Le associazioni non riconosciute possono essere dichiarate fallite, quando abbiano svolto un'attività oggettivamente commerciale che remunerer i fattori di produzione con i propri ricavi, anche in assenza nello statuto di un fine di lucro (nella specie il Collegio ha ritenuto essere difronte ad una struttura imprenditoriale per il fatto che i ricavi dell'associazione non riconosciuta per prestazioni di servizi e vendite fossero preponderanti rispetto a quelli per ricavi associativi e altre voci tipiche delle associazioni, per il preponderante ruolo dei lavoratori dipendenti nello svolgimento dell'attività dell'associazione, per la qualificazione della propria struttura da parte dell'associazione stessa quale "azienda" in occasione della stipulazione di un "contratto di affitto di azienda" ad altro soggetto, operazione per di più corrispondente alle operazioni societarie in cui si trasferiscono le risorse in una nuova società libera da debiti, lasciando la vecchia carica di debiti; al contrario Il Collegio non ha considerato rilevante il fatto che l'associazione avesse solo tre clienti, potendo un imprenditore operare con un unico o pochi clienti).

TZ.LND.

(... Omissis...)

Rilevato (... Omissis...)

Che la competenza di questo Tribunale trova fondamento nella presenza della sede legale nel circondario del Tribunale e non comunque contestata dalla resistente.

Che il vecchio orientamento, che negava la fallibilità delle associazioni e delle fondazioni, è stato abbandonato dalla fine degli anni 70.

Che in dottrina diversi autori hanno osservato:

- "in mancanza di limiti statutari esse sono libere di esercitare qualsiasi attività idonea al conseguimento degli scopi loro consentiti ... ma potrà altresì trattarsi ... di attività economiche, ossia organizzate per la produzione o lo scambio di beni e servizi, sempre che preordinate si intende al conseguimento degli scopi ideali che sono propri della fondazione";

- "è sufficiente dare un'occhiata al gran numero di associazioni che per il perseguimento delle proprie finalità pongono in essere un'attività di produzione di beni o servizi per rendersi conto, da una parte di come in fatto sia diffuso il fenomeno di un'attività economica esercitata da organizzazioni collettive del primo libro e, dall'altra, come esso non presenti alcun aspetto di conflitto con i principi generali del nostro ordinamento".

Da qui la ricostruzione della fallibilità ex art. 2221 c.c. e sulla base della Legge Fallimentare delle associazioni che esercitano attività rientranti in quelle previste dall'art. 2195 c.c. purché, secondo la prevalente dottrina, l'attività economica sia prevalente rispetto alle altre attività non economiche.

Che in base ad un consolidato orientamento le associazioni

non riconosciute possono essere dichiarate fallite quanta abbiano svolto un'attività oggettivamente commerciale che remunerer i fattori di produzione con i propri ricavi, anche in assenza nello statuto di un fine di lucro (cfr. *cassazione civile*, sez. VI, 13/07/2011, n. 15428; *cassazione civile*, sez. I, 18/09/1993, n. 9589; *Corte appello Genova*, 16/07/2003; *Tribunale Monza*, 11/06/2001; *Tribunale Genova*, 07/06/2001; *Tribunale Firenze*, 10/05/1995; *Tribunale Treviso*, 25/03/1994; *Tribunale Treviso*, 10/03/1981).

Che il fatto che si sia di fronte ad una struttura imprenditoriale emerge:

- in primo luogo dai bilanci : ad esempio per l'anno 2012 vi sono ricavi complessivi di Euro 3.794.090,20 fra cui Euro 1.779.965,22 per prestazioni di servizi ed Euro 1.859.168,31 per vendite, pari al 95% dei ricavi, contro solo Euro 12.980,00 per ricavi associativi ed Euro 24.880,00 per oblazioni, due voci tipiche delle associazioni che costituiscono solo lo 0,99% dei ricavi, a cui si devono aggiungere altre voci (ricavi diversi, interessi, proventi straordinari) pari al 4,1% dei ricavi);

- dal preponderante ruolo dei lavoratori dipendenti per lo svolgimento dell'attività dell'associazione, i 24 odierni ricorrenti non sono neanche tutti i lavoratori, con una spesa annua nel 2012 di Euro 1.398.459,88;

- dalla stessa qualificazione data alla propria struttura dalla Associazione Famiglie, che in data 22 marzo 2012 ha affittato la propria struttura ad altro soggetto con un "contratto di affitto di azienda";

- dal fatto che tale operazione è stata perfettamente corrispondente a quelle operazioni societarie in cui si trasferiscono tutte le risorse in una nuova società libera di debiti e si lascia la vecchia società, detta "bad company" carica di debiti; si noti inoltre che i dipendenti della associazione sono stati tutti licenziati e riassunti a stipendi fortemente ridotti dall'affittuaria con conseguente riduzione dei costi di gestione della nuova impresa.

Che il fatto che l'Associazione abbia avuto solo le ASL come clienti (ASL Chiavarese, ASL di Alessandria, ASL 3) ed operi in un settore con poca o nessuna concorrenza è irrilevante ben potendo un imprenditore operare in regime di oligopolio o monopolio con un unico cliente o pochi clienti senza per questa cessare di essere un imprenditore (si pensi all'ENEL quando agiva in regime di monopolio o al fabbricante di pezzi di ricambio per l'industria automobilistica che spesso ha un solo cliente, ad esempio la FIAT, per cui lavora).

- **Che** l'insolvenza è provata dall'esito solo parzialmente positivo del pignoramento e dal mancato pagamento dei residui debiti verso i ricorrenti, nonché dall'ingente esposizione debitoria dell'associazione (come si ricava dal bilancio al 31 marzo 2013 Euro 98.647 verso le banche, Euro 419.173,49 verso i dipendenti, Euro 88.326,96 verso i fornitori, Euro 217.943,94 verso gli enti previdenziali, Euro 750.797,95 verso lo Stato ed altri enti pubblici, Euro 823.834,27 verso Equitalia) in confronto alle risorse economiche a disposizione.

- **Che** sussistono crediti scaduti di importo superiore ai 30.000,00 Euro (solo i ricorrenti odierni vantano crediti per oltre 104.000 Euro).

Che vi è prova del superamento dei parametri di cui all'art. 1

lett. b) c) L.F. risultando nel 2012 ricavi per oltre tre milioni di Euro e nel 2013 debiti molto superiori al milione di Euro.

P.Q.M.

visti gli artt. 1, 5, 6 e 16 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (come modificati dal D. Lgs. n. 169/2007); **Dichiara il fallimento della Associazione Famiglie (...)** con sede in Genova Corso S. Nomina Giudice delegato il Dott. Franco Davini.
(... *Omissis...*)

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 14 dicembre 2013, n. 134 - Pres. Bonavia - Rel. Silva - Associazione A. c. Fall. A. e c. altri.

FALLIMENTO - reclamo avverso sentenza di fallimento - associazione di volontariato - attività di impresa - scopo di lucro in astratto - rilevanza.

FALLIMENTO - ente pubblico che presta servizi sanitari - assoggettabilità a fallimento - esclusione.

FALLIMENTO - ente che eroga servizi sanitari in modo professionale ed organizzato - assoggettabilità a fallimento - sussistenza.

(Art. 18 R.D. 267/1942, L. 266/1991)

Ciò che caratterizza l'attività di impresa è lo scopo di lucro in astratto, pertanto non è necessario che l'imprenditore si proponga di ricavare da tale attività un guadagno da destinare a scopi egoistici, essendo al contrario sufficiente la finalità di ricavare quanto consenta di pareggiare i costi ed eventualmente di acquisire risorse da destinare al perseguimento dei propri fini istituzionali.

È la natura pubblica dell'ente che eroga servizi ospedalieri ad escludere la sua assoggettabilità al fallimento.

Sono titolari di un'impresa e possono pertanto fallire gli enti privati che prestano servizi sanitari svolgendo un'attività in modo professionale ed organizzato.

P.MO.

La reclamante si definisce associazione di volontariato, iscritta nel Registro regionale delle Organizzazioni di Volontariato, costituita nel 1972 tra genitori di bambini audiolesi con lo scopo di promuovere l'inserimento dei figli nel contesto sociale e di assicurare loro una migliore qualità di vita, aggiungendo che dal 1985 essa esercita anche, in convenzionamento con la ASL ai sensi dell'art. 26 L. 833/78 (c.d. di riforma sanitaria), attività di riabilitazione e di educazione per i portatori di handicap uditivi e del linguaggio.

Nell'impugnare la sentenza del Tribunale che l'ha dichiarata fallita essa non contesta la tesi che anche gli enti collettivi diversi dalle società commerciali (che sono i soggetti a ciò tradizionalmente deputati nel nostro ordinamento) possano svolgere attività imprenditoriali ed essere perciò soggetti a fallimento, tesi che costituisce ormai orientamento consolidato ribadito in varie occasioni dalla Suprema Corte, secondo il quale: "Anche le associazioni sono imprenditori commerciali assoggettate allo statuto dell'imprenditore commerciale ed a fallimento quando: a) pongano in essere un'attività organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi; b) quest'attività reazioni direttamente, essa stessa, lo scopo dell'ente, ossia costituisca attività idonea all'immediata realizzazione di tale scopo; c) la gestione di quell'impresa esaurisca l'attività di quell'ente ovvero risulti prevalente rispetto ad altre attività." (Così Cass.

n. 9589 del 1993, n. 3353 del 11/04/1994, n. 9395 dei 06/09/1995 ma v., anche n. 8374 del 20/06/2000, n. 16612 del 19/06/2008, n. 15428 del 13/07/2011).

La reclamante contesta però che l'attività da essa svolta possa ritenersi imprenditoriale sostenendo che: a) Il Tribunale avrebbe errato attribuendole la natura d'imprenditore commerciale perché è tale solo chi svolge un'attività economica caratterizzata dallo scopo di lucro, diretta alla produzione di ricchezza, e rivolta al mercato, mentre, nel suo caso, manca lo scopo di lucro in quanto la sua attività è improntata solo da un'esigenza di economicità, che comporta la necessità di coprire i costi che essa sostiene nello svolgerla, ma non di ricavare un profitto; la sua attività non può ritenersi imprenditoriale perché non è destinata al libero mercato, me è svolta solo in forza della convenzione esistente con la ASL, ed è quindi equiparabile all'attività resa da una struttura pubblica del sistema sanitario, che, per pacifica giurisprudenza, non è attività d'impresa; b) il Tribunale è pervenuto ad affermare la natura imprenditoriale sulla base di dati a tratti errati e comunque irrilevanti. Infatti ha errato nell'indicare i ricavi, che ha ritenuto pari a euro 3.794.090,20, nell'erroneo presupposto che il dato indicato in bilancio con la voce vendite (pari a euro 1.897.061,89) andasse sommato a quello indicato con la voce servizi (euro 1.779.965,25), mentre i servizi costituivano una componente (del tutto prevalente) della voce vendite, cosicché i ricavi complessivi ammontavano a euro 1.859.168,31. E ha poi poggato la sua decisione su dati di fatto irrilevanti; infatti il dato delle entrate, che il tribunale aveva sottolineato a conferma dell'economicità in quanto finalizzata quantomeno alla copertura (tra l'altro non raggiunta nella specie in quanto vi è una perdita di esercizio di oltre E 200.000) è un dato irrilevante ai fini dell'accertamento della natura di impresa commerciale, poiché è normale che tutte le attività, ivi comprese quelle senza scopo di lucro, si propongano quantomeno una copertura di costi, essendo questo un presupposto indispensabile per assicurare il raggiungimento dello scopo.

Irrilevanti altresì il numero dei dipendenti dell'associazione. Infatti la dotazione dei dipendenti è essenziale perché l'associazione possa raggiungere le finalità istituzionali che si propone, inoltre le stesse disposizioni che disciplinano l'attività svolta in convenzionamento con il sistema sanitario impongono precisi parametri relativamente al personale in funzione del tipo di servizio erogato.

Irrilevante infine è anche la stipulazione del contratto di affitto di ramo d'azienda in quanto a tale decisione si è addivenuti solo a salvaguardia della continuità del servizio pubblico reso dall'associazione e dei livelli occupazionali in essere.

Osserva tuttavia la Corte che la dottrina e la giurisprudenza più attente, proprio ai fine di assicurare il regolare funzionamento del mercato e l'omogeneità di condizioni per i soggetti che vi operano, hanno messo in luce come ciò che caratterizza l'attività d'impresa è lo scopo di lucro in astratto, cosicché non è necessario che l'imprenditore si proponga di ricavare dall'attività d'impresa un guadagno da destinare a scopi egoistici, essendo invece sufficiente la finalità di ricavare un guadagno che consenta innanzitutto di pareggiare i costi, ed eventualmente di avere delle risorse da destinare al perseguimento di scopi pre-determinati, quelli che l'associazione o l'ente si è dato all'atto della sua costituzione (cfr. n. 5766 del 14/06/1994, relativa alla qualificazione dell'attività svolta dall'Ospedale di Roma "in presenza degli altri requisiti fissati dall'art. 2082 cod. civ., ha carattere imprenditoriale l'attività economica, organizzata al fine della produzione dello scambio di beni o di servizi ed esercitata in via esclusiva o prevalente che sia ricollegabile ad un dato obiettivo inerente all'attitudine a conseguire la remunerazione

dei fattori produttivi, rimanendo giuridicamente irrilevante lo scopo di lucro, che riguarda il movente soggettivo che induce l'imprenditore ad esercitare la sua attività; deve essere, invece, escluso il suddetto carattere imprenditoriale dell'attività nel caso in cui essa sia svolta in modo del tutto gratuito, dato che non può essere considerata imprenditoriale l'erogazione gratuita dei beni o servizi prodotti." Cass.n. 16435 del 03/11/2003: "In tema di inquadramento delle imprese ai fini previdenziali, la nozione di imprenditore, ai sensi dell'art., 2082 cod. civ., va intesa in senso oggettivo, dovendosi riconoscere il carattere imprenditoriale all'attività economica organizzata che sia ricollegabile ad un dato obiettivo inerente all'attitudine a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi, rimanendo giuridicamente irrilevante lo scopo di lucro, che riguarda il movente soggettivo che induce l'imprenditore ad esercitare la sua attività e dovendo essere, invece, escluso il suddetto carattere imprenditoriale dell'attività nel caso in cui essa sia svolta in modo del tutto gratuito, dato che non può essere considerata imprenditoriale l'erogazione gratuita dei beni e servizi prodotti." (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva escluso il carattere imprenditoriale dell'attività svolta dalla Comunità ebraica di Venezia nella gestione di una casa di riposo, assumendo apoditticamente la qualifica imprenditoriale è incompatibile con la funzione socio assistenziale svolta dalla Comunità ebraica); Cass n. 22644 del 02/12/2004 "in tema di IVA, un consorzio costituito per l'attività di ricerca scientifica svolge attività imprenditoriale - ed è assoggettato alla relativa disciplina d'imposta - ove, in seguito allo svolgimento della ricerca scientifica, ceda ai propri consociati o a terzi i risultati di tali ricerche, in vista della loro utilizzazione industriale e commerciale, senza che rilevi la mancanza dello scopo di lucro o la produzione di beni immateriali o la finalità mutualistica perseguita dal Consorzio. Infatti, lo stesso art. 4, commi 3 e 4, del d.P.R. n. 633 del 1972 sottende la compatibilità tra la natura commerciale dell'attività consortile e la destinazione ai propri associati, con finalità mutualistica, del risultato di tale attività commerciale e, più in generale, lo scopo mutualistico non è incompatibile con lo svolgimento di attività commerciale ed il perseguimento di uno scopo di lucro.").

Anche il fatto che le prestazioni sanitarie fornite da A. siano solo quelle svolte in forza della convenzione esistente con la ASL appare irrilevante. Innanzitutto da tale modalità operativa non discende la conclusione che essa non operi nel libero mercato, poiché anzi le sue prestazioni sono indirizzate a un pubblico indifferenziato e non ai soli associati, e si svolgono in un regime di libera concorrenza. Che poi gli enti ospedalieri, che erogano prestazioni sanitarie non vengano assoggettati a fallimento è nuovamente irrilevante, poiché è solo la natura pubblica dell'ente che le svolge ad escludere l'eventualità del fallimento, dovendo per contro ritenersi che tutti gli enti privati che forniscano servizi sanitari in modo professionale ed organizzato siano titolari di un'impresa e possano fallire.

Giustamente inoltre il Fallimento sottolinea nelle sue difese come manchino, nel caso di specie, i principali requisiti richiesti dalla L.266/1991 (c.d. legge quadro sul volontariato) perché A. possa essere ritenuta un'associazione di volontariato. Infatti, in contrasto con la previsione dell'art.3 della legge cit., la maggior parte di coloro che operano per l'associazione viene retribuito, e non svolge dunque prestazioni gratuite, e, in contrasto con le disposizioni dell'art. 5, l'attività assistenziale svolta dietro compenso, e quindi in modo imprenditoriale, costituisce la principale fonte di sostentamento dell'associazione, come emerge dai dati di bilancio che evidenziano come la quasi totalità delle entrate è costituita dalla voce servizi, cosicché essa ha un rilievo

tutt'altro che marginale nell'equilibrio patrimoniale dell'ente. Proprio le anomalie riscontrate nel funzionamento della struttura in esame hanno indotto evidentemente la Regione Liguria ad avviare la procedura di cancellazione dagli elenchi regionali degli enti *noprofit*.

In conclusione, non possono esservi dubbi sul fatto che A., considerata l'incidenza che l'attività sanitaria assume nell'insieme delle sue attività, e le modalità con cui questa viene svolta, sia titolare di un'impresa commerciale, cosicché la sentenza impugnata deve essere confermata.

(... *Omissis*...)

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando sul reclamo proposto contro la sentenza del Tribunale di Genova n. 5098 del 18/7-22/7/2013, disattesa ogni contraria istanza eccezione o deduzione, conferma la sentenza impugnata.

(... *Omissis*...)

Tribunale di Genova, sez. lav., 11 giugno 2013 - Giudice Unico Scotto (Avv. P.G.) - c. I.N.A.I.L. (Avv. C.C.).

INFORTUNI sul lavoro - occasione del lavoro - infortunio in itinere - rischio elettivo - mezzi di trasporto.

(art. 2 del DPR 1124/65; art. 12 D.Lgs. 38/2000)

INFORTUNI sul lavoro - occasione del lavoro - infortunio in itinere - mezzi di trasporto - indennizzo.

(Conf.: Cass. 7 settembre 2012, n. 15059)

In materia di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, l'infortunio "in itinere" non può essere ravvisato qualora il lavoratore subisca un incidente stradale durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello di lavoro, utilizzando un proprio automezzo, ove l'uso del veicolo privato non rappresenti una necessità, ma una libera scelta del lavoratore, tenuto conto che il mezzo di trasporto pubblico costituisce lo strumento normale per la mobilità delle persone e comporta il grado minimo di esposizione al rischio della strada. Nell'ipotesi di lesioni subite dal lavoratore in un incidente stradale mentre si reca al lavoro con un proprio mezzo di trasporto, l'indennizzabilità dell'infortunio di lavoro "in itinere" non può essere riconosciuta qualora esso sia avvenuto in area metropolitana, servita da mezzi di trasporto compatibili con l'orario di entrata e di uscita dal lavoro. L'INAIL interviene purché la scelta del mezzo privato sia necessaria in quanto manchino mezzi pubblici oppure, esistano mezzi pubblici ma non consentano la puntuale presenza sul luogo di lavoro o siano eccessivamente disagiati o gravosi in relazione alle esigenze di vita familiare del lavoratore. (1)

S.TOR.

Svolgimento del processo e motivi della decisione.

Con ricorso depositato in data 1 agosto 2012 il sig. R L. ha chiesto la condanna dell'INAIL all'erogazione in suo favore del trattamento dovuto in relazione ai postumi dell'incidente da lui subito in data 20 dicembre 2011, incidente di cui afferma l'indennizzabilità in quanto infortunio in itinere. L'INAIL si è costituito ritualmente in giudizio contestando la qualificabilità del fatto come infortunio in itinere e chiedendo pertanto la reiezione della domanda. Non è in contestazione tra le parti che l'infortunio per cui è causa si sia verificato in data 20 dicembre 2011 mentre il ricorrente rientrava a casa dal lavoro a bordo del motociclo di sua proprietà.

Neppure è in contestazione che il ricorrente sia dipendente dell'Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino con qualifica di ausiliario.

Sostiene il ricorrente che, se per recarsi al lavoro utilizzasse i mezzi pubblici, dovrebbe percorrere a piedi ogni giorno circa 600/700 metri per raggiungere la fermata dell'autobus, con una percorrenza media di 35 - 45 minuti (30 minuti di autobus oltre a circa 10 minuti a piedi) e che, essendo egli affetto da una grave cardiopatia, non potrebbe percorrere il tratto a piedi, al ritorno in forte salita. Sostiene ancora il ricorrente che i suoi orari di lavoro (articolati sui turni 7 - 13,45; 13,30 - 20,15 e 20,00 - 7,10) sarebbero incompatibili con la ridotta frequenza dei mezzi pubblici nelle fasce orarie utili.

Quest'ultima deduzione risulta smentita dagli orari degli autobus prodotti dall'INAIL, non contestati da parte ricorrente.

La pretesa incompatibilità del tratto di strada da percorrere a piedi con le condizioni di salute del ricorrente è stata per contro esclusa dall'espletata CTU, sorretta da corretta ed esauriente motivazione, che deve intendersi qui integralmente trascritta.

Con riferimento ai rilievi alla CTU mossi dalla difesa del ricorrente deve rilevarsi:

- che il CTU ha correttamente considerato la distanza a piedi indicata in ricorso (600/700), ma anche la precisazione resa dal ricorrente, in sede di libero interrogatorio, per cui soltanto il tratto iniziale di via (...) è in ripida pendenza;

- che quanto all'affanno da sforzo indicato nella relazione dello specialista cardiologo del 14 dicembre 2012 (redatta peraltro in data successiva all'infortunio) si tratta di affanno soltanto riferito dal paziente e comunque eventualmente ricollegabile, come condivisibilmente evidenziato dal CTU, a sforzi fisici intensi o prolungati e non, invece, al mero fatto di percorrere a piedi, una volta al giorno e con il passo meglio ritenuto, una breve salita;

- che è del resto pacifico che il lavoro del ricorrente implichi lo spostamento a piedi tra i vari reparti dell'Ospedale S. Martino e quindi anche la salita occasionale di scale o di tratti di strada in pendenza, senza che ciò abbia mai comportato disturbi soggettivi, né limitazione di idoneità da parte del medico competenze aziendale, neppure con riferimento ai turni notturni.

Non sussistono pertanto i presupposti per la qualificabilità dell'incidente come infortunio sul lavoro.

Ai sensi dell'art. 12 D.Lgs. 23 febbraio 2000, n. 38, infatti, "salvo il caso di interruzione o deviazione del tutto indipendenti dal lavoro o, comunque, non necessitate, l'assicurazione comprende gli infortuni occorsi alle persone assicurate durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello di lavoro, durante il normale percorso che collega due luoghi di lavoro se il lavoratore ha più rapporti di lavoro e, qualora non sia presente un servizio di mensa aziendale, durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di lavoro a quello di consumazione abituale dei pasti. L'interruzione e la deviazione si intendono necessitate quando sono dovute a cause di forza maggiore, ad esigenze essenziali ed improrogabili o all'adempimento di obblighi penalmente rilevanti. L'assicurazione opera anche nel caso di utilizzo del mezzo di trasporto privato, purché necessitato"...

La norma ha sostanzialmente recepito i criteri di indennizzabilità dell'infortunio in itinere che - in assenza di una espressa disposizione di legge - erano stati precedentemente individuati dalla giurisprudenza, che nella materia de qua aveva assunto quindi la connotazione del diritto vivente.

Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione, "in materia di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, l'infortunio "in itinere" non può essere ravvisato in caso di incidente stradale subito dal lavoratore che si sia spostato con il proprio automezzo al luogo di prestazione dell'attività lavorativa fuori sede, dal luogo della propria dimora, ove l'uso del veicolo privato non rappresenti una necessità, in assenza di soluzioni alternative, ma una libera scelta del lavoratore, tenuto conto che il mezzo di trasporto pubblico costituisce lo strumento normale per la mobilità delle persone e comporta il grado minimo di esposizione al rischio della strada" (Cass. ord. 3 novembre 2011, n. 22759; Cass. ord. 7 settembre 2012, n. 15059, ex plurimis).

Ne consegue che nell'ipotesi di lesioni subite dal lavoratore - come nella specie - in un incidente stradale mentre si reca al lavoro con un proprio mezzo di trasporto, l'indennizzabilità dell'infortunio di lavoro "in itinere" può essere riconosciuta soltanto quando l'uso del mezzo diverso da quello pubblico sia reso necessario dalla impossibilità di altra ragionevole scelta. Così non è nella fattispecie, non essendo contestato che l'infortunio sia avvenuto in area metropolitana, servita da mezzi di trasporto compatibili con l'orario di entrata e di uscita dal lavoro del ricorrente. La domanda deve pertanto essere respinta.

Le particolari difficoltà interpretative relative alla qualificabilità di un sinistro come infortunio in itinere giustificano peraltro la compensazione integrale tra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Giudice, definitivamente pronunciando, rigetta la domanda. Compensa integralmente tra le parti le spese di lite.

(1) Nota. L'indennizzabilità dell'infortunio in itinere.

In base alla disposizione normativa di cui all'art. 2 del DPR 1124/65, per infortunio sul lavoro si intende ogni lesione del lavoratore originata, in occasione di lavoro, da una causa violenta da cui può derivare un'inabilità al lavoro:

- permanente (assoluta o parziale);
- temporanea assoluta (ossia che importi l'astensione dal lavoro per più di tre giorni).

L'infortunio può avere, in alcuni casi, come conseguenza anche la morte del lavoratore.

In base all'orientamento giurisprudenziale oramai consolidato, l'evento può dirsi avvenuto in occasione di lavoro ogniqualvolta il lavoro abbia determinato il rischio dell'infortunio, anche al di fuori dell'orario di lavoro (vedi, Cass. Pen., n. 14684/2011). È tuttavia necessario che sussista un nesso causale, quanto meno mediato ed indiretto, tra attività lavorativa e sinistro: pertanto, non è sufficiente la sola circostanza che l'infortunio avvenga durante e sul luogo di lavoro (Cass. Civ., n. 15107/2005; Cass. Civ., n. 774/1999).

Il nesso causale, fondamentale affinché l'infortunio sul lavoro sia riconosciuto tale e, pertanto, indennizzabile, è presente allorché si verificano i seguenti tipi di rischio:

- tipico: proprio della prestazione lavorativa;
- ambientale: concernente i soggetti che, pur non essendo addetti alle lavorazioni pericolose, svolgono attività lavorativa, in modo costante sebbene non quotidianamente, in connessione ambientale con la lavorazione protetta; pertanto, detti soggetti saranno esposti allo stesso rischio di quello degli addetti alla lavorazione protetta (Cass. Civ., n. 10949/1992);
- improprio: occorso durante un'attività preparatoria o, comunque, strumentale allo svolgimento delle mansioni (Cass. Civ., n. 7633/2004; Cass. Civ., n. 1944/2002);

- generico aggravato: occorso indipendentemente dalle condizioni peculiari del lavoro ma in presenza di determinate circostanze, idonee a causare al lavoratore un aggravamento del rischio nel senso di renderlo più intenso e frequente.

Pertanto, in base ai principi elaborati dalla giurisprudenza che vengono ribaditi anche dalla pronuncia qui in commento, ai fini dell'indennizzabilità dell'infortunio subito dall'assicurato, per "occasione di lavoro" devono intendersi tutte le condizioni, comprese quelle ambientali e socio-economiche, in cui l'attività lavorativa si svolge e nelle quali è insito un rischio di danno per il lavoratore, indipendentemente dal fatto che tale danno provenga dall'apparato produttivo o dipenda da terzi o da fatti e situazioni proprie del lavoratore, col solo limite, in quest'ultimo caso, del c.d. rischio elettivo, ossia derivante da una scelta volontaria del lavoratore diretta a soddisfare esigenze personali (Cass. Civ., n. 12779/2012); infatti, tale rischio, essendo estraneo e non attinente all'attività lavorativa, è correlato a una scelta arbitraria del lavoratore il quale crea e affronta volutamente, sulla base di impulsi o ragioni del tutto personali, una situazione diversa da quella inerente all'attività lavorativa, ponendo così in essere una causa interrutiva del nesso tra lavoro, rischio ed evento.

Ai sensi dell'art. 12 D.lgs. n. 38/2000, l'assicurazione INAIL comprende anche l'infortunio "in itinere", ovvero sia quello occorso ai lavoratori durante il "normale percorso" (Cass. Civ., n. 20221/2010):

- di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello di lavoro;
- che collega due luoghi di lavoro qualora il lavoratore abbia più rapporti di lavoro;
- di andata e ritorno dal luogo di lavoro a quello di consumazione abituale dei pasti, in mancanza di un servizio di mensa aziendale.

L'Inail ha precisato che l'incidente avvenuto all'interno di pertinenze ed aree comuni del luogo di lavoro deve essere qualificato come infortunio sul lavoro e non come infortunio "in itinere" (Nota INAIL 12 gennaio 2004).

Per normale percorso si intende l'itinerario più breve dall'abitazione alla sede di lavoro. Pertanto, ai fini dell'indennizzabilità, spetta al lavoratore provare l'inagibilità o difficoltà di percorrere la via ordinaria per accedere o uscire dal luogo di lavoro.

La giurisprudenza ha sostenuto che per l'indennizzabilità dell'infortunio in itinere occorre, dunque, che esso si verifichi nel tragitto tra l'abitazione e il luogo di lavoro, e che il percorso venga effettuato a piedi o con mezzo pubblico di trasporto, ovvero con mezzo privato se necessitato. In quest'ultimo caso, infatti, l'utilizzo di un mezzo di trasporto privato espone il lavoratore ad un maggiore rischio di infortunio. Pertanto, in tali casi, l'assicurazione opera purché esso sia necessario in quanto manchino mezzi pubblici oppure, esistano mezzi pubblici ma non consentano la puntuale presenza sul luogo di lavoro o siano eccessivamente disagiati o gravosi in relazione alle esigenze di vita familiare del lavoratore.

Orbene, tali principi vengono applicati dal Giudice genovese con la pronuncia in esame; infatti, il Magistrato ha rigettato la domanda con la quale il lavoratore chiedeva la condanna dell'INAIL all'erogazione in suo favore del trattamento dovuto in relazione ai postumi dell'incidente da lui subito, incidente di cui affermava l'indennizzabilità in quanto infortunio in itinere. In particolare, nel caso di specie, l'infortunio occorso al lavoratore avveniva mentre lo stesso si recava dal lavoro alla propria dimora con un proprio mezzo di trasporto (motociclo). Il ricorrente, a sostegno della sua tesi, per l'indennizzabilità dell'infortunio, deduceva che la scelta di utilizzare il motociclo

di sua proprietà era necessitata in quanto il tragitto per recarsi al luogo di lavoro dalla propria abitazione familiare e viceversa, richiedeva una percorrenza media di 30 minuti di autobus, oltre a 10 minuti a piedi in una strada in salita, nonché per l'incompatibilità dei suoi orari con la fascia oraria dei mezzi pubblici. Di contro, dai rilievi emersi dalla CTU emergeva che il percorso poteva essere effettuato con mezzi di trasporto pubblici compatibili con l'orario di lavoro di entrata e di uscita dal lavoro del ricorrente. Sulla base di ciò, il Tribunale genovese, rigettando la domanda del lavoratore, non ha ritenuto sussistenti i presupposti per la qualificabilità dell'incidente come infortunio sul lavoro in itinere.

In merito, altra giurisprudenza non ha riconosciuto come infortunio "in itinere" e dunque non indennizzabile, l'infortunio occorso ad un lavoratore affetto da handicap che, uscendo dall'azienda accompagnato dal padre, invece di utilizzare la via normale adeguatamente attrezzata in termini di sicurezza, utilizzò un'altra via destinata non al passaggio dei dipendenti ma al carico/scarico delle merci. Secondo il giudice, l'incidente avvenne a causa di questa scelta non necessitata e del tutto anomala e imprudente (Cass. n. 7373/2010).

Per completezza dell'argomento trattato, si ricorda che l'Inail, con riferimento all'indennizzabilità di infortuni in itinere occorsi utilizzando la bicicletta, ha precisato, con la Nota n. 8476 del 7 novembre 2011, che la valutazione sul carattere "necessitato" dell'uso di tale mezzo di locomozione, per assenza o insufficienza dei mezzi pubblici di trasporto e per la non percorribilità a piedi del tragitto, considerata la distanza tra l'abitazione ed il luogo di lavoro, costituisca discriminazione ai fini dell'indennizzabilità soltanto quando l'evento lesivo si verifichi nel percorrere una strada aperta al traffico di veicoli a motore e non invece quando tale evento si verifichi su pista ciclabile o zona interdetta al traffico. Nel primo caso, infatti, può ritenersi sussistente la *ratio* sostanziale dell'esclusione dell'indennizzabilità dell'evento lesivo conseguente alla libera scelta, da parte del lavoratore, di esporsi ad un rischio maggiore, rispetto a quello gravante sugli utenti dei mezzi pubblici di trasporto, nell'affrontare il traffico veicolare a bordo del mezzo di trasporto privato. La suddetta *ratio*, invece, non ricorre nel caso di tragitto su pista ciclabile, e cioè su percorso protetto ed interdetto al traffico dei veicoli a motore, essendo escluso quel rischio che risulta aggravato dalla scelta del mezzo di trasporto privato. con riferimento alle ipotesi di percorso effettuato in parte su pista ciclabile o zona interdetta al traffico e in parte su strada aperta ai veicoli a motore, l'infortunio che si sia verificato in tale ultimo tratto deve essere indennizzato solo in presenza delle condizioni che rendano necessitato l'uso della bicicletta.

Dalla sussistenza di dette condizioni, si può invece prescindere qualora l'infortunio si sia verificato in un tratto di percorso protetto. Inoltre, l'Inail nella stessa circolare sopra citata ha precisato che il servizio di *bike sharing* non può essere assimilato al mezzo pubblico di servizio.

Infine, si segnala la Circolare n. 52/2013 con cui l'Inail ha affermato che tutti gli eventi occorsi al lavoratore in missione e/o trasferta, dal momento in cui questi lascia la propria abitazione dimora fino a quello in cui vi fa rientro, derivanti dal compimento anche degli atti prodromici e strumentali alla prestazione lavorativa, siano indennizzabili quali infortuni avvenuti in occasione di lavoro, in attualità di lavoro, proprio perché condizionati dalla particolare situazione determinata dalla condizione di missione e/o trasferta.

Stefano Torchio
Avvocato, Foro di Genova

Tribunale di Genova, sez. II civ., 24 dicembre 2013 - Giudice Unico Bozzocosta - M. (Avv. Saviotti) c. Comunità Educativa Assistenziale (Avv. Elia).

RESPONSABILITÀ civile - comunità e servizi sociali - culpa in vigilando e culpa in educando - concorso di responsabilità genitori ed affidatari - imprevedibilità ed inevitabilità del fatto illecito - sussistenza.

(Artt. 147, 357, 2047 e 2048 c.c.; L. n. 184/1993)

Con riguardo alla culpa in educando ed in vigilando, i genitori restano responsabili dei figli minori sia per quanto concerne gli illeciti comportamenti che siano frutto di un'omessa e carente vigilanza, sia per quanto concerne gli illeciti riconducibili ad oggettive carenze nell'attività educativa che si manifestino nel mancato rispetto delle regole della civile coesistenza vigenti nei diversi ambiti del contesto sociale di cui il soggetto si trovi ad operare. L'eventuale allontanamento dei minori dalla casa dei genitori non vale di per sé ad esimere i genitori stessi da tale responsabilità. Trattasi di responsabilità che ben può concorrere con quella dei precettori che hanno temporaneamente l'affido e la cura del minore. Alla Comunità ed ai Servizi Sociali, pur non formalmente affidatari ben può imputarsi la culpa in vigilando, simile a quella dei precettori di cui all'art. 2048 c.c. per il periodo in cui i minori erano sotto la loro vigilanza limitatamente a quei lassi di tempo in cui gli educatori ed i Servizi Sociali hanno potuto esercitare sui minori i poteri riconosciuti dalla legge. Va esclusa ogni responsabilità per la natura imprevedibile ed inevitabile del fatto illecito.

T.BLE.

Motivi in fatto e diritto della decisione.

Con citazione, notificata nel gennaio 2011, la sig.ra Mariscal - in proprio e per conto e nell'interesse del figlio minore Salvatore - conveniva in giudizio la Comunità Educativa Assistenziale ed il Comune di Genova per sentire accertata la violazione da parte degli educatori della comunità dell'obbligo di sorveglianza del minore e da parte degli assistenti sociali affidatari del minore dell'obbligo di sorveglianza e cura dello stesso minore con condanna al risarcimento dei danni patiti dall'attrice, in proprio quale genitore e nell'interesse del minore, in conseguenza di suddette violazioni, danni tutti di natura non patrimoniale - morale ed esistenziale - quantificati in euro 20 mila.

Data ampia e dettagliata descrizione della sofferta storia personale dell'attrice e del figlio Salvatore dalla sua nascita, il 17 gennaio 2002, fino al collocamento del minore presso la comunità convenuta, il 22 aprile 2009, con temporaneo affidamento dello stesso ai servizi sociali del Comune, l'attrice lamentava che all'interno della comunità, in data 12.01.10, subito dopo il pranzo, il figlio era stato portato all'interno di una stanza da tre ragazzini più grandi - Diana, Arun e Lina - i quali, chiusa la porta, avevano fatto spogliare una quarta bambina - Giorgia - chiedendo a quest'ultima di unirsi sessualmente con il figlio. L'attrice precisava che l'educatore della comunità - Luca - era sopraggiunto all'interno della stanza venendo così a conoscenza della vicenda, che gli educatori avevano chiamato l'assistente sociale e la psicologa le quali tuttavia non si erano recate in comunità, lamentando di avere saputo dell'episodio solo in occasione di uno degli incontri protetti, di avere perciò presentato denuncia e querela senza che nel frattempo siano mai stati presi provvedimenti adeguati, continuando il figlio ad essere collocato nella medesima comunità.

L'attrice imputava ogni responsabilità per l'accaduto in capo alle parti convenute per violazione dei doveri di vigilanza ed

educazione ex art.2048 c.c. e 97, 98 cp, nella specie, per non avere educato i minori Diana, Arun e Lina e per non avere vigilato sui medesimi né sulla sicurezza del figlio Salvatore, molto più piccolo, reclamando pertanto l'integrale ristoro dei danni derivati al piccolo ed alla madre "la quale ben vorrebbe occuparsi del figlio minore ed invece si trova costretta suo malgrado a vederlo collocato presso la comunità nella quale il minore non riceve le cure e la sorveglianza necessarie..".

Nei termini di legge si costituiva la Comunità Onlus contestando tutti gli assunti attorei e concludendo per il rigetto della domanda, rilevando che il P.M. presso il tribunale dei minori di Genova nelle more aveva richiesto l'archiviazione del procedimento penale per infondatezza della notizia di reato e non aveva chiesto interventi specifici sulla comunità in relazione all'episodio in questione, inoltre rilevava che la stessa madre aveva proseguito il rapporto collaborativo con la comunità dove il minore continuava ad abitare.

La Comunità, in fatto, eccitava la natura repentina ed inevitabile dell'episodio, occorso subito dopo il pranzo nello spazio di libertà e svago concesso ai piccoli ospiti in attesa del riordino della cucina, rilevando la tempestività dell'intervento dell'educatore che aveva scongiurato conseguenze più gravi.

Esponeva la bontà del metodo educativo - con brevi spazi di libertà e svago - in alternativa a quello repressivo, preventivo di tipo custodialistico, in quanto ritenuto contrario alla crescita ed allo sviluppo delle autonomie dei minori ivi abitanti.

In diritto, infine la comunità contestava la riferibilità alla stessa della disciplina di cui all'art.2048 c.c. per non essere soggetto affidatario dei minori, in subordine, opponeva la corretta educazione degli stessi, allegando la bontà dei risultati sotto il profilo didattico e comportamentale.

Nei termini di legge si costituiva anche il Comune di Genova, contestando ugualmente tutti gli assunti attorei concludendo per il rigetto della domanda qualificata nei suoi confronti ex art.2047 c.c., opponendo l'impossibilità di un controllo degli assistenti sociali e, con riguardo all'eventuale responsabilità ex art.2048 c.c., la idoneità del progetto educativo previsto per gli ospiti della comunità, opponendo di aver tempestivamente informato la madre del minore, di avere incontrato nell'immediatezza i minori coinvolti nell'episodio con la psicologa, di avere fatto seguire il minore Salvatore dalla psicologa per gli interventi eventuali del caso con una tempestiva presa in carico, contestando peraltro la sussistenza di danni.

(... *Omissis*...)

La domanda attorea è infondata, deve pertanto essere integralmente rigettata.

Parte attrice configura la responsabilità dei convenuti ai sensi degli artt. 2047 e 2048 cc., per fatto illecito commesso in danno del figlio, da minori inseriti nella comunità e coabitanti con il figlio. In particolare prospetta la responsabilità degli educatori della comunità e dei Servizi Sociali del Comune per culpa in educando sui minori, autori dell'illecito, ovvero i 3-4 ragazzini che hanno condotto il minore Salvatore nella stanza facendo spogliare la piccola Giorgia ed invitandola ad "unirsi sessualmente" con il figlio dell'attrice, e per culpa in vigilando su tutti i minori per non avere saputo vigilare sulla sicurezza del figlio medesimo.

In diritto, a fronte delle eccezioni sollevate dai convenuti con riguardo alla culpa in educando ed in vigilando, va detto che certamente i genitori restano responsabili dei figli minori, sia per quanto concerne gli illeciti comportamenti che siano frutto di omessa o carente sorveglianza, sia per quanto concerne gli illeciti riconducibili ad oggettive carenze nell'attività educativa,

che si manifestino nel mancato rispetto delle regole della civile coesistenza, vigenti nei diversi ambiti del contesto sociale in cui il soggetto si trovi ad operare.

L'eventuale allontanamento del minore dalla casa dei genitori - come è nel caso di specie - non vale di per sé ad esimere i genitori stessi da tale responsabilità.

D'altra parte, trattasi di responsabilità che può ben concorrere con quella dei precettori che hanno temporaneamente l'affido e la cura del minore.

Invero, gli obblighi di educare, sorvegliare e tutelare in capo alla comunità ed ai precettori, scattano ovviamente solo se i minori si trovano all'interno della comunità, come è pacificamente nel caso di specie (per il figlio dell'attrice da circa 10 mesi, per gli altri minori invece nulla è in atti).

In tema di responsabilità civile, poiché l'omissione di un certo comportamento rileva, quale condizione determinativa del processo causale dell'evento dannoso, soltanto quando si tratti di omissione di condotta imposta da una norma giuridica specifica (omissione specifica), ovvero, in relazione al configurarsi della posizione del soggetto cui si addebita l'omissione, siccome implicante l'esistenza a suo carico di particolari obblighi di prevenzione dell'evento poi verificatosi e, quindi, di un generico dovere di intervento (omissione generica) in funzione dell'impedimento di quell'evento, il giudizio relativo alla sussistenza del nesso causale non può limitarsi alla mera valutazione della materialità fattuale, bensì postula la preventiva individuazione dell'obbligo specifico o generico di tenere la condotta omessa in capo al soggetto.

L'individuazione di tale obbligo si connota, pertanto, come preliminare all'apprezzamento di una condotta omissiva sul piano della causalità giuridica, nel senso che, se prima non si individua, in relazione al comportamento che non risulti tenuto, il dovere generico o specifico che lo imponeva, non è possibile apprezzare l'omissione del comportamento.

L'ipotesi classica di applicazione dell'art. 2048 cc, è quella della responsabilità "esterna", vale a dire della responsabilità per danno provocato a terzi dal soggetto sottoposto a sorveglianza ovvero provocato dal medesimo ad altro soggetto affidato allo stesso vigilante.

Ciò posto, alla Comunità ed ai Servizi Sociali, presso il quale il minore risulta pacificamente essere stato inserito da gennaio 2009, pur non formalmente affidatari, ben può imputarsi una *culpa in vigilando*, simile a quella dei precettori di cui all'art. 2048 c.c., per il periodo in cui i minori erano sotto la loro vigilanza, ovviamente limitatamente a quei lassi di tempo, in cui gli educatori ed i servizi hanno potuto esercitare sui minori i poteri riconosciuti dalla legge.

I minori, infatti, possono essere affidati a terzi, ai quali sono delegati gli obblighi di mantenere, istruire ed educare di cui all'art. 147 c.c., sebbene l'affidamento a terzi abbia nel caso sicuramente carattere temporaneo e la finalità di far rientrare i minori in seno alla famiglia originaria.

D'altra parte l'affidamento del minore ai servizi sociali con collocamento in Comunità, nell'ambito di un articolato progetto educativo per "rinforzare le esperienze ed i legami positivi sin qui instaurati e proseguire nel percorso di autonomia" (cfr.doc.8 provv.to Trib.Minori del 10.5.10) con la necessaria convivenza per assolvere i doveri di sorveglianza e di educazione, consente di ritenere astrattamente sussistenti tutti i presupposti di cui all'art. 2048 c.c. in capo alle parti convenute, pur in concorso con i genitori dei minori asseritamente responsabili dell'illecito in quanto il mancato affidamento non fa venire meno i doveri di educazione dei genitori detentori della potestà genitoriale

L'affidatario del minore pur in forma di "surrogato", in quanto limitato e subordinato alla direzione ed al controllo di altri soggetti (tribunale, psicologi, ecc.) e nonostante la minore estensione dei poteri posta la stabile anche se non permanente coabitazione con il minore, è soggetto all'applicazione dell'art. 2048 c.c.. Infatti, i soggetti affidatari sono titolari, in base al disposto della l. n. 184/1983 (art. 3), di poteri analoghi a quelli previsti dall'art. 147 c.c..

Per quanto riguarda gli enti di assistenza, pubblici o privati, presso i quali il minore è inserito, si ritiene che possa affermarsi la responsabilità di cui all'art. 2048 c.c. anche perché dall'art. 3 della legge n. 184/1983 si evince una tendenziale attribuzione a tali enti dei poteri tutori anche nelle ipotesi in cui manchi un loro formale conferimento.

Invero, l'art. 2048 c.c. espressamente prevede che anche il tutore risponde dei danni cagionati dal minore quando vi sia coabitazione.

In base all'art. 357 c.c., infatti, il tutore «ha la cura della persona del minore» e, per costante opinione della dottrina e della giurisprudenza, ha poteri e funzioni analoghi a quelli spettanti al genitore.

Di conseguenza è posto dalla norma, ai fini della responsabilità, sullo stesso piano dei genitori.

Ciò posto, ed in fatto, nessuna questione sul presupposto della coabitazione di tutti i minori coinvolti dal fatto illecito presso la Comunità ed il loro affido anche ai Servizi Sociali del Comune, neppure contestazioni sussistono sulla storicità dell'episodio nei termini allegati dall'attrice, ugualmente infine è rimasta incontestata, seppure non documentata, la richiesta di archiviazione del caso da parte della procura del tribunale dei minori di Genova.

Si è trattato quindi di un fatto occorso subito dopo il pranzo, quando gli educatori si trovavano impegnati nel riassetto della cucina ed ai minori era lasciato uno spazio di libero svago in limitata autonomia, essendo pur sempre all'interno della comunità. Risulta incontestato che la camera dove è stato accompagnato il figlio dell'attrice non è stata chiusa a chiave, che la bambina Giorgia è stata fatta spogliare solo in parte e che è stata invitata ad unirsi sessualmente con il minore Salvatore quando è prontamente intervenuto l'educatore Luca che ha posto termine alla vicenda.

Risulta infine non contestato - seppure non documentato - l'ulteriore intervento degli educatori con il confronto tra tutti sull'episodio.

Su tali premesse in fatto, va rilevato che, in tema di responsabilità civile ex art. 2048 c.c. ed ex art. 1218 c.c., il dovere di vigilanza dell'educatore, per il danno subito dal minore ha un'estensione che deve essere commisurata all'età ed al grado di maturazione raggiunto dai minori in relazione alle circostanze del caso concreto.

Ciò posto, è incontestato il tempestivo e provvidenziale intervento dell'educatore che ha subitaneamente notato il silenzio sospetto, venendo con ciò riscontrata una compiuta ed adeguata vigilanza sui minori.

Invero, nel caso in esame l'età dei minori, tutti ampiamente scolarizzati avendo età tra i 9 ed i 13 anni secondo le allegazioni attoree, nella tipica fase pre-adolescenziale ed adolescenziale, consente di ritenere congruo ed adeguato il piano educativo attuato nella giornata in questione.

I minori infatti sono stati lasciati autonomi di godere di un po' di svago dopo il pranzo e prima di fare fronte ai rispetti compiti quotidiani (solitamente di studio).

Trattasi di comportamento consono ed adeguato per ogni educatore in relazione alla vigilanza di minori di età pre-ado-

lescenziale ed adolescenziale, i quali del resto non sono stati lasciati soli in casa.

Al contrario, è risultato presente quanto meno un educatore il quale è tempestivamente intervenuto appena notato il silenzio "sospetto", per l'età ed il numero dei ragazzi in comunità, consentendo così che l'episodio increscioso restasse contenuto e sostanzialmente limitato a far spogliare parzialmente la minore Giorgia ed alla verbalizzazione dell'invito all'unione sessuale senza che sia stata attuata alcuna violenza materiale tra i minori. Ciò posto ed a prescindere dalla limitatezza dell'illecito sia per i contenuti sia per la tempistica, va esclusa ogni responsabilità in capo alle parti convenute, per la natura imprevedibile ed inevitabile dello stesso se non con forme custodiali preventive del tutto incompatibili con un corretto progetto di crescita verso l'autonomia e la responsabilizzazione che è necessario in questa fase di maturazione per ogni adolescente, non emergendo condizioni di minorità fisica o mentale in capo ad alcuno dei minori coinvolti.

Pertanto, pur a fronte della prova del fatto verificatosi a causa di altri minori all'interno della comunità e durante la permanenza del minore all'interno della stessa, le parti convenute hanno provato che l'evento è stato determinato da causa non imputabile né alla comunità né ai servizi sociali del comune per essersi trattato di un fatto improvviso ed imprevedibile.

Come già evidenziato, si è trattato di minori tra i 9 ed i 13 anni, quindi dotati di quella prima maturità - tipica della fase pre-adolescenziale - che consente loro di godere delle prime gratificanti autonomie (quali ad esempio lo spazio di svago dopo il pranzo senza la presenza di un educatore in stanza).

Inoltre, i minori coinvolti non sono risultati avere tenuto condotte analoghe in precedenza, né in tale senso è stato allegato alcunché dall'attrice.

Ciò posto, l'istruttoria svolta ha consentito di vedere dimostrato che l'educatore in quel momento si trovava in casa, che stava sorvegliando i minori al punto da notare - pur impegnato nel riassetto della cucina - il silenzio sospetto e così tempestivamente intervenire con una condotta consona ed adeguata al contesto.

Insomma - contrariamente a quanto ritenuto dalla difesa atorea - non vi erano condotte dei minori che giustificassero interventi preventivi degli educatori, tanto meno di controllo di tipo custodiale ovvero maggiori rispetto alla ravvicinata sorveglianza sui medesimi ampiamente descritta.

La condotta dei minori, di fare spogliare la piccola Giorgia e chiederle di unirsi sessualmente al figlio dell'attrice, si configura del tutto improvvisa ed imprevedibile, risultato altresì priva di precedenti.

La Comunità così come i Servizi Sociali risultano quindi avere adottato tutte le misure del caso idonee a prevenire episodi del genere, ovvero consona ed adeguata alla maturità dei minori presenti in Comunità, assicurando la presenza di un educatore

in casa, che è tempestivamente intervenuto notando il silenzio sospetto, e ragionevolmente regolarizzando tale svago a porta non chiusa a chiave.

Inoltre, parte attrice non ha dimostrato il danno, stante la genericità delle valutazioni di un perito di parte, mancando documentazione medica oggettiva di riscontro mentre la richiesta di archiviazione da parte della procura consente di escludere la sussistenza di profili di rilievo penale in relazione al fatto, tenuto conto dell'età e della particolare brevità temporale dell'accaduto.

È quindi da escludere per le parti convenute il prospettato addebito di "culpa in vigilando" e/o "in educando" per l'omessa adozione di preventive misure organizzative e disciplinari, ulteriori rispetto allo stare in comunità, risultando il fatto accaduto durante il breve intervallo di svago concesso ai minori subito dopo il pranzo, non essendo emersi precedenti analoghi che giustificassero l'adozione di misure di controllo maggiori, essendo quelle attivate (presenza dell'educatore in casa con stanze non chiuse a chiave), compatibili con l'età dei minori, sulla vivacità dei quali, interventi ulteriori e sterilmente repressivi sono notoriamente discutibili (oltreché spesso contestati dai medesimi genitori).

In sostanza l'articolata istruttoria assunta ha consentito di appurare che l'episodio è avvenuto in un contesto non imputabile a carenze organizzative di vigilanza degli educatori né tanto meno dei Servizi.

Tenuto conto che il dovere di vigilanza imposto ex art. 2048 c.c. non ha carattere assoluto bensì relativo, dovendosi correlare il contenuto ed il suo esercizio in modo inversamente proporzionale all'età ed al normale grado di maturazione dei minori ed al contesto, nel caso di specie va escluso che gli educatori ed i Servizi avessero l'obblighi ulteriori rispetto a quello di permanenza in casa con i minori nelle loro stanze, od insieme, tenuto conto che la porta della stanza non è stata chiusa a chiave da ciò desumendosi un ragionevole comando - correttamente - impartito dagli educatori in tal senso nei momenti di svago. Al rigetto, secondo il principio di soccombenza, consegue l'onere delle spese di lite liquidate sul valore della domanda secondo parametri sensibilmente ridotti rispetto alla media per il limitato impegno profuso con riguardo all'istruttoria - solo orale e documentale.

La presente sentenza è provvisoriamente esecutiva ex art. 282 c.p.c.

P.Q.M.

ogni contraria istanza azione ed eccezione respinte, così definitivamente decidendo: rigetta la domanda; condanna parte attrice a rifondere la Comunità - Società Coop. Sociale - Onlus, in persona del rappresentante p.t. delle spese di giudizio che liquida in euro - per esborsi documentati, euro 1.800,00 per compensi ex dm 140/12, oltre accessori dovuti per legge.

Massime

Corte di Cassazione, sez. III civ., 2 agosto 2013, n. 18502 - Pres. Finocchiaro - Est. Ambrosio - Soc. Dellapasqua c. Lavagna sviluppo.
Cassa App. Genova, 6 dicembre 2006 e decide nel merito.

ARRICCHIMENTO senza causa - azione generale di arricchimento - proposizione in via subordinata - presupposti.

(Artt. 2041, 2042 c.c.)

L'azione di arricchimento senza giusta causa può essere proposta in via subordinata rispetto all'azione contrattuale proposta in via principale soltanto qualora l'azione tipica dia esito negativo per carenza ab origine dell'azione stessa derivante da un difetto del titolo posto a suo fondamento, oppure qualora la domanda ordinaria, dopo essere stata proposta, non sia stata più coltivata dall'interessato.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 16 ottobre 2013 - Giudice Unico Ferrari - M. srl (Avv. E. e S. Fadda) c. M.B.R. srl in liquidazione (contumace).

AZIENDA - affitto di ramo di azienda - risoluzione per grave inadempimento dell'affittuaria - ritardata consegna del ramo di azienda - nuovo contratto di affitto di ramo di azienda con nuova affittuaria - canone superiore - risarcimento del danno rappresentato dalla differenza dei canoni - sussistenza.

Nel caso di sentenza di risoluzione del contratto di affitto di ramo di azienda per grave inadempimento dell'affittuaria, qualora quest'ultima ritardi la consegna del ramo di azienda entro il termine stabilito, alla concedente va altresì riconosciuto il danno patrimoniale rappresentato, per ogni mese di ritardo, dalla differenza tra il canone mensile dovuto dalla affittuaria inadempiente e quello eventualmente maggiore pattuito a carico della nuova affittuaria e ciò fino al momento di decorrenza del nuovo contratto.

F.L.O.

Tribunale di Savona, 30 ottobre 2013 - Giudice Unico Princiotta - L. (Avv. Gallizia) c. S. srl (Avv. ti Bellasio).

CITAZIONE (in materia civile) - Indicazione dell'attore e del convenuto - Società erroneamente o inesattamente indicata nella ragione sociale - nullità della citazione o della notificazione.

L'erronea indicazione nell'atto di citazione della forma societaria di parte convenuta in giudizio non comporta la nullità dell'atto introduttivo (tanto in primo grado, quanto in appello) né della notificazione di essa, qualora l'errore non abbia ingenerato equivoci nel destinatario dell'atto pro-cessuale e non abbia inciso sull'effettività del contraddittorio consentendo al convenuto di articolare un'adeguata difesa.

(Nel caso di specie l'attore pur avendo indicato la società convenuta con una ragione sociale erronea o inesatta nella sua forma, s.n.c. anziché di s.a.s., non aveva, comunque, ingenerato equi-

voco alcuno circa l'identificazione della società stessa e non aveva inciso in modo negativo sull'attività espletata dalla società convenuta, avendo potuto quest'ultima spiegare piena difesa nel merito).

CL.I.P.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 8 ottobre 2013 - Giudice Unico Vaglio Bernè - R. (Avv. Ispodamia) c. Cond. Via C. 6 (Avv. Marino).

COMUNIONE e condominio - assemblea condominiale - avviso di convocazione - ordine del giorno - contenuto - elencazione specifica degli argomenti da trattare - invalidità delle questioni non all'ordine del giorno.

(Artt. 1105, 1136, 1137 c.c.)

Per la validità ed efficacia delle deliberazioni assunte dall'assemblea condominiale, l'avviso di convocazione deve elencare, sia pure in modo non analitico e minuzioso, tutti gli argomenti da trattare, sì da non pregiudicare il diritto alla partecipazione effettiva e consapevole spettante a tutti i condomini ex artt. 1105 e 1136 c.c..

Ed invero, l'omessa indicazione, nell'ordine del giorno, anche di un solo argomento tra quelli che sono stati affrontati in assemblea comporta l'invalidità della delibera nella parte in cui riguarda la questione non preventivamente comunicata. Nessun pregio, infatti, può essere attribuito alla voce "Varie ed eventuali", che non può comprendere atti negoziali, bensì - a titolo meramente esemplificativo e non esaustivo - mere comunicazioni, suggerimenti per future assemblee, solleciti, prospettazione di problemi da istruire, risposte dell'amministratore. (Nella specie, il Tribunale ha dichiarato l'illegittimità della delibera condominiale di chiaro contenuto decisivo assunta dall'assemblea dei condomini, ancorché nell'o.d.g. non fosse stato specificamente indicato l'argomento oggetto di detta delibera).

(Conf.: ex multis, Cass., sez. II, 30 luglio 2004, n. 14560)

D.DL.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 8 ottobre 2013 - Giudice Unico Vaglio Bernè - Z. L. e M.R. (Avv. Marelli) c. Cond. Via M. 18/20 (Avv. Nasini).

COMUNIONE e condominio - impugnazione delibera assembleare - nuova delibera - dichiarazione cessazione materia del contendere - ammissibilità.

(Artt. 2237, 1137 c.c.)

In materia di impugnazione delle delibere condominiali, deve ritenersi applicabile, per identità di ratio, la disposizione normativa di carattere generale ex art. 2377 c.c., dettata in materia di società di capitali. Pertanto, il giudice adito deve dichiarare la cessazione della materia del contendere allorché la delibera impugnata, ancorché invalida, venga sostituita dall'assemblea, regolarmente riconvocata, con un'altra delibera avente ad oggetto i medesimi argomenti della prima. (Nel caso di specie il Tribu-

nale ha dichiarato cessata la materia del contendere tra gli attori ed il Condomino convenuto in virtù della revoca della delibera assembleare oggetto della causa).

(Conf.: *ex multis*, Cass., sez. III, 17 maggio 2011, n. 3552)

D.DL.

Tribunale di Genova, sez. fall., 17 ottobre 2013, n. 24, Pres. Basoli - Rel. Davini - Meccanocar S.r.l. c. Monte Paschi di Siena e c. Unicredit, Banco Popolare, Cassa di Risparmio di Firenze, Banca Intesa, Cassa di Risparmio di Volterra, Banco di Desio, Carige S.p.a., Banca Nazionale del Lavoro.

CONTRATTI bancari - art. 169 bis l. fall. - scioglimento del contratto anche in caso di domanda di concordato preventivo con riserva - risoluzione contrattuale - necessità del contraddittorio tra le parti contrattuali - sussiste - applicabilità dell'art. 169 bis l. fall. a tutti i contratti non esclusi espressamente - sussiste.

(Artt. 72 e 169 bis l. fall.)

Il D.L. 22 giugno 2012 n° 83 convertito con la L. 7 agosto 2012 n° 134 ha introdotto nella legge fallimentare l'art. 169bis, radicalmente innovativo, quanto di dubbia interpretazione applicativa. L'articolo prevede uno scioglimento del contratto potenzialmente idoneo a cagionare un danno all'altro contraente che viene pagato in moneta fallimentare. I punti dove è maggiormente acceso il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sono due: se sia possibile disporre lo scioglimento del contratto anche in caso di domanda di concordato preventivo con riserva; se i contratti che possono essere sciolti siano solo quelli a prestazioni totalmente o parzialmente ineseguite da entrambe le parti di cui all'art. 72 l. fall. oppure se l'ambito di applicazione dell'art. 169bis l.fall. sia più ampio.

L'interpretazione più lata appare preferibile, sia perché gli argomenti a favore della tesi più restrittiva, pur pregevoli, non paiono insuperabili, sia perché nel caso di specie era l'unico modo per garantire una migliore soddisfazione del ceto creditorio. Si ritiene pertanto ammissibile che, anche nella fase di pre-concordato in bianco, l'istanza di scioglimento contrattuale possa trovare accoglimento.

Per quel che concerne la rappresentazione delle conseguenze che lo scioglimento contrattuale provoca e la sua idoneità a recare beneficio alle masse dei creditori, il Tribunale di Genova aderisce all'orientamento giurisprudenziale prevalente che ritiene necessario instaurare una qualche forma di contraddittorio con le controparti contrattuali per meglio valutare le opportunità della risoluzione, sebbene ciò non sia espressamente previsto dalla norma in questione.

Dal combinato disposto del primo e ultimo comma dell'art. 169bis l. fall. si ricava che tutte le categorie di contratti ad eccezione di quelli esclusi possono essere oggetto di richiesta di risoluzione. Pertanto non è negabile che possa sciogliersi un contratto bancario di anticipo su fatture o su ricevute bancarie sulla base della considerazione che la banca ha già erogato il credito.

NI.MA.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 8 luglio 2013, n. 2310 - Giudice Unico Bisio - A.V. (Avv.ti Mondini e Butera) c. Banco Popolare di Bergamo S.p.A. (Avv. Solinas).

CONTRATTI bancari - contratto di conto corrente - furto - illegittima negoziazione di assegni - responsabilità contrattuale - criteri.

In tema di accertamento della responsabilità della Banca per omesso controllo della regolarità del titolo, in caso di furto e successivo indebito utilizzo di assegni con firma apocrifa, nella valutazione della diligenza richiesta assumono rilevanza: il numero degli assegni posti in negoziazione, l'importo di ciascuno di essi, l'arco temporale in cui sono sviluppate le sottrazioni e gli incassi, la tempestività della denuncia a seguito della quale la Banca possa eventualmente porre in essere adeguate misure cautelative, oltretutto le procedure alle quali gli istituti bancari devono attenersi per la negoziazione di assegni di importi inferiori ad Euro 5.000,00.

P.P.CU.

Tribunale di Genova, 11 luglio 2013, Giudice Unico Silvestri - Eco Travel S.r.l. (Avv.ti Finamore e Rossi) c. Associazione sportiva dilettantistica (Avv. Volpe).

CONTRATTO in genere, atto o negozio giuridico - clausole contrattuali - interpretazione letterale - interpretazione in correlazione alle altre parti del contratto - applicazione alla singola clausola.

Il criterio dell'interpretazione letterale del contratto deve tenere conto del tenore complessivo della clausola poiché il "senso letterale delle parole", di cui all'art. 1362 c.c., va desunto da tutta la formulazione letterale della dichiarazione negoziale, avendo riguardo ad ogni sua parte e ad ogni parola che la compone, e non già ad una parte soltanto. Tale principio, è stato affermato più volte dalla Suprema Corte (ex plurimis Cass. 22 dicembre 2005, n. 28479) con riferimento alla necessità di porre in correlazione, anche sotto il profilo logico, l'intero contesto contrattuale, senza fermarsi alle singole clausole; esso vale necessariamente ed ovviamente anche nell'ambito della singola clausola che, prima ancora di essere posta in correlazione letterale e logica con le altre, deve essere valutata nella sua interezza. (Fattispecie nella quale il Tribunale ha sostenuto che dalla clausola contrattuale che obbligava un'associazione sportiva a mettere a disposizione spazi pubblicitari in favore di altra società in un determinato campo sportivo non si potesse desumere anche l'obbligo della squadra a disputare le gare di campionato nel suddetto campo sportivo, essendo tale obbligazione non ricavabile dalla lettera della clausola contrattuale).

P.P.CU.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 10 febbraio 2014 - Giudice Unico Braccialini - B.S. (Avv. Pace) c. F.C. (Avv. Scapolla) e C.B. (Avv. Pagani).

CONTRATTO in genere - compravendita di bene immobile - uso abitativo - irrealizzabile trasformazione - inemendabili vizi giuridici e strutturali - dolosa falsificazione di documenti da parte di terzi - piena consapevolezza del disegno frodatario in capo al venditore - vizio genetico del sinallagma contrattuale - annullabilità ex art. 1439, II° comma c.c. - sussiste - vendita aliud pro alio - domanda di risoluzione giudiziale - assorbimento.

(Artt. 1439 e 1453 c.c.)

La concertazione tra il venditore e i professionisti dal medesimo incaricati, volta alla falsa predisposizione di un apparato tecnico-documentale tale da indurre l'acquirente alla stipula di un contratto di compravendita di immobile dichiarato ad uso abitativo, ma in realtà privo dei minimi requisiti di abitabilità e per giunta contrassegnato dalla presenza di abusi insanabili, configura un'ipotesi di responsabilità per dolo che legittima l'azione di annullamento del contratto, ex art. 1439, c.c.

Il venditore e i tecnici incaricati saranno pertanto tenuti in via concorrenziale - il primo a titolo responsabilità contrattuale e i secondi a titolo di responsabilità extracontrattuale - al risarcimento del danno subito dall'acquirente, secondo un criterio di allocazione percentuale dello stesso che tenga conto dei rispettivi apporti decettivi, oltre che del diverso interesse economico conseguito.

L'accoglimento della domanda di annullamento del contratto per vizio genetico del sinallagma, ex art. 1439, II° comma, c.c., determina l'assorbimento della domanda di risoluzione del contratto per la vendita di aliud pro alio, eventualmente formulata in via subordinata. (Nella fattispecie de quo, i danni non patrimoniali sono stati liquidati nella misura di un quarto del corrispettivo di vendita, posto che l'illecito ha inciso sulla fruizione di un bene di rilevanza primaria, come la casa di abitazione).

(Conforme: Cass, sez. II civ., 31 marzo 2006, n. 7630)

AN.CCG.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 14 febbraio 2014 - Giudice Unico Braccialini - D. A. J. (Avv. Burastero) c. Termosider Immobiliare S.R.L. (Avv. Ugolini).

CONTRATTO in genere - compravendita di bene immobile ad uso abitazione - mancanza dei requisiti di abitabilità - vendita aliud pro alio - sussiste - eccezione di inadempimento - sussiste - risoluzione del contratto per inadempimento - sussiste - manifesta violazione del diritto inviolabile all'abitazione - risarcimento del danno non patrimoniale - sussiste.

(Artt. 1453 e 1460 c.c.)

La vendita di un immobile che presenti irregolarità e carenze di consistenza tali da non poter essere considerato utilizzabile a fini abitativi concretizza un'ipotesi di trasferimento immobiliare di "aliud pro alio", da cui consegue l'esperibilità dell'azione di risoluzione del contratto per inadempimento.

L'acquirente che abbia corrisposto una sostanziosa anticipazione del prezzo finale di vendita può legittimamente rifiutare di adempiere la restante parte dell'obbligazione a suo carico.

Ai fini della valutazione equitativa del danno non patrimoniale subito, si dovrà anche tenere conto della compromissione del diritto fondamentale all'abitazione, in quanto diritto rientrante a pieno titolo tra quelli individuabili all'Art. 2 della Costituzione, nel cui alveo sono ricompresi interessi sempre nuovi che attengono a posizioni inviolabili della persona umana.

(Conforme: Cass., sez. II civ., 14 febbraio 2011, n. 9908)

SO.C.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 10. febbraio 2014, n. 506 - Giudice Unico D'Arrigo - J.D. (Avv. Albertoni) c. R. Ass.ni (Avv. Cassanello).

DANNI in materia civile - danno biologico - danno morale - percentuale.

(D.lgs. 209/2005)

Il sistema di liquidazione di cui agli artt. 138 e 139 d.lgs. 209/2005 contiene, al comma 2, lett. a) dell'art. 138 una definizione talmente precisa del danno biologico (e quindi del danno liquidato dalle relative tabelle), che non è riconducibile al concetto omnicomprendente di danno non patrimoniale per lesione della salute introdotto con la sentenza 26972/2008 Cass. Civ.; in conseguenza di ciò, qualora in corso di causa venga provata una situazione di disagio che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, va riconosciuta una componente morale del danno dallo stesso patito sia sulla IT che sulla IP in una corrispondente misura percentuale.

F.BGN.

Corte d'Appello di Genova, 4 febbraio 2014, n. 149 - Pres. Sanna - Rel. Atzeni - C.F. Scarl (Avv. ti Viscardini e Turci) c. Ministero Economia e delle Finanze e altri.

DOGANA - rimborsi di imposta - pagamento dell'indebitto - onere della prova - preclusione del diritto alla ripetizione dell'indebitto - condizioni - onere della prova - arricchimento senza causa del pagatore della prestazione tributaria - fattispecie.

(Art. 2033 c.c.; art. 2967 c.p.c.; L. 986/1964; art. 32, L. 428/1990)

In materia di rimborsi di imposte doganali, laddove il contribuente abbia offerto prova, il cui onere incombe sullo stesso, del pagamento dell'indebitto, la preclusione del diritto alla ripetizione dell'indebitto sine causa di cui all'art. 2033 c.c. postula il ricorrere e la dimostrazione da parte dell'amministrazione finanziaria di due condizioni: la traslazione dell'onere economico dell'imposta da parte di chi ha eseguito la prestazione tributaria su altri soggetti, o per legge o grazie a strumenti economici, nonché l'ulteriore condizione consistente nell'arricchimento senza causa che si realizzerebbe a favore del pagatore della prestazione tributaria per effetto della restituzione del tributo; tale arricchimento si deve ritenere escluso quando la somma rimborsata venga erogata ai soggetti percossi (nella specie la Corte d'Appello ha giudicato dovesse essere rimborsata parzialmente ad una cooperativa l'imposta di consumo sulle banane - istituita dalla L. 986/1964, abrogata dall'art. 32 L. 428/1990 - per l'ammontare spettante ai soci acquirenti della merce importata, trattandosi di restituzione di somme ai soci che avevano pagato l'imposta per traslazione, ma non per l'ammontare distribuito ai soci non acquirenti del prodotto importato, verificandosi diversamente un arricchimento senza causa).

TZ.LND.

Corte di Appello di Genova, sez. III civ., 23 dicembre 2013 n. 40 - Pres. Sangiuolo - Rel. Maistrello - UGF Banca SpA (Avv. Tassi) c. C.A. (Avv. Bajetto).

ESECUZIONE forzata in genere - definitività del provvedimento di assegnazione - estinzione del processo esecutivo - azione di ripetizione dell'indebitto oggettivo - improponibilità.

(Artt. 510 e 512 c.p.c. ; art. 2033 c.c.)

In tema di esecuzione forzata, il provvedimento che chiude il processo esecutivo, pur non avendo per la mancanza di contenuto decisorio efficacia di giudicato, è tuttavia caratterizzato da una definitività insita nella chiusura di un procedimento esplicito nel rispetto delle forme atte a salvaguardare gli interessi delle parti, incompatibile con qualsiasi sua revocabilità, atteso che nell'ambito del procedimento esecutivo sussiste un sistema di garanzie di legalità per la soluzione di eventuali contrasti tra le parti. Conseguentemente, il soggetto esecutato che non si sia avvalso dei rimedi oppositivi specificatamente previsti nell'ambito del procedimento esecutivo (in particolare, dell'opposizione ex art. 512 c.p.c. avverso l'ordinanza di assegnazione della somma, conseguente alla conversione del pignoramento) non può esperire, dopo la chiusura del procedimento di esecuzione forzata, autonoma azione di ripetizione dell'indebito contro il creditore procedente (o intervenuto) per ottenere la restituzione di quanto costui ha riscosso, sul presupposto dell'illegittimità dell'esecuzione forzata per ragioni sostanziali.

T.BLE.

Corte d'Appello di Genova, 9 gennaio 2014 - Pres. D'Arienzo - Rel. Atzeni - C.A.L.C. (Avv.ti Moizo e Giovene) c. A.A e altri (Avv.ti Scampelli e Bava).

ESPROPRIAZIONE per pubblico interesse (o pubblica utilità) - occupazione temporanea e d'urgenza di un fondo - realizzazione di opera pubblica - occupazione appropriativa - modo di acquisto a titolo originario della proprietà - esclusione.

(Artt. 934, 938 c.c.; art. 42 bis DPR 327/2001)

L'occupazione appropriativa non può costituire titolo di acquisto originario della proprietà di un terreno, poiché alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e della Corte Costituzionale, la realizzazione di un'opera pubblica su di un fondo oggetto di legittima occupazione in via d'urgenza, non seguita dal perfezionamento della procedura espropriativa, costituisce mero fatto e non può assurgere a titolo dell'acquisto ed è come tale inidonea a determinare il trasferimento della proprietà in favore della Pubblica Amministrazione, essendo l'istituto in questione contrario alla Convenzione CEDU e non potendosi individuare sistemi di acquisizione diversi da quello consensuale contrattuale e da quello autoritativo ablatorio; ciò è confermato dall'introduzione dell'art. 42 bis D.P.R. 8 giugno 2001 n. 327 il quale anche con riguardo ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore, disciplina le modalità attraverso le quali, a fronte di un'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di pubblico interesse, è possibile - con l'esercizio di un potere basato su una valutazione degli interessi in conflitto - pervenire ad un'acquisizione non retroattiva della titolarità del bene al patrimonio indisponibile della P.A., sotto condizione sospensiva del pagamento, al soggetto che perde il diritto di proprietà, di un importo a titolo di indennizzo, nella misura superiore del 10% rispetto al valore venale del bene.

TZ.LND.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 8 luglio 2013, n. 2302 - Giudice Unico Spera - MPS s.p.a. (Avv. Ferraro) c. Press Tour s.p.a (Avv.ti Ferraro e Molè) e c. ERRE s.r.l. (contumace).

IPOTECA - costituzione - variazione qualitativa del patrimonio del debitore - sussiste - posteriorità rispetto

al credito garantito - atto a titolo gratuito - actio pauliana - presupposti - sussistono.

(Art. 2901, IV comma, c.c.)

L'atto di concessione di ipoteca volontaria sull'apparente unico immobile di proprietà del debitore, a garanzia di un contratto di conto corrente, determina una variazione qualitativa del patrimonio dello stesso debitore, determinandosi il pericolo di danno costituito dall'eventuale infruttuosità di una futura azione esecutiva.

La costituzione di ipoteca in epoca successiva all'insorgere del credito garantito, va qualificata quale atto a titolo gratuito, e come tale subordinato, ai fini dell'accoglimento dell'azione revocatoria, alla sola conoscenza del pregiudizio da parte del debitore.

SO.C.

Tribunale della Spezia, 5 ottobre 2012 - Giudice Unico Panico.

LAVORO - processo del lavoro e rito speciale - domanda avente ad oggetto l'impugnativa del licenziamento - applicabilità del rito - domanda inammissibile - socio lavoratore di cooperativa.

(Art. 1, c. 47 e s. L. 92/2012 e art. 18 L. 300/70)

In merito al ricorso di cui all'art. 1, c. 47 e s. L. 92/2012, qualora il giudice rileverà che non ricorrono i presupposti della reintegra, si pronunzierà immediatamente, o dichiarando inammissibile la domanda o disponendo il mutamento di rito ex art. 4, d.lgs. n. 150 del 2011 (ovvero ex artt. 426 s., c.p.c.). Nel caso di specie, non si rientra nel campo di applicazione del rito fornero, in quanto al socio lavoratore di cooperativa non si applica l'art. 18, l. 300/70; pertanto, si ritiene preferibile la declaratoria di inammissibilità piuttosto che la traslazione del rito in quanto con il provvedimento di inammissibilità (che è un rigetto in rito) si consente alla parte soccombente di sottoporre subito al vaglio del Tribunale il provvedimento, mediante l'opposizione di cui all'art. 1, comma 51, oppure di accettare la decisione e riproporre senza dilazione la domanda con altro rito.

S.TOR.

Tribunale di Genova, 21 novembre 2012 - Giudice Unico Parodi - Tabb - c. Trec Spa e altri.

LAVORO - processo del lavoro e rito speciale - domanda avente ad oggetto l'impugnativa del licenziamento - questioni relative alla qualificazione del rapporto - imputazione del rapporto di lavoro in capo a terzi.

(Art. 1, c. 47 e s. L. 92/2012 e art. 18 L. 300/70)

Premesso che l'ambito del rito speciale introdotto dalla legge 28 giugno 2012, n. 92, cd. rito Fornero, viene determinato dall'oggetto della domanda, così come prospettata dal ricorrente e che tale rito è utilizzabile ogni qualvolta venga richiesta l'applicazione della tutela, ex art. 18, St. lav. e successive modificazioni e che in tal caso occorre procedere alla cognizione sommaria di cui ai commi da 48 a 68 dell'art. 1 della predetta legge e che tale criterio (oggetto della domanda) viene confermato dal legislatore, anche quando si tratti di risolvere questioni di qualificazione del rapporto, può ritenersi ragionevole e conforme alla ratio legis interpretare l'espressione «questioni relative alla qualificazione del

rapporto» comprensiva anche delle questioni relative alla qualificazione del medesimo anche in senso atecnico ovvero laddove si tratti di imputare il rapporto di lavoro in capo a terzi.

S.TOR.

Tribunale di La Spezia, 7 gennaio 2013 - Giudice Unico Panico - F. D.B. (avv. Benifei) - c. G s.r.l. (avv. Spognardi).

LAVORO - processo del lavoro e rito speciale - domanda avente ad oggetto l'impugnativa del licenziamento - applicabilità del rito - requisito dimensionale - domanda inammissibile - mutamento di rito.

(Art. 1, c. 47 e s. L. 92/2012 e art. 18 L. 300/70)

Il nuovo procedimento ex l. 92/2012 dovrà essere attivato dal giudice ogni qual volta l'attore chieda la reintegra "salvo che si tratti di una prospettazione palesemente strumentale, abnorme, errata (p. es., se l'attore riconoscesse fin dall'atto introduttivo che il datore ha meno di quindici dipendenti e non si tratta di licenziamento discriminatorio, ad onta della domanda di reintegra, il giudice dovrebbe ab origine dar corso all'ordinario giudizio di lavoro; se l'attore impugnasse l'apposizione del termine al contratto di lavoro, chiedendo la reintegra, poiché, giuridicamente, non si verte in un caso di licenziamento ma di messa in libertà alla scadenza del termine - v., per tutte, Cass. 21 mag. 2007, n. 11741 - egualmente il giudice non dovrebbe aprire il nuovo procedimento)". Qualora, invece, tali situazioni limite non ricorrano, il giudice aprirà il nuovo procedimento; se, poi, nel contraddittorio delle parti ma in limine litis (ossia prima della trattazione istruttoria), egli rileverà che non ricorrono i presupposti della reintegra, si pronunzierà immediatamente, o dichiarando inammissibile la domanda o disponendo il mutamento di rito ex art. 4, d.lgs. n. 150 del 2011 (ovvero ex art. 426 s., c.p.c.). Se, invece, l'insussistenza del requisito dimensionale per la reintegra emergerà a seguito dell'istruttoria, pare preferibile che il giudice si pronunzi ormai nel merito (accogliendo il ricorso, secondo il regime di tutela proprio di quel licenziamento ovvero rigettando la domanda).

S.TOR.

Tribunale di Genova, 9 gennaio 2013 - Giudice Unico Ravera - F.S. - c. CC.

LAVORO - processo del lavoro e rito speciale - domanda avente ad oggetto l'impugnativa del licenziamento - ratio del rito - azionabilità da parte del datore di lavoro.

(Art. 1, c. 47 e s. L. 92/2012 e art. 18 L. 300/70)

Il Giudice, dopo aver approfondito la ratio del rito Fornero, rito finalizzato ad un processo celere in coerenza con il principio della ragionevole durata del processo, lo ritiene azionabile anche dal datore di lavoro. Infatti, il legislatore ha voluto dare ad entrambe le parti un rito esclusivamente funzionale al raggiungimento dell'obiettivo di un processo celere la cui durata ragionevole, qualora siano in discussione i licenziamenti, è stata valutata dal legislatore con particolare attenzione (già nei tempi di fissazione del ricorso), predisponendosi così ad hoc una fase volutamente sommaria idonea di per sé a definire la controversia (una sorta cioè di cautelare senza pericula).

S.TOR.

Tribunale di Genova, Sez. lav., il 12 aprile 2013 - Giudice Parodi - D. c. I.

LAVORO - licenziamento - giusta causa - non sussiste.

LAVORO - licenziamento - giusta causa - concorrenza sleale - non sussiste.

LAVORO - licenziamento - reintegra ex art. 18 Stat. Lav. - risoluzione - giusta causa - giustificato motivo soggettivo - non sussiste.

(Art. 18 Legge 20 maggio 1970, n. 300)

Qualora il cliente di un'impresa, dopo aver acquistato dei prodotti (nella specie: una cucina e dei mobili) riceva privatamente delle prestazioni extra (nella specie, il montaggio della cucina e dei mobili) da due lavoratori della stessa azienda venditrice, la condotta non costituisce giusta causa di licenziamento dei lavoratori se non è connotata da quella gravità che, in base al principio di proporzionalità, giustifichi il licenziamento.

Qualora il cliente di un'impresa, dopo aver acquistato dei prodotti (nella specie: una cucina e dei mobili) riceva privatamente delle prestazioni extra (nella specie, il montaggio della cucina e dei mobili) da due lavoratori della stessa azienda venditrice, la condotta non costituisce giusta causa di licenziamento dei lavoratori in presenza di fattori quali: si tratta di un singolo episodio; l'attività non è specificamente inerente le prestazioni lavorative; l'attività non ha leso il core business dell'azienda, né le prerogative dell'azienda a cui l'impresa datrice di lavoro aveva appaltato il servizio in questione; l'attività è avvenuta senza preordinazione, né con l'intento di porre confusione fra il servizio reso e quello aziendale; l'attività è stata posta in essere senza l'utilizzo di strumenti aziendali, abuso di informazioni o di dati; l'attività ha salvaguardato l'acquisto dei prodotti venduti dall'azienda; l'episodio è stato l'unico episodio di rilievo disciplinare nell'ambito di un rapporto di lavoro durato circa 14 anni; la prestazione è stata posta in essere da lavoratori non dotati di responsabilità nella scala gerarchica e di controllo; non vi sono elementi che fanno ritenere vi sia un pericolo di reiterazione della condotta.

Inoltre, il comportamento in esame non ha sussistenza sotto il profilo della concorrenza sleale dell'attività d'impresa, quanto piuttosto sotto il profilo della violazione del dovere di correttezza e buona fede, di cui è espressione l'obbligo di fedeltà del lavoratore previsto dall'art. 2105 c.c. Trattandosi di un unico episodio non preordinato alla concorrenza sleale, non costituisce giustificato motivo oggettivo di licenziamento. In base al nuovo art. 18 Stat. Lav., così come modificato dalla legge 92/2012, non ogni licenziamento illegittimo porta alla reintegra del rapporto.

La nuova normativa prevede una tutela reintegratoria "forte" nelle ipotesi di nullità, illiceità, discriminatorietà, oralità del licenziamento, ed una reintegra "attenuata", con indennità risarcitoria limitata nel massimo a 12 mensilità, laddove il giudice accerti la "manifesta insussistenza del fatto contestato" o "quando il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili".

Il giudice, nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo.

MK.C. e A.FRC.

Tribunale di Genova, sez. lav., 2 novembre 2013 - Giudice Unico Scotto - (Avv. De Bastiani) - c. C srl (Avv. Torchio).

LAVORO - licenziamento disciplinare - giusta causa - giustificato motivo soggettivo - licenziamento legittimo.
(Art. 18 L. n. 300/1970; art. 1, c. 42 L. 92/2012)

È legittimo il licenziamento per giusta causa del lavoratore che, con una manovra pericolosa posta in essere mentre era alla guida di un automezzo di proprietà della società, provocava gravi offese nei confronti di un pubblico ufficiale; deve pertanto concludersi che il lavoratore ha posto in essere un comportamento in evidente contrasto con l'etica e il comune vivere civili. Peraltro, tale condotta è espressamente prevista dal C.C.N.L. di riferimento come sanzionabile con il licenziamento e, quindi, tale da giustificare il licenziamento per giusta causa.

S.TOR.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 10 febbraio 2014 - Giudice Unico Gandolfo - Immobiliare (Avv. Divano) c. C. (Avv. Donadeo).

MEDIAZIONE - intervento successivo del mediatore - mancata incidenza sulla conclusione dell'affare - diritto alla provvigione - insussistenza.

Con riferimento alla cosiddetta mediazione successiva, ovvero nel caso in cui l'intervento del mediatore vi sia stato allorquando le parti venditrice e acquirente erano già in contatto tra di loro, il diritto alla provvigione ex art. 1755 cc non spetta se tale intervento non si sia rivelato determinante per la positiva conclusione dell'affare.

F.L.O.

Tribunale di Genova, sez. VII civ., 10 febbraio 2014, n. 2513 - Giudice Unico Mauceri - V. (Avv. Macciò) c. J. (Avv. Morelli).

PIGNORAMENTO di crediti del debitore verso terzi - mancata dichiarazione del terzo - istruzione della causa secondo le norme che regolano il processo di cognizione - ripartizione dell'onere della prova - applicabilità dell'art. 2697 c.c. - sussiste.

(Artt. 2697 c.c.; 183 e 548 c.p.c.)

Il giudizio di accertamento del debito del terzo, pur svolgendosi nell'ambito del processo di esecuzione forzata, costituisce un ordinario giudizio di cognizione, assoggettato alle norme di diritto comune, ivi compreso l'art. 2697 cod. civ. relativo alla distribuzione dell'onere della prova. Incombe pertanto sul creditore procedente, che per l'art. 548 cod. proc. civ. assume la veste di attore. Fornire la prova dell'esistenza e dell'oggetto dell'obbligazione del terzo verso il debitore, mentre spetta al terzo provare che, prima della notifica dell'atto di pignoramento, si è verificato un fatto modificativo od estintivo della predetta obbligazione.

A.FONT.

Tribunale di Genova, sez. VII civ., 20 agosto 2013 - Giudice Unico Mauceri - B. SpA (Avv. Bazzani) c. U. (Avv. Scapolla).

PIGNORAMENTO di crediti del debitore verso terzi - mancata dichiarazione nel relativo processo di esecuzi-

zione - processo di cognizione instaurato a norma dell'art. 548 cod.proc.civ. - si tratta di un procedimento incidentale - limiti della competenza del giudice - ulteriori possibilità di difesa da parte del terzo, debitor debitoris - esperibilità dell'opposizione all'esecuzione a norma dell'art. 615 cod.proc.civ. sussiste.

(Artt. 548 e 615 c.p.c.)

Secondo l'unanime orientamento della giurisprudenza di legittimità, condiviso da questo giudice, il processo di cognizione instaurato, a norma dell'art. 548 cod. proc. civ., per l'accertamento dell'obbligo del terzo pignorato, in caso di sua mancata o contestata dichiarazione nel relativo processo esecutivo, è rivolto esclusivamente all'accertamento dell'esistenza e dell'ammontare del diritto alla consegna delle cose o al pagamento delle somme dovute. Ne consegue che deve ritenersi estraneo a tale procedimento incidentale di cognizione, e quindi al di fuori dei poteri e delle competenze del giudice relativo, statuire su tutto ciò che non rientra nell'ambito dell'accertamento dell'esistenza e dell'ammontare del credito pignorato, come ad esempio su eccezioni relative all'impignorabilità del credito ed alla esperibilità o alla validità del pignoramento, potendo esse costituire unicamente oggetto di opposizione all'esecuzione a norma dell'art. 615 cod. proc. civ.

(Conf.: Cass., 15 luglio 1972, n. 2443; Cass., 27 gennaio 2009, n. 1949)

A.FONT.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 25 marzo 2013, n. 1023, Giudice Unico Bozzo Costa - S. (Avv. ti Aragona e Carra) c. UBS (Avv. ti Guastadisegni e Bonavitacola) e c. C.D.V (Avv. Percivale).

PRESCRIZIONE e decadenza - prescrizione in materia di assicurazione - diritti derivanti dal contratto di assicurazione - decorrenza termine iniziale - effettiva conoscenza del diritto - ordinaria diligenza - necessità.

(Artt. 2935 e 2952 c.c.)

ASSICURAZIONE (contratto di) - assicurazione sulla vita - indicazione del beneficiario - donazione indiretta - esclusione.

(Artt. 809, 1919 e 1920 c.c.)

ASSICURAZIONE (contratto di) - assicurazione sulla vita - revoca del beneficiario - presupposti - fattispecie.

(Artt. 1334, 1920, 1921 c.c.)

Il diritto all'indennizzo assicurativo, soggetto al termine di prescrizione di cui all'art. 2952, secondo comma, cc., decorre, a norma dell'art. 2935 c.c., non dal giorno in cui il decesso dell'assicurato determina l'insorgenza del diritto al pagamento, bensì da quello in cui tale evento viene percepito o può essere percepito dal terzo beneficiario ex art. 1920 ultimo comma c.c. usando l'ordinaria diligenza.

Il contratto di assicurazione sulla vita, in favore dell'erede legittimo (o testamentario), non può qualificarsi come donazione indiretta del contraente in favore dei terzi designati in quanto la corresponsione dell'indennità al beneficiario non determina un depauperamento del patrimonio del contraente assicurato; pertanto sono soggette all'eventuale azione di riduzione soltanto le somme versate per il pagamento dei premi assicurativi.

La designazione del terzo beneficiario effettuata nell'ambito del contratto di assicurazione a favore di un terzo è sempre revoca-

bile, anteriormente alla verifica dell'evento, con le stesse forme con le quali può essere fatta ai sensi dell'art. 1920 c.c.

L'avvenuta comunicazione della dichiarazione di revoca e sostituzione del beneficiario all'assicuratore a norma dell'art. 1334 c.c., in quanto atto unilaterale, costituisce un requisito d'efficacia e non di validità, per il verificarsi del quale non è necessaria una spedizione diretta ed immediata dell'atto da parte del suo autore all'assicuratore, essendo invece necessario che l'atto sia stato inequivocabilmente indirizzato dall'assicurato all'assicuratore e che poi sia concretamente giunto a conoscenza di quest'ultimo, anche se dopo la morte dell'assicurato (nella specie, la dichiarazione di revoca e sostituzione del terzo beneficiario era contenuta in una lettera dattiloscritta redatta dal procuratore generale dell'assicurato, indirizzata all'assicuratore e depositata presso gli uffici periferici di quest'ultimo nel pomeriggio del giorno in cui, poche ore dopo, si verificava il decesso dell'assicurato).

M.BAG.

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 24 gennaio 2014, n. 44 - Pres. Bonavia - Rel. Bruno.

PROCEDIMENTO civile - rapporto sostanziale plurilaterale - chiamata in garanzia di altro convenuto - esigenza di litisconsorzio necessario.

(Art. 106 c.p.c.)

PRESCRIZIONE e decadenza - domanda di ripetizione di indebito del conduttore - azione esercitata nel termine semestrale previsto dall'art. 79 comma 2 L. n. 392/1978 - possibilità di richiedere la restituzione dell'indebito anche oltre il decennio dal rilascio.

(Art. 2946 c.c.; art. 79 L. 27 luglio 1978 n. 392)

LOCAZIONE - spese di amministrazione - pagamento diretto del conduttore all'amministratore condominiale per intese fra conduttore ed amministratore - eccedenza dei pagamenti del conduttore rispetto alle somme da lui dovute - diritto del conduttore a ripetere le spese eccedenti dal locatore.

(Art. 9 L. 27 luglio 1978 n. 392)

In presenza di rapporto sostanziale plurilaterale si ha litisconsorzio necessario ogniqualvolta la pronuncia su di esso non possa essere efficace, neppure tra i partecipanti al giudizio, se non in quanto resa nei confronti di tutti i soggetti.

In causa promossa dal conduttore di immobile contro il locatore per ripetizione di indebito, se il conduttore produce - con memoria successiva alla domanda riconvenzionale del locatore - documenti che riconducano a precedente locatore (dante causa di altro convenuto, rimasto contumace) l'autorizzazione al precedente conduttore per installare tramezze e per eseguire opere di esclusivo interesse del conduttore, non sussiste litisconsorzio necessario con l'altro convenuto e quindi il Giudice ha il potere di non autorizzare la sua chiamata in garanzia.

L'azione del conduttore per la ripetizione di somme indebitamente pagate al locatore consente di chiedere la restituzione di quanto corrisposto anche oltre il decennio dal rilascio, se proposta nel termine semestrale previsto dall'art. 79 comma 2 L. n. 392/1978.

L'intesa diretta fra conduttore dell'immobile e amministratore condominiale per il pagamento delle spese di amministrazione non impedisce al conduttore di ripetere dal locatore spese di amministrazione che abbia pagato in eccedenza.

A.B.

Tribunale di Savona, 16 settembre 2013 - Giudice Unico Princiotta - Condominio (Avv. Briano) c. G.S. (Avv. Acqua Barralis) e c. Condominio (Avv. Giordanengo).

REGOLAMENTO dei confini e apposizione dei termini - legittimazione attiva - spettanza esclusiva ai proprietari dei terreni confinanti.

L'azione di regolamento di confini spetta unicamente ai proprietari confinanti e la mancata prova del diritto di proprietà esclude la legittimazione attiva all'esercizio di tale azione.

L'azione in questione presuppone che l'incertezza, oggettiva o soggettiva, cada sul confine tra due fondi e non sul diritto di proprietà pur se l'oggetto di controversia è la determinazione quantitativa delle rispettive proprietà; pertanto, nel caso in cui l'attore sostenga che il confine di fatto non sia quello esatto per essere stato parte del suo fondo usurpato dal vicino, l'azione esercitata non potrà mai trasformarsi in azione di rivendica.

CL.I.P.

Tribunale di Genova, sez. II civ., ord. 1 aprile 2014 - Giudice Unico Gibelli - R. S.p.a. c. A. S.p.a.

PROCEDIMENTO civile - prova testimoniale - forma scritta - processo contumaciale - ammissibilità - in genere.

La prova testimoniale in forma scritta di cui all'art. 257 bis c.p.c. è ammissibile anche nel processo contumaciale in quanto l'espressione "accordo delle parti" di cui alla norma in esame va inteso come "accordo delle parti costituite" non essendo possibile attribuire un significato presunto né di assenso né di dissenso al silenzio della parte contumace. Infatti, l'ammissione di una prova in una forma, piuttosto che in un'altra, non può reputarsi una sanzione ovvero una forma meno favorevole per la parte contumace ovvero un contro-interesse della stessa rispetto alla potenziale accelerazione derivante dall'omissione dell'udienza di assunzione.

Nel caso in cui, a fronte della richiesta della parte costituita, l'assunzione della prova testimoniale in forma scritta venisse negata si opporre alla parte richiedente, in ordine alla sua istanza, un presunto significato negativo della contumacia con conseguente compressione del diritto alla prova (art. 24 cost.) e al celere processo (art. 111 cost).

CL.I.P.

Tribunale di Genova, 20 aprile 2012 - Giudice Unico Gibelli - F. (Avv. Farinetti) c. Comune di Ge. (Avv. Carassale).

RESPONSABILITÀ civile - cose in custodia - obbligo di custodia - ente pubblico (nella specie, comune) - responsabilità ex art. 2051 c.c. - configurabilità - condizioni - fattispecie.

In caso di caduta in strada pubblica o aperta al pubblico occorre inquadrare preliminarmente il fondamento della responsabilità dei gestori delle stessi ritenendo applicabile l'art. 2051 c.c. alle autostrade, alle strade in gestione ANAS, alle strade comunali site all'interno dell'agglomerato urbano (in quanto beni potenzialmente soggetti a custodia) mentre la colpa è considerata unico titolo di responsabilità in relazione alle strade comunali e provinciali extraurbane, alle strade interpoderali, ai sentieri per escursione.

Nel caso in cui il tratto di strada teatro della caduta sia una c.d. "creuza" ovvero un'antica e storica strada in pendenza, con collocazione non perfetta delle piccole pietre sul fondo con leggeri dislivelli, non può ritenersi configurabile un obbligo di custodia della P.A. proprietaria tale da poter fondare lo schema responsabilitario di cui all'art. 2051

c.c., trattandosi di una tipologia di strada che non può essere percorsa con automezzi per la sorveglianza periodica e non essendo spesso suscettibile di radicali interventi per ragioni storico ambientali.

CL.I.P.

Tribunale di Genova, 21 marzo 2014 - Giudice Unico Albino - C.F. (Avv. Dongo) c. Comune di Ge. e c. A. Spa (Avv. Maffi).

RESPONSABILITÀ civile - tutela e manutenzione delle strade - danni da insidia stradale - responsabilità ex art. 2051 c.c. dell'ente proprietario - prevedibilità dell'anomalia - conseguenze - esclusione della responsabilità della p.a. - fattispecie.

In tema di danno da insidia stradale, la concreta possibilità per l'utente danneggiato di percepire o prevedere con l'ordinaria diligenza la situazione di pericolo occulto vale ad escludere la configurabilità dell'insidia e della conseguente responsabilità della P.A. per difetto di manutenzione della strada pubblica, dato che quanto più la situazione di pericolo è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione di normali cautele da parte del danneggiato, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza del comportamento imprudente del medesimo nel dinamismo causale del danno, sino a rendere possibile che detto comportamento interrompa il nesso eziologico tra fatto ed evento dannoso (esclusa, nel caso di specie, la responsabilità dell'ente per i danni occorsi ad una signora caduta in una c.d. "creuza" essendo la stessa a conoscenza del fatto che tali strade presentano leggeri dislivelli tra una piastrelle e l'altra e una non collocazione perfetta delle pietre sul fondo che impongono da parte dell'utente una particolare attenzione e cautela nel percorso.)

CL.I.P.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 22 marzo 2013, n. 1003 - Giudice Unico Bonino - R.M. (Avv. Prof. Toriello) c. M.F.G.

RESPONSABILITÀ civile - danno cagionato da animali - danno non patrimoniale - debiti di valore.

(Artt. 2052, 2056 e 2059 c.c.)

Il proprietario dell'animale è responsabile dell'evento lesivo cagionato dall'animale al danneggiato ed è obbligato al ristoro del danno arrecato al diritto costituzionalmente garantito alla salute, ricompreso nella figura del "danno non patrimoniale" unitariamente considerato (con la conseguente eliminazione di sottocategorie autonome di danno aventi rilevanza meramente descrittiva).

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

Sulle somme riconosciute a titolo di risarcimento del danno sono dovute la rivalutazione monetaria (dal giorno del fatto fino a quello della liquidazione del danno, da applicarsi secondo gli indici ISTAT del costo della vita) e gli interessi compensativi, calcolati sulla somma corrispondente al valore della somma al momento dell'illecito, rivalutata anno per anno sulla base degli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati.

(In senso conforme: Cass., sez. un., 1712/1995)

F.O.

Tribunale di Genova, sez. II, 23 marzo 2013, n. 1016 - Giudice Unico Albino - A.G. (Avv. Gaggi) c. Ministero del Lavoro (Avvocatura dello Stato).

RESPONSABILITÀ civile - danno da emotrasfusioni - prescrizione quinquennale- sussiste - dies a quo.

(Artt. 2043, 2935, 2947 c.c.)

L'azione volta al risarcimento del danno da emotrasfusioni ha natura extracontrattuale, per cui il termine di prescrizione è quinquennale. Detto termine decorre dal momento in cui la malattia viene percepita o può essere percepita dalla vittima, sulla base delle diffuse conoscenze scientifiche ed usando la diligenza ordinaria, come danno ingiusto conseguente al comportamento del terzo (cfr. Cass. Sez. Un. nn. 576/580/581/583/584 del 2008; Cass. nn. 11301/11302 del 2011 e Cass. nn. 15391/15453 del 2011). Per momento della 'percezione' deve intendersi il momento in cui viene presentata domanda amministrativa di indennizzo ai sensi della Legge 210/1992, non rilevando l'iter amministrativo della procedura e il suo decorso in termini di tempo. A nulla può valere nel caso di specie, ai fini della 'retrodatazione' del dies a quo quinquennale il fatto che l'illecito configuri un'ipotesi di reato di evento ex art. 590 c.p. e cosippure che la malattia sia intesa come manifestazione di una nuova ed autonoma lesione.

P.M.I.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 23 marzo 2013 - Giudice Unico Albino - G.L. S.r.l. (Avv. Bacigalupo) c. M.C. Fond. (Avv. Maffi) e c. altri.

RESPONSABILITÀ civile - art. 2051 c.c. - onere della prova - nesso causale - irrilevanza della condotta del custode - prova liberatoria.

(Art. 2051 c.c.)

RESPONSABILITÀ civile - art. 2051 c.c. - cosa locata - responsabilità del proprietario - strutture e impianti - sussistenza.

(Artt. 2051 e 2053 c.c.)

RESPONSABILITÀ civile - art. 2051 c.c. - cosa locata - responsabilità del conduttore - accessori e altre parti - sussistenza.

(Art. 2051 c.c.)

RESPONSABILITÀ civile - art. 2051 c.c. - appalto - responsabilità dell'appaltatore - insussistenza - eccezione.

(Art. 2051 c.c.)

SPESE - terzo chiamato in garanzia - in genere a carico del soccombente - eccezione - palese infondatezza della domanda verso il terzo.

(Artt. 91 e 92 c.p.c.)

Nella responsabilità ex art. 2051 c.c. è sufficiente all'attore provare la sussistenza del nesso causale tra la cosa in custodia e il danno arrecato, senza che rilevi al riguardo la condotta attiva o omissiva del custode e l'osservanza o meno di un obbligo di vigilanza (cfr. Cass. n. 8229/10, Cass. n. 12500/1995 e Cass. n. 2681/1995). La responsabilità è esclusa solamente dal caso fortuito, fattore che attiene non già ad un comportamento del responsabile, bensì al profilo casuale dell'evento, riconducibile non alla cosa, che ne è fonte immediata, ma ad un elemento esterno, recante i caratteri dell'imprevedibilità, eccezionalità ed inevitabilità (Cass. n. 8229/10, Cass. n. 28811/08 e Cass. n. 15429/04).

Il proprietario dell'immobile locato, conservando la disponibilità giuridica e quindi la custodia delle strutture murarie e degli impianti in esse conglobati è responsabile ai sensi degli artt. 2051 e 2053 c.c. dei danni arrecati a terzi da tali strutture e impianti; grava, invece, sul solo conduttore la responsabilità ai sensi dell'art. 2051 c.c. per i danni arrecati a terzi dagli accessori e dalle altre parti del bene locato, di cui il predetto acquista la disponibilità materiale, con facoltà ed obbligo di intervenire onde evitare pregiudizi ad altri (cfr. Cass. n. 13881/10, Cass. n. 14745/07 e Cass. Sez. Un. 11.11. 1991 n. 12019).

Nel caso di appalto che non implichi il totale trasferimento all'appaltatore del potere di fatto sull'immobile nel quale deve essere eseguita l'opera appaltata non viene meno per il committente e detentore del bene il dovere di custodia e di vigilanza e, con esso, la conseguente responsabilità ex art. 2051 c.c. (cfr. Cass. n. 15734/11).

Le spese sostenute dal terzo chiamato in garanzia una volta che sia stata rigettata la domanda principale, vanno poste a carico della parte che, rimasta soccombente, abbia provocato e giustificato la chiamata in garanzia (cfr. Cass. 23552/11 e Cass. 12301/05). Tuttavia la palese infondatezza della domanda di garanzia proposta dal convenuto contro il terzo chiamato comporta l'applicazione del principio della soccombenza nel rapporto processuale instaurato tra convenuto e terzo chiamato, anche quando l'attore principale sia a sua volta soccombente nei confronti del convenuto (cfr. Cass. n. 7431/12).

NIC.BO.

Tribunale di Savona, 17 ottobre 2013 - Giudice Unico Princiotta - M.F. (Avv. Galletti) c. I. (contumace).

RESPONSABILITÀ civile - Proprietario di animali - presunzione di responsabilità di responsabilità ex art. 2052 c.c. - conseguenze - prova liberatoria - caso fortuito - onere probatorio proprietario.

La responsabilità ex art. 2052 c.c. per danno cagionato da animali si fonda non su un comportamento o un'attività del proprietario ma su una relazione (di proprietà o di uso) intercorrente tra questi e l'animale individuando l'unico limite della responsabilità nel caso fortuito.

La rilevanza del caso fortuito deve essere apprezzata sotto il profilo causale riconducendo il danno concretamente verificatosi non all'animale ma ad un elemento esterno, per cui spetta all'attore provare l'esistenza del rapporto eziologico tra animale e l'evento lesivo, mentre al convenuto, compete la prova dell'esistenza di un fattore estraneo alla sua sfera soggettiva, idoneo ad interrompere quel nesso causale, liberandosi così della responsabilità dell'evento.

CLIP.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 27 giugno 2013, n. 2303 - Pres. Costanzo - Rel. Braccialini - T. S.p.a. (Avv.to Curri) c. C (Avv. Muscolo).

SOCIETÀ a responsabilità limitata - falsi dati di bilancio - affidamento della società creditrice - risarcimento del danno extracontrattuale- responsabilità degli amministratori - sussiste.

(Art. 2476, 6° comma, c.c.; Art. 2043 c.c.)

Gli amministratori di una società a responsabilità limitata, in quanto garanti della veridicità dei dati di bilancio resi noti con la pubblicità legale, sono solidalmente responsabili del danno immediato e diretto cagionato ad una società creditrice, nella prospettiva di cui al co. 6° dell'art. 2476 c.c.

Ulteriori addebiti di responsabilità derivano dalla generica dimi-

nuzione della garanzia patrimoniale, da cui consegue la risarcibilità, ex art. 2043 c.c., di tutti i danni che, pur non avendo immediata incidenza sul patrimonio del creditore, influiscano indirettamente su quello della società debitrice.

(Nella fattispecie, si è ravvisata in capo alla Srl un comportamento negligente di particolare spessore, consistito nella prolungata cessione a credito di merce ad una società insolvente, negligenza che si era riflessa sulla solidità patrimoniale e reddituale del patrimonio della stessa Srl, con conseguente danno per la società creditrice).

SO.C.

Tribunale di Savona, sez. lav., 16 maggio 2013, Giudice Unico Panico.

SPORT - contratto di lavoro sportivo dilettantistico - clausola compromissoria - giurisdizione civile - sussistenza.

La clausola compromissoria che vincola i tesserati e gli affiliati dell'ordinamento sportivo a non devolvere al di fuori di esso le relative controversie deve, in ambito lavoristico, essere giudicata alla stregua dell'art. 5 comma 1 l. n. 533/1973, in forza della quale la previsione arbitraria non può precludere all'interessato la facoltà di agire avanti il giudice del lavoro.

ST.FR.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 2 maggio 2013, Giudice Unico Casanova.

SPORT - contratto in genere - mandato - forma - rispetto principi ordinamento sportivo - sussistenza.

Il rapporto tra calciatore professionista e agente iscritto all'Albo degli Agenti dei Calciatori è regolato dalle normative dell'ordinamento sportivo con la conseguente applicabilità integrale di detto ordinamento ai relativi rapporti contrattuali, pertanto, un contratto inefficace nell'ordinamento sportivo sarà privo di conseguenze giuridiche nell'ordinamento statale.

EL.BR.

Tribunale per i Minorenni di Genova, 30 agosto 2012, Giudice Cavatorta.

SPORT - manifestazioni sportive - violenza stadi - elemento soggettivo - sussistenza reato - principio offensività.

Le immagini attestanti il mero transito da un settore ad un altro dello stadio non sono da sole sufficienti ad addebitare la fattispecie di cui all'art. 6 bis c. 2 l. n. 401/1989 poiché, pur essendo un reato di mera condotta, che concentra il disvalore del fatto nel superamento indebito della separazione dell'impianto, la disposizione deve comunque essere letta ed interpretata alla luce del principio di offensività e, pertanto, occorre attribuire rilevanza penale unicamente alle condotte idonee a ledere o mettere in pericolo il bene giuridico protetto. La carenza di offensività comporta, dunque, unicamente la violazione di un mero divieto di obbedienza punita con sanzione amministrativa.

ST.FR.

Documenti

Il contratto di assicurazione e gli incidenti sciistici

Ugo Carassale

Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. *Premessa.* - 2. *Il contratto di assicurazione.* - 3. *Il risarcimento del danno.* - 4. *Il rischio.* - 5. *La responsabilità.* 4.1. *Polizza infortuni obbligatoria.* - 5.1.1. *Obbligo di assicurazione contro gli infortuni per conto di terzi.* - 5.1.2. *Obbligo di stipulare una assicurazione della responsabilità civile.* - 5.1.3. *La normativa francese.* - 5.1.4. *La normativa slovena.* - 6. *La normativa italiana in tema di obbligo assicurativo per i gestori degli impianti sciistici.* - 6.1. *Gli incidenti sciistici.* - 6.2. *La posizione del mondo assicurativo.* - 6.2.1. *I prodotti assicurativi.*

1. Premessa.

Il filo conduttore di questa giornata di studi è sostanzialmente la riparazione di un danno, ovvero la percezione di un indennizzo che tenta di trovare la propria provvista nel capitale assicurativo, anche nello specifico settore della responsabilità per i "rischi della montagna".

Forniti brevi cenni introduttivi sul contratto di assicurazione, secondo lo schema dettato dal codice civile, conducendo una analisi parallela con similari aree responsabilistiche sotto il profilo dell'imputazione della responsabilità, come ad esempio quella medica, si cercherà da un lato, di analizzare le cause e le ragioni che hanno condotto, negli ultimi vent'anni, ad aumento esponenziale dei danni e dei costi risarcitori; dall'altro ad individuare la risposta del mondo assicurativo innanzi a rischi, cioè a quell'elemento fondamentale del contratto di assicurazione, sempre più gravosi.

2. Il contratto di assicurazione.

Il "danno" è uno dei due punti focali dell'assicurazione. Non può essere considerato quello fondamentale solo perché risulta assai difficile, per la eterogeneità delle posizioni, un bilanciamento tra l'assicurazione danni e l'assicurazione sulla vita, entrambe racchiuse - in una visione unitaria da tempo sottoposta a critica - nella definizione del contratto data dall'art. 1882 c.c..

Nell'aspetto "di danno" (assicurazione danni) l'assicuratore, verso il pagamento di un premio, si obbliga a rivalere l'assicurato del danno prodotto da un sinistro, entro i limiti degli accordi pattuiti.

Nell'ottica "sulla vita" (assicurazione vita), che oggi non è oggetto di trattazione, l'assicuratore si obbliga - sempre a fronte del versamento del premio - al pagamento di un capitale o di una rendita, al verificarsi di un evento attinente alla vita umana.

In termini di valori economici e di rilevanza sociale può, peraltro, essere ragionevolmente riconosciuta una larga prevalenza dell'aspetto di danno, essendo indubitabile ed indiscussa l'influenza che l'assicurazione danni ha esercitato ed esercita nel consorzio sociale, quale strumento sia di tutela della collettività, sia di liberazione del soggetto leso da uno stato di bisogno, sia quale indice di scelte valutative ed in-

terpretative, sia di obbligatoria conservazione del proprio patrimonio nel contestuale presidio di generali valori. Ecco perché il contratto di assicurazione, la cui conoscenza è ormai di generale dominio, diventa il sostegno sostanziale della richiesta che cresce, nell'alveo di una concezione indennitaria. L'assicurazione della responsabilità civile rappresenta oggi il momento di più stretto contatto tra il danno, l'area del danno risarcibile ed il "mondo assicurativo": rapporto di danno e rapporto assicurativo sono, di conseguenza, strettamente legati e reciprocamente condizionati.

Lo sviluppo dei traffici, dei mezzi di locomozione, dei contatti sociali, del raffinamento delle arti e dei mestieri, da un lato, e dei mezzi di diffusione delle idee, dall'altro, hanno con pari energia aumentato le ipotesi dei danni reclamabili e l'area del danno risarcibile, nonché il numero delle controversie; qualunque operatore è un potenziale soggetto passivo di una azione risarcitoria, salvo qualche residuale ipotesi di chi gode ancora di antichi privilegi, non sempre giustificati: categorie, un tempo ritenute intoccabili, sono quotidiano bersaglio di azioni giudiziarie, spesso benevolmente valutate e raramente gravate da oneri di spese processuali nell'ipotesi della soccombenza.

Dall'isolata azione risarcitoria contro un professionista, nella pratica quotidiana si è passati all'azione contro qualsiasi operatore (notai, ingegneri, commercialisti, amministratori di Società, Sindaci, consulenti del lavoro, sono - oltre ai medici ed all'appaltatore - i produttori principali di controversie risarcitorie per responsabilità civile e professionale), ed anche contro pubblici dipendenti e pubblici amministratori. Contro questi ultimi soggetti, la rivalsa esercitata dal Procuratore della Repubblica presso la Corte dei Conti, distrettuale, risulta una evenienza che sta diventando quotidiana.

Non è questa la sede per valutare perché simili azioni non possano prendere incondizionata generalità, forse per esigenze di fatto, ad esempio: scarsità di mezzi economici del dipendente che reca un danno al datore di lavoro; o per ragioni di diritto, si pensi alla surroga dello Stato nella responsabilità degli insegnanti della scuola elementare, per tacer d'altro. È però la sede per ricordare come l'estensione del numero dei danni e dell'area del danno ha necessariamente inciso nel mercato assicurativo della responsabilità con la conclusione e la divulgazione di sempre nuovi prodotti, cioè di tipologie di polizze assicurative, che pedissequamente seguono l'individuazione, reale o presunta tale, di una nuova area di scopertura, talvolta così evanescente da essere soltanto terminologica. Del resto, anche il mondo imprenditoriale ha offerto notevole incremento nel settore della responsabilità civile e l'assicurazione dei vari rischi di impresa apporta quotidianamente nuovi contributi quali la r.c. per prodotti difettosi; la r.c. operai; la r.c. per danni da inquinamento; per ricordare i più ricorrenti, sia per il numero dei sinistri, sia per la potenziale *magnitudo* del danno.

In conseguenza di tutto ciò, l'istituto dell'assicurazione della responsabilità civile, conosciuto nel codice di commercio del 1882 soltanto come appendice accessoria della copertura del conduttore-inquilino, che si assicurava contro l'incendio, ha acquisito valenza fondamentale nella quotidianità delle professioni, dei mestieri, dei rischi di impresa, per tacere dei ri-

schi obbligatoriamente assicurati, ed è sempre più rara l'ipotesi che un privato operatore eserciti arte o mestieri senza una adeguata copertura assicurativa.

Gli antichi pregiudizi che precludevano l'assicurabilità della propria colpa, lieve o grave che fosse, inizialmente superati con le ipotesi di responsabilità presunta, che consentivano comunque la copertura, sono oggi decisamente abbandonati e l'assicurazione della propria responsabilità per un fatto colposo, lieve o grave, produttivo di un danno, è pratica ricorrente. L'evoluzione del sistema e del mercato assicurativo è stata, tuttavia, non favorevolmente condizionata dalle scelte giurisdizionali che, come esamineremo, turbano e non poco il settore, anche se possono avere una loro logica, purché sia sempre certo che la responsabilità civile non è equivalente al diritto assicurativo, come talora si presume.

Nell'ambito della responsabilità civile mai come in questo momento storico le decisioni della giurisprudenza sono state influenzate da ragioni di politica interpretativa, piuttosto che dalla ratio del sistema. Peraltro, esistono nel firmamento giuridico principi che *prima facie* appaiono assoluti ed incontrovertibili.

Se dovessimo rispondere istintivamente, saremmo pronti a garantire che è un principio certo la separazione dei poteri, ed in questa anche la funzione esclusivamente giurisdizionale del Giudice; il potere soltanto amministrativo del Governo. Tuttavia, se si scava nel sistema, si percepisce che spesso così non è. Tralasciando quello che fa il Governo, la giurisprudenza non solo interviene allorché "la vacanza" del potere legislativo giustifica una attività "di supplenza"; ma spesso perché ritiene di non poter più condividere alcune scelte del potere legislativo a volte anche risalenti, non aggiornate ovvero lacunose. Crea, quindi, nuovi modelli; ricalibra determinati principi giuridici; dà corpo a nuovi istituti. Compie variegata scelte interpretative solo in funzione di quelli che sembrano, o possono sembrare al momento, interessi meritevoli di tutela. Vengono, quindi, colte opportune occasioni per enunciare nuovi principi.

Completando un percorso intrapreso da tempo, la Cassazione con la decisione SS.UU. n. 13533/2001, muovendo da un contrasto non tra difformi orientamenti interpretativi, ma tra "massime" giurisprudenziali in conflitto circa la distribuzione dell'onere probatorio in tema di risoluzione ed in tema di adempimento, ha colto l'intuizione di addossare detto onere in via generale impiegando la regola della vicinanza della prova: a volte strumentalizzandolo oltre misura, come fosse cosa insormontabile, ad esempio nella materia sanitaria, procurarsi una cartella clinica; altre volte ritenendo che sia di scarsa tutela per uno dei contendenti il principio di diritto dell'enunciato normativo, di cui capovolge i principi, diventandone quindi il nuovo legislatore.

L'attività sopra descritta e che potremmo definire di "ingegneria giuridica", trova un suo fondamentale e sostanziale riferimento nella decisione della Corte di Cassazione a Sezioni Unite 30 ottobre 2001, n. 13533 la quale, pronunciandosi in tema di inadempimento, ha concretizzato il canone per cui a carico del debitore convenuto vige l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento dell'obbligazione, mentre per il creditore esiste il solo obbligo di allegare - non di provare - l'inesattezza dell'adempimento. Ulteriori opere di "ingegneria giuridica" si avvertono anche in tema di prescrizione del credito, ben evidenziate nel pacchetto di sentenze delle SS.UU. dello scorso gennaio 2008, che ha già dato i suoi frutti con l'arresto della decisione 18 novembre 2008, n. 27337, la quale, ribaltando l'orientamento precedente (Cass.

SS.UU. n. 5121/2002) fa decorrere il termine prescrizione dal momento in cui il soggetto danneggiato abbia avuto o avrebbe dovuto avere, usando l'ordinaria diligenza, sufficiente conoscenza della rapportabilità causale del danno lamentato. Si ricorda ancora la decisione 16 ottobre 2007, n. 2007 con la quale, distaccandosi drasticamente dall'orientamento delle Sezioni Unite Penali, in tema di nesso nella causalità omissiva impropria, la Cassazione ha affermato che (solo) il processo penale deve operare in funzione della tutela dell'imputato (caso Franzese), mentre il giudizio civile deve attestarsi al principio del "più probabile che non" in funzione della tutela del danneggiato. Tale sentenza sembra una sintesi del pensiero di P. Trimarchi e di S. Rodotà, e candidamente confessa che i Supremi Magistrati intendono compiere un lavoro costruttivo con un arresto valutativo ad una soglia meno elevata di certezza processuale.

Non può, quindi, stupire che, nel sistema generale, i principi giuridici che ci sembravano garantirci, e che abbiamo faticosamente percepito, siano diventati sempre meno fermi e meno rigorosi di come li ricordavamo, o di come li abbiamo studiati da giovani. Conseguenza, quindi, che lo studioso e l'operatore pratico che esaminano il divenire delle regole del merito e delle forme processuali hanno modo di constatare che il Legislatore non sempre è presente nelle scelte di fondo sostanziali; raramente è tempestivo nel disciplinare le regole del rito.

L'intervento della giurisprudenza, quale diritto vivente, nel divenire del tempo modella la regola al caso, nell'intendimento di offrire una tutela al soggetto che ritiene meritevole. In tali operazioni, un sentimento "simpatetico" vale a dire di compartecipazione (soffrire assieme) già studiato da Bagnoli nella morale e nel diritto negli anni 50/60 dello scorso secolo si manifesta evidente.

La giurisprudenza crea, quindi, nuovi principi, un tempo neppure immaginabili, ribalta regole di diritto che - rovesciando oneri probatori - individuano in anticipo chi sia, o chi debba essere, il soggetto soccombente: l'onere probatorio è, infatti, notoriamente un rischio ed il soggetto gravato è, spesso e pedissequamente, il soggetto soccombente, o potenzialmente soccombente. Infatti, "onere probatorio" è significativo di rischio processuale. Vale a dire che il soggetto gravato dall'onere probatorio è il soggetto gravato dal pericolo di perdere la controversia, se non adempie all'onere. L'onere, e la prova, sono nel loro insieme astratti concetti, neutri per l'ordinamento, ma solo in una valutazione "pura" del diritto. Infatti, le regole generali, sempre in astratto, affermano che il soggetto che richiede deve dimostrare i fatti che pone a fondamento della propria pretesa.

Questo atteggiamento che ha recepito l'esegesi sociale della più autorevole dottrina (Trimarchi, Rodotà, Monateri, Castronuovo) ha inevitabilmente inciso sui costi risarcitori e, di conseguenza sui prodotti e sui modelli assicurativi cosicché, in considerazione della giornata odierna, il confronto di oggi con i rappresentanti delle Imprese Assicuratrici si presenta particolarmente vivace ed interessante.

3. Il risarcimento del danno.

L'interesse dell'assicurato al risarcimento del danno in suo favore, ovvero in favore del soggetto leso nelle assicurazioni obbligatorie della responsabilità civile, con implicita tutela del patrimonio, è elemento imprescindibile dell'assicurazione danni: l'art. 1904 c.c. dispone, infatti, la nullità del contratto di assicurazione contro i danni qualora, al momento in cui il contratto deve avere efficacia, l'assicurato non abbia un interesse al risarcimento.

Interesse e danno assumono, tuttavia, aspetti diversi a seconda dell'oggetto della copertura garantita, che può influenzare anche i limiti della prestazione dell'assicuratore, che non sempre conserva la propria originaria natura indennitaria, tipica delle assicurazioni di cose, o di patrimonio, non sempre presente nelle assicurazioni di persone, ad esempio: contro gli infortuni, tradizionalmente correlate ai patti di polizza, piuttosto che alla reale entità del danno subito, che pertanto, quantomeno in via teorica, può essere maggiore o anche minore rispetto ai comuni criteri di valutazione.

Il timore del verificarsi di un danno, e quindi la possibilità che un evento futuro ed incerto, il c.d. rischio, cioè elemento fondamentale del contratto di assicurazione, possa provocarlo; o il danneggiamento di una cosa; ovvero una incidenza negativa sul patrimonio o sulla persona, supportano, di conseguenza, l'interesse alla stipulazione del contratto di assicurazione. Con la diffusione dei traffici e delle relazioni sociali ed economiche sono correlativamente aumentate le occasioni di produzione di un danno e con queste l'esigenza di una copertura assicurativa contro il rischio del danno, recato o subito. Le leggi del mercato hanno, quindi, indirizzato le Società a forme di assicurazione (danni) sempre più diffuse ed estese.

La possibilità, data all'imprenditore, di poter trasferire i costi del premio corrisposto all'assicuratore caricandolo sul prodotto della propria attività imprenditrice, e la conseguente polverizzazione dei costi, in una con il principio della sopportazione del rischio, che ha trovato larga risonanza in dottrina ed in giurisprudenza, hanno di fatto privilegiato l'assicurazione della responsabilità civile, stipulata dal potenziale responsabile, rispetto ad una assicurazione diretta, stipulata dal proprietario del bene.

Il legislatore, poi, è intervenuto in larghi settori della attività imprenditoriale e sociale imponendo l'obbligo di concludere contratti di assicurazioni con lo scopo di tutelare le vittime di incidenti provocati da attività con altro grado di rischio di provocare danni. La pratica giudiziaria quotidiana, con il fervore degli studi scientifici e - sia concesso - una sempre più diffusa corsa al risarcimento, hanno ampliato e continuano ad ampliare, l'area del danno e dei danni risarcibili. Nel dubbio interpretativo e di alternativa tra possibili responsabili la certezza dell'esistenza di una copertura assicurativa fa spesso propendere la scelta in favore del danneggiato, con conseguenti oneri per l'assicuratore, tanto che spesso si ha l'impressione che abbia corpo ed applicazione l'antico principio, solo in teoria superato, "*assurance oblige*": risponda chi è assicurato!

Sicché, pare che danno ed assicurazione si condizionino e si influenzino reciprocamente: l'esistenza della copertura assicurativa tende a provocare la dilatazione del danno e dei danni risarcibili, i quali necessariamente inducono a nuove coperture, con equilibri sempre nuovi. Peraltro, il danno non sempre è correlabile al fatto illecito. Tale aspetto, con l'inadempimento colposo, è certamente tipico dell'ipotesi di assicurazione (danni) della responsabilità civile (art. 1917 c.c.) in forza della quale l'assicuratore tutela il patrimonio dell'assicurato dal pregiudizio derivante da un danno da questi provocato ad un terzo, in conseguenza della responsabilità dedotta in contratto.

La correlazione tra danno e fatto illecito e inadempimento colposo, secondo l'ottica della responsabilità civile, è, pertanto, una valutazione dell'attività dell'uomo e della sua relazione causale con il pregiudizio recato ad un terzo. Per contro, il danno in senso assicurativo può prescindere dall'attività dell'uomo ed essere ricondotto anche a fatti ed

eventi non necessariamente umani, ma valutati in senso naturalistico. Ed ha specifica valenza, e particolare disciplina, anche il danno correlato all'attività umana che prescinda da ogni individuazione e qualificazione di responsabilità: i danni diretti alla cosa per eventi naturali o accidentali; l'assicurazione del rischio infortuni, ne sono un chiaro esempio. Pur nella eterogeneità della situazione, il diritto positivo ha previsto norme spesso coincidenti.

4. Il rischio.

Unitamente al danno e all'interesse, il rischio è ritenuto elemento fondamentale o presupposto del contratto di assicurazione.

L'univoco orientamento giurisprudenziale si è affermato nel senso che non può sussistere un valido contratto di assicurazione senza l'effettiva esistenza di un rischio, pur non potendosi questo qualificare come oggetto del contratto: configura, infatti, un elemento essenziale che, non sussistendo all'inizio o venendo successivamente a mancare, determina la nullità o la risoluzione del contratto, senza necessità della manifestazione di volontà in tal senso, *ex artt.* 1895 - 1896 c.c. (cfr. Cass., 30 ottobre 1958, n. 3564; Cass., 13 giugno 1963, n. 1470; Cass., 3 luglio 1991, n. 7300; Cass., 21 Maggio 1998, n. 5080), ma con onere di darne comunicazione all'assicuratore.

Il rischio viene comunemente inteso, sia pure con una certa approssimazione, come la possibilità di un evento futuro ed incerto, il quale, secondo lo schema delineato dall'art. 1882 c.c., influisce negativamente sull'assicurato e di conseguenza pregiudica un suo interesse (nell'assicurazione danni: il richiamo e l'applicazione dell'art. 1904 sono evidenti); ovvero è relativo ad un evento attinente la vita umana (assicurazione vita). All'evidenza, mentre nell'assicurazione danni l'evento è necessariamente sfavorevole, non altrettanto può affermarsi nell'assicurazione vita, potendo essere anche favorevole, come certamente favorevole è il caso della sopravvivenza che provoca l'erogazione di un capitale o di una rendita a carico dell'assicuratore. Il rischio, quindi, quale evento futuro e incerto, come sopra delineato, a differenza della condizione, non riveste caratteristiche di elemento eventuale o accidentale del contratto, ma costituisce l'essenza stessa del negozio. La delimitazione del rischio, salva l'ipotesi delle assicurazioni obbligatorie, che provoca l'inserimento automatico nel contratto delle regole fissate dalla disciplina legale, è normalmente (o solo formalmente) riservata alla libera autonomia delle parti. Infatti, come da tempo è stato ben chiarito, le parti contraenti, a volte, però, solo in via teorica, conservano la piena libertà, nell'esercizio della loro privata autonomia, di segnare i confini del rischio dedotto nel contratto di assicurazione, di circoscrivere l'estensione, di determinare l'oggetto e di fissarne i limiti. Gli accordi conclusi dalle parti in ordine alla delimitazione del rischio, nella comune interpretazione, precisano l'oggetto del contratto. Di conseguenza, non costituiscono limitazioni della responsabilità: essi delimitano semplicemente l'obbligazione che l'assicuratore assume a fronte del pagamento del premio, vale a dire di quella somma di danaro che rappresenta la controprestazione. Non costituendo una limitazione di responsabilità non è, di conseguenza, necessario approvarli specificamente per iscritto (art. 1341, 2° comma, c.c.). Sul punto l'orientamento della giurisprudenza è ormai consolidato e risalente. Riassuntivamente, pertanto, si può affermare che il contratto di assicurazione realizza il trasferimento da un soggetto (l'assicurato) ad altro soggetto (l'assicuratore) delle conseguenze negative derivanti dall'accadimento di un evento fu-

turo e incerto e l'evento di danni che provoca l'obbligazione risarcitoria, o indennizzo, è usualmente definita "sinistro", felicemente definito anche come "la realizzazione del rischio".

5. La responsabilità.

Astrattamente può essere concepito un sistema assicurativo comportante una generale copertura che preveda il risarcimento del danno senza alcuna indagine sulla responsabilità, e ciò sia per i casi di garanzia diretta (polizza danni a cose, infortuni, e così via), sia per i danni derivanti da responsabilità civile, istituto che ricollega immediatamente l'idea del danno al risarcimento.

Conosciuti sono, infatti, orientamenti propositivi di un sistema *no fault*, in taluni settori.

Non rare sono state anche in Italia le occasioni di riflessione sul punto. Allo stato, tuttavia, la disciplina positiva prevede, come si è accennato, ed è anche in via di espansione, la doppia disciplina della garanzia diretta e della garanzia, nella forma dell'assicurazione della responsabilità civile, disciplinata, nel diritto comune, dall'art. 1917 c.c..

Tale scelta dell'ordinamento, collegata nella sostanza alla autodeterminazione, è rimasta immutata negli anni nonostante i disagi e gli aggravii di oneri e di energie che, inevitabilmente, conseguono alla soluzione, spesso in via giurisdizionale, delle questioni relative alla individuazione del soggetto responsabile, della misura della responsabilità e dell'entità della somma risarcitoria dovuta.

Danno, interesse, rischio, costituiscono, pertanto, le nozioni base del contratto di assicurazione che, come succintamente, ma significativamente, già accennato nella specifica materia interessano particolarmente l'assicurazione danni e, incisivamente, l'assicurazione infortuni e l'assicurazione di responsabilità civile.

La struttura del rapporto è, quindi, ben delineata sul principio del trasferimento del rischio dall'assicurato all'assicuratore obbligato a pagare il danno, in R.C., e l'indennizzo nella polizza infortuni. Pertanto a fronte del pagamento del premio da parte del contraente, l'assicuratore si impegna ad una prestazione in favore dell'assicurato, il quale nella assicurazione di persone, ad esempio, polizza infortuni con capitale "morte", può essere un terzo, detto beneficiario.

Intuitivo, quindi, che la figura del soggetto "contraente" può non coincidere con il soggetto "assicurato", e mai coinciderà con il soggetto "beneficiario", nel senso sopra indicato, anche se l'assicurato può essere il beneficiario di una rendita o di un capitale al raggiungimento di una certa età. Il presente momento storico, in materia assicurativa, è circoscritto dal raggruppamento dell'intero mercato in pochissimi gruppi che sembra che stiano creando un oligopolio con tendenza alla frustrazione della concorrenza e all'uniformità dei prodotti e, conseguentemente, al restringimento delle garanzie offerte.

Il disegno del legislatore sembrerebbe invece di segno contrario. Nulla può eliminare l'incertezza che l'assicurato, soprattutto il lavoratore autonomo vorrebbe sopire garantendo il rischio derivante dall'esercizio della propria attività, a fronte del regolare pagamento di un premio adeguato.

Nell'ottica legislativa, invero, ed anche nella contrattazione collettiva, il principio della autodeterminazione che dovrebbe essere la regola, appare fortemente compresso. Ciò dovrebbe essere esponenziale della tutela del contraente più debole, essendo evidente lo squilibrio delle parti "assicuratore"/ "assicurato".

Tuttavia, la realtà del mercato pare di contrario avviso ed allo sforzo risarcitorio della giurisprudenza, si contrappone una

reazione delle Imprese che agiscono tramite prodotti tutti pressoché omogenei con frustrazione degli intendimenti legislativi. Evidenzieremo successivamente il problema.

Al momento giova ricordare che il principio della autodeterminazione nell'assicurazione della responsabilità civile incontra, tuttavia, notevoli limitazioni. Infatti, nell'ottica di tutelare comunque le vittime di sinistri che si presentano più ricorrenti, l'ordinamento impone (ed il principio viene sempre più utilizzato negli accordi sindacali) l'obbligo assicurativo sia in riferimento a determinate categorie di soggetti, esposti continuativamente ad un determinato rischio (come accade per taluni dipendenti) in favore del quale è prevista la stipulazione di una polizza infortuni per conto terzi: in tale ipotesi il danneggiato acquisisce anche la veste di assicurato; sia in riferimento a determinate attività, notoriamente produttive di danno e potenzialmente lesive del diritto di una collettività indifferenziata.

Specifiche e predeterminate attività non possono di conseguenza essere esercitate se il soggetto, ipoteticamente responsabile, non si è previamente assicurato contro il rischio della responsabilità civile. In tale ipotesi il soggetto assicurato non è il soggetto danneggiato, ma quello responsabile del danno recato, che è colui a carico del quale è imposto l'obbligo di assicurazione.

5.1. Polizza infortuni obbligatoria.

La legge determina di volta in volta quali siano i casi in cui sia obbligatoria la stipulazione di polizza infortuni per conto di terzi; ovvero di copertura della responsabilità civile.

Senza alcuna presunzione di completezza, possono così delinearsi, rimanendo nell'ambito delle assicurazioni private le seguenti più ricorrenti ipotesi in cui il legislatore stabilisce che un soggetto deve essere obbligatoriamente assicurato.

5.1.1. Obbligo di assicurazione contro gli infortuni per conto di terzi.

1. Assicurazione obbligatoria stipulata dall'esercente dell'aeromobile per conto del personale navigante, e dall'esercente di linee aeree regolari per conto dei passeggeri: art. 935, 941 ss. C. nav..

2. Assicurazione obbligatoria per gli infortuni dei dipendenti degli enti ospedalieri: art. 30 d.p.r. 27 marzo 1969, n. 130.

3. Assicurazione obbligatoria contro gli infortuni degli aderenti ed organizzazione di volontariato: artt. 4 - 7, legge 11 agosto 1991, n. 266.

4. Assicurazione contro il rischio della morte e contro gli infortuni a favore degli sportivi professionisti: art. 8, legge 23 marzo 1981, n. 91.

5.1.2. Obbligo di stipulare una assicurazione della responsabilità civile.

1. Assicurazione obbligatoria per danni a terzi sulla superficie: artt. 798, 1010 ss. C.nav.

2. Assicurazione obbligatoria per la circolazione di veicoli a motore e dei natanti: legge 24 dicembre 1969, n. 990, con tutte le numerose coperture dalla medesima prevista.

3. Assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile per l'impiego di energia nucleare, per il rischio atomico: artt. 21, 22 legge 31 dicembre 1962, n. 1860.

4. Assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile per danni provocati da fuoriuscita di idrocarburi trasportati via mare: Conv. Bruxelles 19 novembre 1969; legge 6 aprile 1977, n. 185; d.p.r. 27 maggio 1978, n. 504.

5. Assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile per

le imprese distributrici di gas, petrolio, liquefatti in bombole, per conto proprio e per conto di utenti: art. 5, legge 2 febbraio 1973, n. 7.

6. Assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile per la caccia: art. 12, legge 11 febbraio 1992, n. 157.

7. Assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile per conto proprio e del personale dipendente stipulata dalla amministrazione ospedaliera: art. 29, d.p.r. 27 marzo 1969, n. 130.

8. Assicurazione obbligatoria per danni a consumatori derivanti dai prodotti venduti per corrispondenza su catalogo o a domicilio: art. 36, legge 11 giugno 1971, n. 426.

9. Riassicurazione presso l'INA di quota parte dei rischi assunti dall'assicuratore nel ramo vita: art. 23 T.U. ass. priv..

10. Assicurazione della responsabilità civile del *broker*: art. 4, legge 28 novembre 1984, n. 792.

11. Assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile per la circolazione di veicoli oggetto di privilegio per il creditore privilegiato: art. 2, r.d. 15 marzo 1927, n. 436.

12. Assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile per i danni per le merci date in pegno alla banca: art. 1847 c.c..

13. Assicurazione obbligatoria dell'organizzatore e del venditore di pacchetti di viaggi, vacanze e circuiti tutto compreso: art. 20 d.lgs. 17 marzo 1995, n. 111.

14. Assicurazione obbligatoria per danni a terzi di apparecchi utilizzati per volo da diporto e sportivo: artt. 1 - 2, legge 25 marzo 1985, n. 106.

15. Assicurazione obbligatoria di trasporto (di merci mediante autoveicoli): artt. 13 legge 6 giugno 1974, n. 298.

16) Assicurazione dell'attività sciatorie svolta nella Regione Piemonte; L.R. Piemonte 26 gennaio, 2009, n. 2.

Pur nell'ambito dei modesti cenni che possono essere congrui all'occasione, proprio nell'intendimento di puntualizzare le incertezze e l'incompletezza del sistema, deve essere rimarcato come nella legge italiana soltanto in due ipotesi è stata raggiunta una sufficiente normativa ed una adeguata tutela del consumatore, o più in generale dell'utenza: a) nella RC in materia di circolazione di autoveicoli e natanti; b) in materia di attività venatoria e caccia, nell'ambito della quale la normativa è modellata in riferimento alla RC Auto.

Lo strumento legislativo utilizzato in cotale ipotesi consiste principalmente:

- nella obbligatorietà dell'assicurazione in generale;
- nella copertura di ogni soggetto comunque danneggiato, escluso il conducente del veicolo (nell'RCA);
- nella fissazione di massimali minimi obbligatori inderogabili;
- nell'obbligo delle imprese a contrarre;
- nella possibilità di azione diretta contro l'assicuratore;
- nella impossibilità di sollevare al danneggiato eccezioni di natura contrattuale entro il massimale di polizza;
- la costituzione di un fondo vittime (della strada), obbligato ad intervenire (tramite l'impresa designata) nelle ipotesi di liquidazione coatta dell'impresa di assicurazioni; di danni recati da veicoli sconosciuti; di veicoli non assicurati; di veicoli sottratti al proprietario e che circolano contro la di lui volontà. Soltanto cotale condizioni rendono effettiva la tutela del soggetto danneggiato nell'ipotesi di responsabilità civile. Ovviamente, le ipotesi di "infortunio" privato possono non meritare una così accertata tutela, poiché la scelta dell'impresa è riservata alla libera contrattazione e nulla impedisce a chi vuol assicurarsi al meglio contro gli infortuni di essere più attento e più diligente. Del resto, nelle regole, più si paga, meglio ci si assicura.

Nelle altre ipotesi e certamente nella ipotesi di responsabilità civile non pare che la tutela offerta dall'ordinamento sia adeguata e sufficiente, anche se astrattamente viene previsto un obbligo assicurativo.

Nonostante talvolta su organi di stampa appaia qualche notizia di dubbia valenza in ordine alla pericolosità del settore (il Corriere della Sera del 19/2/2013 ha incautamente fatto un bilanciamento con gli infortuni domestici, che sarebbero più numerosi; dimenticando a quanto ammonti la popolazione mondiale ed il numero di giornate in riferimento che sempre è di 365 all'anno, e non talune soltanto) è certo che negli ultimi anni l'attività sciistica è divenuta sempre più pericolosa, vuoi anche per l'imprudenza delle persone che praticano questo sport, vuoi anche per l'affollamento che si registra sulle piste, vuoi per l'assenza di adeguati sistemi e attrezzature di sicurezza. Le piste da sci sono quindi teatro di numerosi incidenti, spesso con conseguenze particolarmente gravi.

In una situazione che vede coinvolti più soggetti, non facilmente controllabili nella loro attività sciistica, e in un contesto naturale non sempre amico per la sua morfologia, quale quello della montagna, si pone il problema di individuare il soggetto chiamato a rispondere per i (probabili) incidenti e i meccanismi più idonei per prevenirli, o nel caso, farvi fronte.

L'evoluzione degli sport invernali si traduce in una crescente esigenza di sicurezza ed è in tale contesto che si inserisce la legge nazionale 24 dicembre 2003, n. 363: "Norme in materia di sicurezza nella pratica degli sport invernali da discesa e da fondo".

Rilevanti per il tema che qui interessa sono:

- articolo 1. Finalità e ambito di applicazione: "La presente legge detta norme in materia di sicurezza nella pratica non agonistica degli sport invernali da discesa e da fondo, compresi i principi fondamentali per la gestione in sicurezza delle aree sciabili, favorendo lo sviluppo delle attività economiche nelle località montane, nel quadro di una crescente attenzione per la tutela dell'ambiente";

- articolo 3. Obblighi dei gestori;

- articolo 4, comma 1. Responsabilità civile dei gestori: "I gestori delle aree sciabili attrezzate, con esclusione delle aree dedicate allo sci di fondo, sono civilmente responsabili della regolarità e della sicurezza dell'esercizio delle piste e non possono consentirne l'apertura al pubblico senza avere previamente stipulato apposito contratto di assicurazione ai fini della responsabilità civile per danni derivabili agli utenti e ai terzi per fatti derivanti da responsabilità del gestore in relazione all'uso di dette aree";

- articolo 17. Sci fuori pista e sci-alpinismo: "Il concessionario e il gestore degli impianti di risalita non sono responsabili degli incidenti che possono verificarsi nei percorsi fuori pista serviti dagli impianti medesimi. I soggetti che praticano lo sci-alpinismo devono munirsi, laddove, per le condizioni climatiche e della neve, sussistano evidenti rischi di valanghe, di appositi sistemi elettronici per garantire un idoneo intervento di soccorso";

- articolo 18, comma 1. Ulteriori prescrizioni per la sicurezza e sanzioni: "Le Regioni e i Comuni possono adottare ulteriori prescrizioni per garantire la sicurezza e il migliore utilizzo delle piste e degli impianti".

Dalla lettera della normativa non emerge alcun riferimento esplicito allo strumento dell'assicurazione R.C. per gli utenti delle piste, ma non si esclude tale possibilità permettendo a Regioni e Comuni di dotarsi di normative più severe.

Certo è che sarebbe opportuna un'armonizzazione a livello

nazionale, per evitare di creare disequilibri tra Regioni e per mandare un messaggio univoco in nome della sicurezza e del comportamento prudente sulle piste sciistiche; così come sarebbe opportuna un'armonizzazione delle disposizioni a livello europeo, come oggi è di moda parlare.

5.1.3. La normativa francese.

A titolo comparativo, e per amor di completezza, si richiamano una normativa francese (1) e una slovena (2):

Nell'ordinamento francese l'assicurazione di responsabilità civile che garantisce i danni causati ad altri è, per principio, facoltativa, e non è obbligatoria né per l'utilizzatore delle piste, né per gli sciatori fuor pista.

Tuttavia, testi specifici la rendono obbligatoria: si segnala la legge del 5 luglio 1985 nella quale la copertura assicurativa è obbligatoria per ogni persona la cui responsabilità civile può essere impegnata, a causa dei danni subiti da terzi, risultanti da pregiudizi a persone o beni, nella realizzazione dei quali è coinvolto un veicolo terrestre motorizzato (si pensi al c.d. "gatto delle nevi"). E ancora la legge del 16 luglio 1984, modificata il 6 luglio 2000, la quale rende l'assicurazione di responsabilità civile obbligatoria per gruppi sportivi, i gestori di stabilimenti di attività fisica e sportiva, e gli organizzatori di eventi sportivi; prevede, altresì, che i gestori di impianti di risalita, diversi da quelli statali, devono sottoscrivere un'assicurazione di responsabilità civile. Tale assicurazione deve garantire la riparazione, sia per gli utilizzatori degli impianti che per ogni altra persona, dei danni corporei o materiali risultanti da incidenti, incendi o esplosioni causati dagli impianti, dalla caduta delle persone, materiali, accessori, prodotti, oggetti o sostanze. Per i maestri di sci e le guide che esercitano la propria attività in forma liberale, non esiste una legge specifica che obblighi direttamente a stipulare un'assicurazione di responsabilità civile per i danni causati ad altri (nella pratica, la responsabilità civile professionale dei maestri di sci e delle guide è coperta da un'assicurazione di gruppo).

5.1.4. La normativa slovena.

Nell'ordinamento sloveno si fa un passo ulteriore e si prospetta una responsabilità di tipo penale: la legge di riferimento è la Legge sulla Sicurezza delle Aree Sciabili Protette n. 110/2002.

Nella "delinquenza" sciistica il maggior numero di reati è di natura colposa e le sentenze comminano per lo più pene pecuniarie, oppure detentive con la condanna condizionale. La responsabilità penale non esclude quella civile e viceversa. Con particolare riferimento allo sciatore, questo è responsabile di reato penale, per mancato rispetto delle disposizioni dell'articolo 24, in caso che l'incidente abbia provocato la morte, oppure lesioni alla persona o danni rilevanti a cose. I più frequenti motivi di reati penali commessi dallo sciatore sono: - la velocità non adeguata alla propria abilità sciistica, allo stato del terreno, e non conforme alle condizioni meteorologiche ed all'affollamento della pista; - la mancata scelta della propria direzione di discesa in modo da non mettere in pericolo gli altri utenti della pista; - il sorpasso non corretto, senza distanza di sicurezza...

Il gestore delle aree sciabili protette e degli impianti di risalita e il loro personale di servizio possono essere chiamati a rispondere per i seguenti reati: provocare pericolo generale (articolo 317 c.p. sloveno): omissione di atti necessari per l'allontanamento di un pericolo (articolo 323 c.p. sloveno), mettere a repentaglio il traffico pubblico su mezzi di trasporto particolari (articolo 326 c.p. sloveno).

La responsabilità penale non si limita solamente alle aree

sciabili protette, ove esiste un'organizzazione di soccorso e di accertamento della causa dell'incidente. Secondo la teoria sciistica slovena anche gli sciatori in questi campi da sci improvvisati devono comportarsi secondo le regole prescritte; ciò vuol dire che in caso di mancato rispetto di dette regole si profila una responsabilità in caso di incidente. Di particolare interesse è l'articolo 28 di suddetta legge che prevede, come provvedimento preventivo e cautelare (e non come sanzione penale), il ritiro della tessera per accedere agli impianti sportivi: tali misure ben potrebbero essere inserite anche nel nostro apparato normativo, fungendo, senza ombra di dubbio, come efficace deterrente e stimolo ad un comportamento più prudente rispettoso.

6. La normativa italiana in tema di obbligo assicurativo per i gestori degli impianti sciistici.

Tornando ad occuparci del nostro Paese non si può non richiamare, ancora una volta, la legge regionale n. 2 del 26 gennaio 2009 della Regione Piemonte, espressione della possibilità data a Regioni e Comuni dall'articolo 18, comma 1, della legge 363/2003.

L'articolo 18, lett. I di tale legge prevede che: "il gestore è tenuto a stipulare apposito contratto di assicurazione della responsabilità civile inerente la propria attività per danni agli utenti e ai terzi per fatti derivanti da propria responsabilità anche in relazione all'uso della pista; la stipulazione di tale contratto costituisce condizione per l'apertura al pubblico della pista; l'utilizzo delle piste è altresì subordinato alla stipula di un contratto di assicurazione per la responsabilità civile da parte dell'utente per danni o infortuni che questi può causare a terzi, ivi compreso il gestore".

La Regione Piemonte ha, quindi, optato per la obbligatorietà dell'assicurazione R.C., comminando, in caso di sua assenza, una sanzione amministrativa (da Euro 40,00 a Euro 250,00): una tutela quindi molto debole, in scarsa armonia con il lodevole intendimento di generale tutela.

Vista la frequenza degli incidenti sulle piste da sci e la gravità delle conseguenze di questi, non si può non apprezzare il tentativo della Regione Piemonte di creare un meccanismo volto ad attuire e coprire i danni (patrimoniali e non) cagionati con l'attività sciistica; la speranza è che anche le altre Regioni, in un prossimo futuro, inseriscano l'importante obbligatorietà dell'assicurazione come *conditio sine qua* non dell'utilizzo degli impianti sciistici e la pratica dell'attività sportiva. Nessuna normativa, tuttavia, prevede né la nullità delle clausole in deroga al modello legale; né un massimale obbligatorio minimo; né la tutela per danno causato da soggetto non noto, ma riconducibile all'attività sciistica; né soprattutto l'obbligo di intervento di un Fondo di garanzia nell'ipotesi di fallimento della Società sciistica, situazione tutt'altro che impossibile. In questa ipotesi l'inadempimento dello "stato-soggetto" a regole di comune perizia o prudenza o diligenza pare evidente.

Anche se, in ipotesi, è previsto l'obbligo di assicurazione, a parte la sanzione di pochi Euro, non esiste nessuna tutela del danneggiato, leso anche in Piemonte, da chi non si è assicurato; né vi è controllo sulla applicabilità della normativa. Infatti, in primari centri sciistici dell'alto Piemonte la normativa non trova puntuale attuazione ed è l'utente, cioè lo sciatore, a dover richiedere con l'acquisto dello skipass la copertura assicurativa che rimane, quindi, nella realtà facoltativa.

Che dire poi del soggetto, anche gravemente leso da un fatto addebitabile al gestore di una pista "fallito", seppure assicurato. Perché questo sventurato danneggiato deve vedere davanti a sé ben 10 crediti privilegiati a tenore dell'art. 2778

c.c. e tra questi anche i crediti per redditi immobiliari, tributi indiretti, imposte sul reddito, e quant'altro indicato nei nn. 1-10 dell'art. 2778 c.c.? All'evidenza, quindi, l'inefficienza del sistema assicurativo fino a questo momento sviluppato in modo molto diletteristico e con una tutela totalmente inefficiente.

Sempre al fine di evidenziare le incertezze del vastissimo panorama assicurativo, è d'uopo spendere qualche considerazione circa il principio indennitario che è, o meglio dovrebbe essere, l'architrave dell'intero sistema delle assicurazioni.

Come noto, detto principio ha come unico fine quello di tutelare il patrimonio del danneggiato dalle conseguenze di un determinato evento subito (danno); proprio il danno rappresenta il presupposto ed il limite dell'assicurazione. La definizione poc'anzi specificata, riproduce con chiarezza quello che dovrebbe essere lo scopo del principio indennitario: nessun lucro, nessun arricchimento può derivare da un sinistro; al danneggiato spetta tutto il danno, ma solo il danno, con l'ovvia conseguenza che se il danneggiato non deve avere un euro di meno, non deve avere neanche un euro di più di quello che è rapportabile al danno che ha subito.

Perché tale necessario principio si realizzi effettivamente, sono previste, ad esempio, precise regole per l'ipotesi di assicurazione dello stesso rischio presso più assicuratori con obbligo per il danneggiato di avvisare tutti gli assicuratori della contestuale copertura del medesimo rischio e, parimenti, di segnalare l'eventuale sinistro a tutti i predetti assicuratori.

Tuttavia, il principio indennitario, che certamente persiste, ha mantenuto l'originaria validità solamente nelle polizze di danni alle cose.

Al contrario:

a) È divenuto via via più sfumato, per non dire evanescente, nelle assicurazioni di danni alla persona. Nell'ambito delle assicurazioni private, come detto, il mercato assicurativo ha provocato l'elusione del principio indennitario grazie soprattutto all'atteggiamento delle imprese le quali, per intuitive attività concorrenziali, hanno da tempo rinunciato al diritto di surroga in favore del danneggiato, che rappresenta la norma di chiusura del sistema indennitario, rinuncia che la Suprema Corte di Cassazione, peraltro, ha ritenuto legittima. Perché ciò? Semplice: a fronte della riscossione di un premio, le imprese sono ben disposte a rinunciare alla surroga in favore del lesò! Questo può quindi ottenere il risarcimento dal responsabile e l'indennizzo dall'assicuratore, così duplicando la prestazione.

b) Con specifico riferimento alle assicurazioni sociali (più INAIL, visto che la rivalsa INPS è decisamente più rara) la giurisprudenza ha contribuito a destabilizzare il principio indennitario ed il presupposto che prima abbiamo evidenziato, e cioè che il danneggiato da un sinistro dovrebbe essere reintegrato, una sola volta, nel patrimonio che lo stesso aveva prima dell'evento dannoso: non un euro in meno, ma nemmeno un euro in più.

Il caso tipico è costituito dal lavoratore che ha ricevuto tutte le prestazioni assistenziali da parte dell'Inail, ma quest'ultimo aveva dimenticato di esercitare la rivalsa pur certificando alla Corte d'Appello di aver corrisposto la rendita; risultato di tutto questo è che il danneggiato ha ottenuto sia il risarcimento da parte del responsabile civile sia l'indennizzo da parte dell'Assicuratore sociale. Peraltro, detta possibile fattispecie, che chiaramente non rispetta il principio indennitario, risulta, altresì, condivisa da alcuni orientamenti della Corte di Cassazione (Cass. n. 2550/81, n. 2285/91, n.

3361/97), con la conseguenza di una errata distribuzione di somme, certamente a danno delle Casse previdenziali, quindi dello Stato.

Fortunatamente, sussistono anche indirizzi giurisprudenziali, che, nelle fattispecie appena menzionate, ribadiscono il principio indennitario; la Corte di Cassazione, infatti, in diverse sue pronunce, ha stabilito che "il risarcimento spettante all'infortunato sul lavoro o ai suoi aventi diritto sia dovuto solo nella misura differenziale derivante dal raffronto tra l'ammontare complessivo del risarcimento e quello delle indennità liquidate dall'INAIL in dipendenza dell'infortunio, al fine di evitare una locupletazione in favore degli aventi diritto i quali, diversamente, percepirebbero, in relazione al medesimo infortunio, sia l'intero danno, sia le indennità. Tale danno "differenziale" deve essere, quindi, determinato sottraendo dall'importo del danno complessivo (liquidato dal giudice secondo i principi di cui agli artt. 1223 e segg., 2056 e segg., c.c.) quello delle prestazioni liquidate dall'INAIL riconducendolo allo stesso momento in cui si riconduce il primo, ossia tenendo conto dei rispettivi valori come attualizzati alla data della decisione".

Pertanto, in definitiva, si può essere tutti concordi nell'affermare che, in materia di assicurazioni danni alla persona, il principio indennitario non è più la regola fissa, inderogabile del sistema: è quindi, ammesso, nella pratica, che, per esempio, un lavoratore o lo sciatore possa ottenere anche di più del risarcimento che gli sarebbe, effettivamente, dovuto secondo le comuni regole del diritto civile. In altre parole, secondo quello che ritengono le autorità giudicanti, non è vero che al danneggiato si debba garantire il ristoro di tutto il danno e soltanto (ma non più) del danno sofferto.

Nella pratica, come abbiamo appena visto, può succedere l'esatto opposto. E ciò, nelle Assicurazioni Private, è solo conseguenza delle scelte delle imprese.

6.1. Gli incidenti sciistici.

Spostando ora l'attenzione al tema degli incidenti sciistici, si devono necessariamente individuare due distinte fattispecie: A) in caso di sinistro (scontro) tra due o più sciatori, la legge 363/2003, già in precedenza richiamata, all'art. 19 dispone, in maniera non dissimile da quanto previsto dall'art. 2054 c.c. (norma che regola gli incidenti stradali), che, fino a prova contraria, si presume che ciascuno dei soggetti coinvolti abbia concorso egualmente a produrre gli eventuali danni.

Pertanto, al fine di superare compiutamente detta presunzione concorsuale, lo sciatore dovrà necessariamente dimostrare la responsabilità esclusiva di controparte e quindi che la condotta di quest'ultima ha avuto un'efficienza causale assorbente nella produzione dell'evento dannoso.

B) Per ciò che concerne invece la responsabilità del gestore degli impianti sciistici, intesi nel suo complesso: piste, impianti di risalita, la giurisprudenza, che originariamente era consolidata nel ritenere detta responsabilità di natura extracontrattuale, ha via via considerato la stessa, attraverso la qualificazione del c.d. "contratto di skipass", anche di natura contrattuale.

Analizziamo, quindi, i passi decisivi che hanno portato a considerare il contratto di skipass un contratto unitario capace di inglobare diverse prestazioni e non solo di mera risalita, tra le quali anche il "diritto" di poter usufruire di un'area sciabile sicura. La prima isolata pronuncia fu quella del Tribunale di Monza del 1990 che, accanto alla tipica ipotesi della responsabilità aquiliana, ha configurato, sulla scorta del principio di buona fede, un'obbligazione contrattuale del gestore degli impianti di garantire una pista da discesa priva di insidie. Un primo riconoscimento formale da parte della Suprema Corte di Cassazione, circa la sussistenza di un vincolo

negoziale atipicamente corrente fra sciatore e gestore, anche con riferimento alla fase di discesa, vi fu, ma soltanto in apparenza, con la sentenza 15 febbraio 2001, n. 2216; infatti, nel caso di specie, veniva sostanzialmente negata la sussistenza di un rapporto contrattuale in quanto era assente una clausola espressa o implicita da cui desumere una responsabilità del gestore anche per la manutenzione delle piste.

Forse il passo decisivo per la configurazione di una responsabilità anche contrattuale a carico del gestore degli impianti sciistici fu l'emanazione della Legge 363/2003, la quale ha introdotto il c.d. contratto per la fruizione delle aree sciabili attrezzate, nel quale un soggetto, lo sciatore, dietro il pagamento di un corrispettivo, può usufruire di una determinata area attrezzata ed un altro soggetto, il gestore, che con autonoma organizzazione e propri mezzi deve garantire la fruizione dell'area in sicurezza.

Tuttavia, nonostante l'introduzione della predetta Legge, la Cassazione, con la sentenza 10 febbraio 2005, n. 2706, uniformandosi peraltro alla pronuncia, già menzionata del 2001, ha escluso la sussistenza a carico del gestore dell'impianto sciistico di una eventuale responsabilità contrattuale in assenza di una clausola espressa o implicita, riconducendo il tutto nell'ambito di applicazione dell'art. 2051 c.c. (danno da cosa in custodia).

Peraltro, rivisitando la materia, la Corte di Cassazione 6 febbraio 2007, n. 2563 ha testualmente specificato che *"il contratto di skipass presenta caratteri propri di un contratto atipico nella misura in cui il gestore dell'impianto assume anche, come di regola, il ruolo di gestore delle piste servite dall'impianto predetto ed è vero, dunque, che con il predetto contratto il gestore dell'impianto, in quanto obbligato alla manutenzione in sicurezza della pista, può essere chiamato a rispondere dei danni prodotti (ai soggetti che con il gestore hanno stipulato il contratto di skipass) dalla cattiva manutenzione, sulla base delle norme che governano la responsabilità contrattuale per inadempimento"*.

Dunque, alla luce di cotale decisione nel momento in cui lo sciatore acquista lo skipass, il gestore della stazione sciistica è responsabile anche contrattualmente di eventuali danni provocati allo sciatore stesso. Tuttavia, detta pronuncia ha sempre riconosciuto a carico del gestore della pista anche una responsabilità di natura extracontrattuale per essere quest'ultimo, di fatto, sia il custode dell'impianto di risalita sia della pista di discesa. Pertanto, si può tranquillamente affermare che tali ipotesi di responsabilità non si escludono l'una con l'altra ma possono operare congiuntamente.

La tendenza della Cassazione non è certamente isolata; nel tentativo di contrattualizzare tutto, implicitamente si solleva il danneggiato da oneri probatori e si dilatano i termini di prescrizione del danno.

Nel modello di responsabilità contrattuale, come noto, mentre lo sciatore danneggiato potrà limitarsi a provare la fonte del suo diritto (skipass) ed allegare l'inadempimento del gestore, quest'ultimo dovrà sostanzialmente dimostrare di aver adottato tutte le possibili misure di sicurezza al fine di evitare il danno, non certo la prova più semplice da fornire. Lo schema è il medesimo già delineato nella parte introduttiva del presente scritto con riguardo alle più note fattispecie di responsabilità professionale.

Si ricorda, infatti, che onere probatorio è sempre sinonimo di rischio processuale! Onere che in precedenza, allorquando la materia era governata solamente dalla responsabilità extracontrattuale, gravava maggiormente sul soggetto danneggiato il quale doveva inevitabilmente provare fatto storico, nesso causale e colpa.

Non è così assurdo elaborare il seguente schema: responsabilità contrattuale -> onere della prova a carico del gestore ->

maggiori possibilità per il danneggiato di vincere un ipotetico giudizio risarcitorio. L'ovvia conseguenza di tutto ciò è lo smisurato incremento dei risarcimenti che, come tutti sanno, sono abitualmente a carico delle compagnie assicurative le quali, pertanto, decidono sovente di fuggire da tale realtà.

La tendenza del mondo assicurativo è quindi verso la vaporizzazione dei prodotti assicurativi ed i pochi che restano non tendono a coprire (non assumono in garanzia) alcuni rischi come per esempio l'eventuale colpa grave (esempio il Prodotto Arisa Assurance, "contratto di assicurazioni multirischi per lo sportivo").

Sul sistema già vacillante, incombe anche pesantemente l'orientamento risarcitorio dei Giudici. Sul punto, chi scrive è un estremo e deciso sostenitore della tesi secondo cui "non esistono italiani di serie A e italiani di serie B". Non si comprende, infatti, per quale fondata ragione per un soggetto che subisce un danno (comportante un'i.p. <9%), derivante dalla circolazione stradale si debba applicare la più restrittiva tabella del Codice delle Assicurazioni Private mentre per un soggetto che patisce lo stesso pregiudizio, ma in qualunque altra fattispecie, debbano essere applicate le più "generose" Tabelle del Tribunale di Milano che, peraltro, la Corte di Cassazione, con la recente pronuncia del 7/6/2011, n. 12408, ha ritenuto applicabili presso i Tribunali di tutta la penisola italiana. Un'invalidità permanente, per esempio del 4%, è la stessa quale che sia il fatto che l'ha generata. Anche su detto punto è intervenuto il Decreto Balduzzi n. 156/12, la cui legge di conversione ha dato attuazione all'art. 139 del Codice delle Assicurazioni, i cui principi peraltro erano stati già ritenuti di applicazione generale dalle Sezioni Unite, 11 novembre 2008, n. 26972 e seguenti, e ha precisato che il danno va liquidato seguendo i parametri delle piccole lesioni e delle piccole invalidità. In altre parole, ha sancito che non esiste, meglio non dovrebbe esistere, uno *ius singulare* !

6.2. La posizione del mondo assicurativo.

Tale situazione ha quindi provocato una vivace reazione del mondo assicurativo che ha pesantemente inciso sui prodotti in commercio. Se da un lato ha mitigato le conseguenze della vaporizzazione del principio indennitario con l'introduzione di clausole riduttive dell'indennizzo nei primi punti di invalidità (con clausola di franchigia), che poi sono quelli di maggior diffusione pratica, viva reazione ha mosso contro il sistema legale della polizza di R.C. - l'art. 1917 c.c. - in riferimento alla responsabilità dei professionisti, capigruppo nei quali rientrano certamente i docenti, gli istruttori, i maestri di sci e, comunque, tutti gli esercenti un'attività professionale che civilmente certamente rispondono a titolo contrattuale.

Va comunque premesso, è mio convincimento, che, oltre ai comuni sentimenti di pietà e di equità verso il soggetto che si è visto minorato nella propria salute, ritenuta bene fondamentale dell'individuo e costituzionalmente garantita dall'art. 32 della Costituzione, attraverso il quale la Repubblica tutela la salute medesima come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, anche lo sviluppo del mercato assicurativo abbia, di fatto, influenzato tante scelte giurisprudenziali.

Lo stesso Legislatore ha ritenuto di dover intervenire, come già si è visto sino ad oggi con disposizioni blande, ha infatti semplicemente previsto che la Unità (oggi Azienda) Sanitaria Locale dovesse essere garantita da polizza di R.C. per il risarcimento di danni alla persona recati per l'esercizio della propria attività istituzionale con le disposizioni di cui all'art. 29 D.P.R. 27/3/1969 n. 130. Successivamente la contrattualizzazione collettiva ha imposto quanto lo Stato non ha più fatto. Non ha però stabilito alcunché in ordine ai limiti della

copertura assicurativa che, soprattutto in riferimento ai primi tempi successivi alla riforma del Servizio Sanitario Nazionale, sono state inspiegabilmente molto bassi. Anche oggi nelle poche ipotesi di assunzione del rischio da parte delle imprese i massimali sono molto bassi.

È notorio che in riferimento agli anni 1970 / 1990 erano previsti massimali, anche nelle RCA, anche nell'ordine di 50 — 100 milioni per persona danneggiata o deceduta, somma decisamente molto modesta a fronte dei danni rilevati, correttamente ritenuti obbligazioni di valore. Somma ancor più modesta considerando che l'orientamento interpretativo più corrente, ma molto discutibile, della Suprema Corte ritiene che l'obbligazione dell'assicuratore abbia natura "valutaria" o nominalistica e divenga attuale soltanto con l'accertamento giudiziale o negoziale della responsabilità e del danno. È evidente che tutto quanto si è fin qui delineato ha provocato un dilagamento di costi, essendo accresciuta l'area del danno e l'ampiezza dei danni risarcibili, come si evince ampiamente anche nelle norme giurisprudenziali che tendono ad applicare nella responsabilità contrattuale criteri non codificati di elaborazione autonoma. Non solo, gravano sempre sul privato tutte le conseguenze del non ottimale funzionamento della giustizia.

Anche l'eventuale responsabile ha diritto alla verifica giudiziale dell'ampiezza del suo debito, soprattutto a fronte di richieste stratosferiche.

Ma se una causa dura 10/15 anni - accade - il soccombente finale, cioè l'assicuratore, deve pagare oltre al danno anche la rivalutazione del debito e gli interessi legali, i quali con una lucidissima (!) norma del nostro Parlamento (che si era dimenticato che il debitore più ricorrente è lo Stato e/o l'Ente pubblico) nell'epoca 1990/1998 ha elevato il tasso al 10%. La durata del processo, la creazione di nuove aree di responsabilità, l'individuazione di nuovi danni, ovvero di altre aree dello stesso danno, la rimodulazione di nuovi parametri liquidativi ha ingigantito la *magnitudo* del costo globale del sinistro, vale a dire dell'evento di danno che realizza il rischio assicurato e ciò ha comportato una rimodulazione di prodotti assicurativi che stanno ritrasferendo una parte di costi sulla collettività.

Per tanti anni la Magistratura non ha inteso che l'ampiezza dei danni e l'ampiezza della liquidazione producono una ricollocazione del costo del liquidato sulla collettività, ed una frustrazione del servizio, ovvero un minore sviluppo dell'efficienza dello stesso.

Non intendo prospettare questioni politiche, ma si avverte in ogni momento elettorale il pericolo che incontra ad esempio la nostra sanità che pur irrisa quotidianamente sulla stampa, è aperta a tutti gratuitamente, anche se piace considerarla contrattuale. È palese che cotale sistema ha costi elevati ed è noto che la sanità è perennemente in rosso. È altresì palese che qualsiasi struttura deve agire con le sole risorse che riceve; con il personale che ha, con le attrezzature che può acquisire, senza caricare costi aggiuntivi sulle prestazioni. E senza poter rinviare il servizio al 2016, come "altrove" accade.

È offerta, quindi, alla valutazione della collettività la riflessione sulle conseguenze del sistema, atteso che:

I) le migliori imprese assicurative oggi tendono a rifiutare la copertura e disertano le gare indette per l'appalto del servizio assicurativo. Anche nella specifica odierna materia non si vedono imprese così desiderose di assumere i rischi. In altre materie, come nella sanità, ove il processo evolutivo ha segnato la materia da tempo, le principali imprese si sono ritirate dalla copertura di primari presidi ospedalieri nazionali. Si può dare torto a quell'assicuratore che 25 anni dopo la

cessazione del rapporto contrattuale è ancora coinvolto in controversie risalenti agli anni 1990 con una giurisprudenza che tende a spostare nel tempo il *dies a quo* del decorso della prescrizione?

II) È dato storico che l'Ospedale oggi sia assicurato con una franchigia di € 20.000,00 per sinistro: ciò vuol dire che per ogni fascicolo aperto i primi 20.000,00 Euro sono a carico della collettività. Esisto realtà ove l'Ospedale X ha una franchigia di € 103.000, per sinistro. Ciò significa che i primi € 103.000,00 per sinistro sono a carico della collettività. L'Azienda Z ha una franchigia per anno assicurativo di € 1.000.000,00: ciò significa che sono previsti risarcimenti per l'anno corrente o scorso superiori a € 1.000.000 e che tale importo resta a carico della collettività.

Anche quando l'Ospedale vince, le spese di giudizio sono compensate. Solo il costo della consulenza è spesso non inferiore a € 5.000 - 6.000. A volte detta consulenza segue altre consulenze svolte in sede penale in un procedimento conclusosi con l'archiviazione. Ed a volte è seguita da altra consulenza il cui costo finisce sulla collettività.

E', quindi, evidente che l'impatto giurisprudenziale ha provocato una fuga dell'assicuratore dal mercato; l'aumento dei costi, il trasferimento di una parte del danno sui consociati e, di conseguenza una pesante incidenza sui bilanci pubblici e, dunque, sul servizio che, per l'effetto, può essere la genesi di nuove richieste risarcitorie per deficienza delle strutture.

Non oso pensare a cosa potrà succedere nel nostro agone forense se e quando i criteri di valutazione divenissero omogenei.

III) Sotto altro aspetto l'ampiezza del danno e la durata dei processi ha prodotto una rivisitazione del contratto di assicurazione che dal sistema *loss* è convertito nel sistema *claims*.

6.2.1. I prodotti assicurativi.

I due prodotti (*loss occurrence* e *claims made*) sono così modellati:

A. (*loss*) art. 1: la società si obbliga a tenere indenne l'assicurato di quanto questi sia tenuto a pagare, quale civilmente responsabile ai sensi di legge, a titolo di risarcimento (capitale, interessi e spese) di danni involontariamente cagionati a terzi per morte, per lesioni corporali e per danneggiamenti a cose, in conseguenza di un fatto accidentale verificatosi in relazione ai rischi per i quali è stipulata l'assicurazione.

L'assicurazione vale anche per la responsabilità civile che possa derivare all'assicurato da fatto doloso di persone delle quali debba rispondere.

art. 2: l'assicurazione vale per i danni derivati da comportamento colposo in essere durante il periodo di efficacia del contratto. Salvo il disposto dell'art. 2947 c.c., la garanzia non sarà tuttavia operante per le denunce di sinistro pervenute alla Società dopo dieci anni dalla cessazione del contratto.

B. (*claims*) l'assicurazione vale per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta all'assicurato nel corso del periodo di efficacia dell'assicurazione stessa, a condizione che tali richieste siano conseguenti a comportamenti colposi posti in essere non oltre (di regola) due -tre anni prima della data di effetto della polizza.

L'Assicurato dichiara, ai sensi di quanto previsto dagli artt. 1892 e 1893 c.c. di non aver ricevuto alcuna richiesta di risarcimento e di non essere a conoscenza di alcun elemento che possa far supporre il sorgere di un obbligo di risarcimento per danno a lui imputabile.

Deve, peraltro, essere precisato che talune imprese, intervenendo sul premio, garantiscono il recupero integrale di tutto il pregresso (sempre condizionato dagli artt. 1892 e 1893 c.c.) e che altre imprese, più disinvolute, non recuperano nessun periodo.

Inoltre può essere convenuta, previo pagamento di un ulteriore premio, una “*sunset clause*”, cioè, una c.d. “clausola del tramonto”, per coloro che cessano l’attività, o per i loro eredi, in forza della quale l’assicurazione vale altresì per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta all’assicurato entro ... anni dalla cessazione del contratto, sempre che il fatto che ha originato la richiesta si sia verificato durante il periodo di validità della polizza.

Le ragioni sostanziali addotte dalle imprese hanno indubbiamente grande importanza nel loro profilo economico, sia sotto l’aspetto dell’ampiezza delle garanzie, sia in riferimento al contenuto delle medesime. Sotto il versante dell’elaborazione di una contropartita alla voragine dei costi derivante dai mutati orientamenti giurisprudenziali nonché dalla diminuzione degli introiti (cumulo dei premi) conseguita ad una non sempre opportuna dialettica contrattuale al ribasso dei costi, attuata dalle imprese negli anni 80, per acquisire nuovi clienti, la unilaterale modificazione della struttura del contratto può trovare una spiegazione. In effetti, il vecchio e collaudato sistema dell’assicurazione della responsabilità civile disciplinato dall’art. 1917 c.c. ha retto per decine di anni e, senza le succitate situazioni, presumibilmente non sarebbe stata avvertita la necessità di modificarlo.

Difficilmente giustificabile è, però, la mancata spiegazione della *ratio* sottesa al mutamento del prodotto (tuttora sconosciuto anche a larga parte degli operatori del settore), così come è difficilmente spiegabile il silenzio del mondo delle associazioni dei consumatori, che non poco stupisce, ove si rapporti alle espressioni di plauso al *claims made*.

In riferimento alla responsabilità civile, si afferma che l’assicuratore è obbligato a tenere indenne l’assicurato di quanto questi deve pagare ad un terzo in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell’assicurazione, e ciò corrisponde al modello legislativo indicato nell’art. 1917 c.c... Il significato proprio delle parole sta, quindi, ad indicare che sono in copertura i danni che si devono pagare in conseguenza di un fatto accaduto (cioè di una azione o di una omissione compiuta) durante il tempo dell’assicurazione, come dispone l’art. 1917 c.c..

In tale contesto normativo è stato rilevato dalle Imprese di assicurazione, da un lato, che la giurisprudenza ha coltivato la tendenza alla contrattualizzazione dei rapporti, con conseguente generalizzata dilatazione del termine di prescrizione a quello ordinario decennale stabilito dall’art. 2946 c.c.; dall’altro che i giudizi possono venire in decisione decorso un periodo anche di non pochi anni, come si è già ricordato.

Per l’effetto, a fronte di un premio percepito (ad esempio) nell’anno 1990, l’impresa può venire obbligata anche ben oltre l’anno 2015, sommando il termine di prescrizione con quello del giudizio. Ciò comporta l’evidente creazione di sinistri c.d. tardivi (con terminologia anglosassone I.B.N.R. “*incurred but non reported*”) per i quali l’assicuratore è sempre stato impreparato.

In effetti, secondo la prospettazione delle Imprese (che dimenticano di aver percepito il premio in una epoca lontana, teoricamente facendolo ripetutamente fruttare, o capitalizzandolo, e ... il più delle volte senza sinistri) i sinistri stessi potrebbero venire in liquidazione in un momento storico nel quale esse imprese non percepiscono premi ... quasi fosse una evenienza addebitabile al cliente assicurato.

Utilizzando, quindi, un meccanismo nato nel mondo anglosassone, così ripudiando sia la concezione del “compimento dell’azione”, sia quella “della manifestazione del danno”, utilizzando lo schema contrattuale consigliato dall’ANIA, le Imprese hanno unilateralmente modificato la struttura del contratto, mettendo in garanzia non “il fatto accaduto”, produttivo di danno, ma “la richiesta di risarcimento”. Sarebbe, quindi, in garanzia la richiesta di risarcimento presentata per la prima volta durante il periodo

dell’assicurazione in corso. È, quindi, in logica conseguenza, ma non è di intuitiva percezione, e non viene mai detto, che il giorno stesso in cui il contratto cessa, termina immediatamente la copertura assicurativa.

Inizialmente le Imprese pattuivano un recupero assicurativo di tutte le pregresse posizioni, non note, e questo poteva, ma solo molto in astratto, bilanciare la cessazione della copertura alla scadenza del contratto. Negli ultimi tempi, peraltro, la garanzia viene limitata ad eventuali fatti dannosi ignoti al cliente, “purché accaduti entro un determinato periodo di tempo, ad esempio, un anno, due anni e di solito al massimo tre, prima della accensione della polizza. Tale patto aggiuntivo deve, inoltre, essere necessariamente coordinato con i principi disciplinati ex art. 1892 c.c.. Se, infatti, il contraente è a conoscenza di circostanze (ad esempio già sapeva di essere incorso in una decadenza processuale) tali che avrebbero inciso sull’accettazione del rischio, ha l’onere di comunicarlo: non farlo può consentire all’assicuratore di rifiutare la prestazione ex art. 1892, 3° comma, c.c.. Inoltre, con *estrema disponibilità*, pagando un alt(r)o premio, alla cessazione del contratto si può pattuire una “*sunset clause*”, cioè, una ultrattività «per eventi accaduti durante la validità della polizza per alcuni anni, usufruendo del massimale dell’ultima annualità assicurativa». In tal caso detto massimale varrà per sinistro e per l’ultimo periodo considerato.

Negli ultimi tempi, infine, sono comparsi prodotti, negoziati da alcuni assicuratori che, nella totale ignoranza dell’assicurato, circoscrivono temporalmente la garanzia alla sola annualità di stipulazione del contratto, nell’abito della quale deve compiersi l’azione o l’omissione, prodursi il danno, ed essere ricevuta la richiesta risarcitoria.

Se si considera che i contratti, un tempo proposti con durata decennale, oggi vengono stipulati in tendenza con durata annuale e che tutte le polizze prevedono il potere, per entrambe le parti, di recedere dal contratto dopo ogni denuncia di sinistro, si percepirà, come, nella quasi generale indifferenza -ed ignoranza da parte dell’assicurato - le garanzie siano state ridimensionate e come i costi si siano moltiplicati ..., e con il pericolo di vedersi stornare il contratto dopo la denuncia di un sinistro, e di non essere assicurati per il passato, pur avendo regolarmente pagato il premio e pur essendo il professionista sottoponibile ad una azione risarcitoria nel termine di una prescrizione decennale.

A fronte di cotali evidenti situazioni pregiudizievoli a carico dell’assicurato, le Imprese tendono ad evidenziare ipotetici vantaggi che la clausola *claims* potrebbe apportare all’assicurato: tutto ciò impone un bilanciamento tra *loss* e *claims*.

Innanzitutto, “*la certezza della validità temporale del contratto*”, come se possa essere difficile per un professionista conoscere o provare la data in cui è incorso in una decadenza; ovvero il momento in cui ha compiuto un errore chirurgico; oppure il giorno in cui ha consegnato al cliente un progetto errato, ovvero ha omesso un controllo nell’ambito di una direzione lavori in un contratto d’appalto; *et similia*.

Inoltre, a differenza dal regime *loss occurrence*, “*il massimale applicabile al sinistro sarebbe quello della richiesta risarcitoria e non quello della stipulazione di un antico contratto, che potrebbe risultare insufficiente dopo tanti anni*”. Quest’ultima proposizione, che risulterebbe del tutto sterile nella rivisitazione della natura della prestazione, che nell’ottica della tutela del patrimonio condurrebbe l’indennizzo nell’alveo delle obbligazioni di valore, certamente non coglie nel segno.

Nell’ipotesi in cui non fossero percorribili altre vie - presumibilmente non gradite alle imprese- come ancorare le prestazioni ad una valuta forte o con clausole di indicizzazione, è comunque preferibile essere garantiti da un massimale modesto, che risultare totalmente scoperti: ciò che accade con un *claims* compor-

tante il recupero (è oggi la regola) di due - tre anni in tutte le ipotesi in cui l'assicurato è costretto a cambiare impresa.

Tutto ciò, ovviamente, risulta impossibile in una successione di polizze nel sistema tradizionale o nel sistema *loss occurrence*.

Di ciò, peraltro, la citata Dottrina non pare volersi occupare. Non solo. Anche la prezzolata "*sunset clause*", graziosamente concessa, a fronte del pagamento di un premio ulteriore, dopo la cessazione dell'attività professionale, è del tutto inutile nel sistema tradizionale, e senza alcun costo, essendo connaturale al contratto che la garanzia, stipulata a copertura di un fatto dannoso, avvenuto durante il tempo dell'assicurazione, permanga, *naturaliter*, anche se l'assicurato ha cessato l'attività professionale.

Anche sotto un profilo pratico il meccanismo *claims* crea non pochi e non facili problemi che pongono il sistema in potenziale conflitto con specifiche regole del codice, talvolta anche inderogabili. In particolare, che fare se l'assicurato nel corso del periodo di vigenza del contratto si accorga di aver posto in essere fatti che potrebbero dar luogo a richieste di risarcimento ma, da un lato, il danno non si è ancora verificato e, dall'altro, non sono pervenute richieste di risarcimento?

Nel caso di polizza tradizionale l'assicurato potrebbe sporgere "denuncia cautelativa" che porrebbe l'assicuratore in grado di accantonare una riserva adeguata per l'ipotesi di successiva eventuale richiesta di risarcimento.

Nel caso di polizza *claims made* una denuncia non avrebbe senso e, comunque, non sarebbe produttiva di effetti dal momento che il "sinistro", id est la richiesta di risarcimento, non si è ancora verificato. Peraltro, l'assicuratore potrebbe esercitare un potenziale diritto di recesso proprio al fine di evitare che una richiesta di risarcimento successiva attivi la garanzia. E in questo caso, l'assicurato che fosse costretto a rivolgersi ad altro assicuratore, dovrebbe comunicare al nuovo assicuratore, ai sensi dell'art. 1892 c.c., rafforzato dal testo contrattuale, che prevede espressamente che l'assicurato debba comunicare le circostanze o le situazioni che potrebbero dar luogo a richieste di risarcimento, i fatti di cui è a conoscenza, con la conseguenza che proprio questo rischio, per il quale si era assicurato, non venga garantito né dalla polizza in vigore al momento in cui il fatto è stato compiuto, né da una polizza successiva che lo escluderebbe necessariamente.

D'altra parte anche il testo del contratto è equivoco: consideriamo ad esempio l'art. 4 della polizza standard "proposta" dall'ANIA per "l'Assicurazione della Responsabilità civile del Consulente del lavoro, commercialista, ragioniere o perito commerciale, notaio, avvocato". L'art. 4 (obblighi dell'assicurato in caso di sinistro) prevede che l'assicurato, conformemente al principio disciplinato dall'art. 1913 c.c., deve dare avviso di sinistro entro tre giorni da quando ne ha avuto conoscenza. Ed inoltre "deve far seguito con ulteriori indicazioni sulle modalità di accadimento del sinistro di cui l'assicurato sia venuto a conoscenza". Sembrerebbe di dover interpretare, per dare un senso compiuto e non equivoco al testo, che l'assicurato debba dare notizia del fatto dannoso di cui sia venuto a conoscenza. Peraltro, nelle definizioni previste nelle polizze, per "*sinistro*" l'assicuratore intende la richiesta di risarcimento pervenuta all'assicurato.

E allora, l'assicurato deve denunciare il fatto di cui è venuto a conoscenza o trasmettere la richiesta ricevuta? E quali indicazioni circa le modalità di accadimento del sinistro deve comunicare? Di aver ricevuto una raccomandata, una lettera semplice, una telefonata? La conseguente possibilità di recesso prevista nell'art. 6 dopo "ogni sinistro" può essere esercitata dopo la comunicazione dei fatti dannosi o dopo la trasmissione della richiesta?

Anche l'art. 5 presenta momenti di dubbio: si prevede che l'assicuratore "assume ... la gestione stragiudiziale e giudiziale delle vertenze in sede civile, penale ed amministrativa..."

Supponiamo che inizi il procedimento penale senza che il danneggiato abbia avanzato richiesta di risarcimento e senza costituzione di parte civile. L'assicurato deve dare comunicazione-denuncia al fine di consentire all'assicuratore di gestire la vertenza, oppure difendersi autonomamente (con spese legali a proprio carico, come espressamente prevede l'ultimo comma dello stesso articolo "*la società non rimborsa le spese sostenute dall'assicurato per legali... che non siano da essa designati...*")? In caso di omissione di denuncia l'assicuratore, impossibilitato ad assumere la gestione della vertenza, potrebbe invocare la violazione del patto di gestione della lite e addebitare il pregiudizio all'assicurato?

Che dire, poi, dell'obbligo di salvataggio e del diritto dell'assicurato di ricevere dall'assicuratore la restituzione delle somme "spese non inconsideratamente", diritto che la Corte di Cassazione con la pronuncia 19 agosto 1995, n. 8958 estende anche all'assicurazione di responsabilità civile?

Se l'assicurato adempie ai propri obblighi di avviso (art. 1913 c.c.) e di salvataggio (1914 c.c.) corre il rischio del recesso dell'assicuratore dal contratto per l'avvenuto avviso, o di non essere rimborsato per le spese sostenute per il salvataggio? Anche nell'ipotesi in cui non intervenga una successiva richiesta di risarcimento?

Senza nulla concludere, pare evidente l'artificiosità della pur elegante costruzione di un rapporto fondato non su di un fatto produttivo di un danno, ma su un evento esterno, derivante dall'iniziativa del danneggiato la cui inerzia potrebbe compromettere la posizione soggettiva dell'assicurato stesso. Tutto ciò senza voler considerare che, contrariamente a quanto viene affermato, il complesso dei costi è largamente aumentato, mentre le garanzie sono drasticamente contenute.

Si paga per il pregresso; si paga per il corrente anno; si paga per la garanzia postuma (triennale, quinquennale, quasi mai decennale) e per un solo massimale. Pur pagando l'intero premio, in caso di responsabilità solidale, la garanzia è ridotta alla sola quota di responsabilità. Il contratto è sottoposto alla clausola di regolazione del premio. Infine, è prevista quasi sempre una franchigia del 10%.

Il costo base del contratto è quindi aumentato, a volte anche considerevolmente.

Nel *Loss*, quasi sempre si otteneva o si poteva ottenere una franchigia fissa; non esisteva la clausola limitativa alla quota di responsabilità. Si riusciva a pagare un premio fisso. La garanzia postuma decennale era automatica. Il prezzo complessivo era sensibilmente inferiore.

Gli esempi proponibili pur nella varietà delle ipotesi sono innumerevoli: gli Autori dovrebbero documentarsi bilanciando i costi del sistema "*loss*", con quello della polizza *claims*: basta parametrare la tariffa ANIA relativa agli anni 1988 / 1990 con l'odierna tariffa di qualsiasi impresa.

Con ciò non si vuole criticare il giusto, anzi sacrosanto, diritto dell'Impresa al pagamento del premio dovuto, che deve essere aggiornato alle realtà economiche.

Si vuole solo rimarcare la scarsa informazione che si dà allorché si ignora, o non si riflette su tali circostanze, che paiono di intuitiva evidenza.

In tutto questo contesto anche il nostro Legislatore al momento, per quanto è a mia conoscenza, si è mosso, ma solo per i Notai prevedendo un recupero integrale del passato ed una postuma decennale obbligatoria ("Decreto Severino" del 19 ottobre 2012, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 11 del 14 gennaio 2013). Speriamo che sia l'inizio di una nuova era!

Dalla locazione con patto di futura vendita al *rent to buy**

Andrea Fusaro

Professore Ordinario nell'Università di Genova

Sommario: 1. *L'elaborazione di nuovi strumenti giuridici.* - 2. *L'operazione di Rent to buy: modalità di attuazione* - 3. *Il Rent to buy in senso stretto.* - 4. *I pregi dell'operazione.* - 5. *Il Buy to rent.* - 6. *Notazione conclusiva.*

1. L'elaborazione di nuovi strumenti giuridici.

È diffusa la constatazione che le crisi economiche spesso sollecitano l'elaborazione di nuovi strumenti giuridici, di operazioni inedite. Secondo gli storici del diritto, nei periodi economicamente meno floridi del medioevo le invenzioni contrattuali si rivelarono particolarmente frequenti; esse portavano, ovviamente, etichette proprie dell'epoca (1). Oggi che lingua franca è l'inglese, i nuovi schemi sono presentati conseguentemente.

Tra le operazioni alla ribalta figura il *Rent to buy*, che - in campo immobiliare - consente ai privati di finanziarsi reciprocamente; lo si potrebbe anche chiamare locazione con patto di futura compravendita, ma così perderebbe il fascino anglofono. Su di esso si addensano elevate aspettative di contributo alla soluzione dei problemi che affliggono il mercato della casa, in particolare la stretta nell'erogazione di credito fondiario ed il rallentamento delle contrattazioni immobiliari che trattiene chi deve attingere dal prezzo di vendita dell'alloggio posseduto le somme necessarie per l'acquisto del nuovo (2).

L'operazione consente alle imprese proprietarie di immobili in attesa di smercio di metterli provvisoriamente a reddito, attraverso la locazione; permette agli acquirenti di prenotare investimenti per i quali sono richiesti esborsi superiori alle risorse disponibili nell'immediato. Pertanto attraverso la locazione si attraggono potenziali acquirenti privi del denaro necessario e che non trovano banche disposte a procurarlo. Secondo questa prospettiva sussisterebbero ragioni di attrattiva per tutti.

Il Notariato ne ha segnalato le potenzialità durante l'audizione (del 25 giugno 2013) presso la Sesta Commissione Finanza del Senato ed ha presentato una mozione, riguardante le misure fiscali, ove ha auspicato l'introduzione di un regime di favore per agevolarne l'impiego; in particolare, è stato suggerito un meccanismo rivolto a consentire il recupero in occasione della compravendita dei tributi assolti relativamente alla locazione (3).

L'etichetta *Rent to buy* è impiegata per designare sia alcune operazioni già note alla prassi nostrana, sia una rielaborazione specializzata (4).

2. L'operazione di *Rent to buy*: modalità di attuazione.

Il *Rent to buy* in senso ampio è schematicamente ricondotto a tre modelli, a seconda che alla locazione si aggiunga: un'opzione di acquisto, oppure un preliminare di compravendita, od ancora una clausola di trasferimento della proprietà vincolante per entrambe le parti.

La prima è una locazione cui si affianca un'opzione che pre-

figura il contenuto della vendita aperta all'adesione dell'acquirente; se perfezionata per scrittura privata autenticata o atto pubblico essa consente la conclusione del contratto definitivo nella forma adatta alla pubblicità immobiliare, si intende purché l'accettazione si adegui.

La locazione con preliminare di futura vendita comporta, invece, un successivo necessario rinnovo della volontà; rispetto al modello precedente presenta il vantaggio di consentire un certo ricorso alla pubblicità immobiliare che mette tendenzialmente al riparo dal rischio di dissesto del venditore.

3. Il *Rent to buy* in senso stretto.

In ordine ad entrambe le ipotesi è sorto l'interrogativo circa la possibile novazione della causa, del titolo delle somme versate quali canoni di locazione onde imputarle al prezzo della compravendita (5). La risposta è prevalentemente negativa: si dubita della concettuale ammissibilità di questa novazione, sebbene sia prevista dal Codice Civile, in una norma trascurata, perché contenuta all'interno della disciplina in tema di vendita con riserva della proprietà. Secondo l'art. 1526, terzo comma, c.c. la regola si applica alle locazioni qualora sia previsto che al termine la proprietà della cosa sia acquisita dal conduttore per effetto del pagamento dei canoni pattuiti, quindi in forza di un automatismo (6).

L'inconveniente connesso alla - ritenuta - inammissibile novazione del titolo da canone in corrispettivo ha sollecitato l'escogitazione divulgata come *Rent to buy* in senso stretto. L'operazione si fonda su un doppio contratto - un preliminare di compravendita ed una locazione - ed a propria volta si articola in due versioni: la prima contempla un compromesso accompagnato dal versamento di una somma a titolo di caparra penitenziale, e la contestuale stipula di una locazione sottoposta alla condizione sospensiva dell'esercizio del recesso dal contratto preliminare, escludendo gli effetti retroattivi dell'avveramento, quindi introducendo un termine iniziale (d'altra parte l'art. 1360 c.c. subordina la retroattività all'assenza di diversa pattuizione (7)).

4. I pregi dell'operazione.

Si profilano vantaggi per entrambe le parti. Da un lato, il promittente acquirente impossibilitato a perfezionare la compravendita potrà contare sul diritto di recesso e sulla conservazione del godimento dell'alloggio, remunerato attraverso l'imputazione a canone di locazione della somma versata. Dall'altro, il venditore vedrà compensata la fruizione dell'immobile dalla somma consegnata come caparra penitenziale, che lo terrà indenne dal pregiudizio derivante dall'indisponibilità del suo bene.

Si tratta, quindi, di una soluzione basata sulla irretroattività. In alternativa è sufficiente assecondare l'ordinario operare retroattivo della condizione. Si confezionerà, allora, un contratto preliminare di compravendita il quale preveda il versamento di una somma a titolo di caparra, questa volta non penitenziale, ma - ovviamente - confirmatoria, sottoposto alla condizione risolutiva del mancato avverarsi di eventi quali l'ottenimento del mutuo, oppure la vendita della casa in proprietà. A seguito del definitivo rifiuto della banca di finanziare la somma indispensabile per l'acquisto, oppure dell'assenza di richieste di acquisto dell'alloggio posseduto, il contratto preliminare di compravendita sarebbe risolto e acquisirebbe efficacia la locazione.

Verrebbero, quindi, stipulati contestualmente un compromesso ed un contratto di locazione, contenenti condizioni la cui operatività sarebbe strutturata in maniera speculare. Il

*Relazione al Convegno "La riforma del diritto immobiliare", tenutosi il 4 luglio 2013 presso il Dipartimento di Giurisprudenza di Genova.

contratto preliminare di compravendita sarebbe contemplerebbe la condizione risolutiva dell'impossibilità per il promittente acquirente di vendere l'alloggio proprio od ottenere il mutuo; il contratto di locazione sarebbe, invece, sottoposto alla condizione di segno opposto rispetto a quella introdotta nel preliminare (se la prima è sospensiva, la seconda è risolutiva), in modo che come l'uno perde efficacia l'altro la prende; in difetto di deroga entrambe le pattuizioni opererebbero retroattivamente e la somma versata a titolo di caparra verrebbe considerata corrispettivo della locazione.

Il *Rent to buy* presenterebbe, insomma, il vantaggio di imputare le somme versate a canone oppure a caparra, non in maniera indistinta, ma tramite il loro scorporo. Laddove si perfezioni un contratto preliminare in forma notarile soccorre il vantaggio della trascrizione, protettiva per l'acquirente, mettendo l'esborso - quasi - al riparo dai rovesci di fortuna della parte venditrice (si pensi in particolare alle imprese). Nella prassi si segnala, inoltre, la stipula di polizze assicurative per il rischio di danni arrecati dall'occupante dell'alloggio.

5. Il *Buy to rent*.

A fianco del *Rent to buy* è poi emerso anche il *Buy to rent*, ossia la vendita con pagamento dilazionato del prezzo: l'acquirente che non dispone della somma necessaria e non trova alcun istituto disposto a mutuarla propone un pagamento rateale; a tutela del venditore si consiglia l'introduzione della condizione risolutiva di inadempimento, ormai da tempo ritenuta ammissibile (8).

6. Notazione conclusiva.

Gli schemi passati in rassegna sembrano dischiudere fulgide prospettive per il mercato. Forse ne beneficerebbero pure i professionisti. I notai, una volta che si saranno impadroniti di queste tecniche e del lessico di corredo, usciranno dalla condizione cadetta di oscuri legulei di provincia - cui li vorrebbe relegare una avversione radicata in pregiudizi purtroppo diffusi (9) - per diventare operatori del *real estate market*.

Note:

(1) U. Petronio, L. Moscati, *Le grandi crisi dell'età moderna*, relazione presentata al convegno *Crisi economica e categorie civilistiche*, organizzato a Roma il 28 giugno 2013 dall'Associazione civilisti italiani. Nell'ambito dell'ampia bibliografia in materia è doveroso ricordare l'opera classica di F. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno*, traduzione italiana a cura di Santarelli e Fusco, (2) voll., Giuffrè, 1980. Notevole ruolo ha ricoperto il tema dell'usura, anch'esso oggetto di letteratura sterminata, al cui interno si segnala O. Bazzichi, *Dall'usura al giusto profitto. L'etica economica della Scuola francescana*, Torino, 2008.

(3) D. De Stefano, F. De Stefano, L. Stucchi, G. De Marchi, *Help to buy favorire la ripresa delle transazioni immobiliari*, in *Federnotizie*, 2012, 42 ss.; F. Tassinari, *Dal contratto di rent to buy al contratto di buy to rent: interessi delle parti, vincoli normativi, cautele negoziali*, in *www.insignum.it*.

³ Ai profili tributari è dedicata l'analisi di A. Lomonaco, *Questioni in tema di profili fiscali del c.d. Rent to buy: spunti di riflessione*, Studio Tributario n. 490-2013/T, approvato dal consiglio Nazionale nella seduta del 25-26 luglio 2013.

(4) Attenta disamina è stata realizzata da D. Poletti, *I c.d. contratti "rent to buy"*, relazione presentata al convegno *Crisi economica e categorie civilistiche*, organizzato a Roma il 28 giugno 2013 dall'Associazione civilisti italiani.

(5) L'interrogativo evoca quello sorto a margine del patto di famiglia, relativamente alla possibile riqualificazione delle donazioni pregresse, oggetto della raffinata analisi di G. Amadio, *Atribuzioni liberali e «riqualificazione della causa»*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 491 ss.

(6) "L'art. 1526 c.c. non indica criteri interpretativi ma riconosce al giudice del merito l'apprezzamento di fatto, potendo incidere in via equitativa sull'equilibrio contrattuale, come soluzione per evitare indebiti arricchimenti a danno dell'utilizzatore e dei suoi creditori. Considerando la concreta determinazione dell'importo dell'equo compenso, quindi, questo potrà legittimamente superare il corrispettivo del temporaneo godimento del bene. Mentre, una volta recuperato, da parte del concedente il capitale monetario investito nell'operazione in vista del lucro corrispondente tramite il compenso ed il residuo valore del bene, il risarcimento del danno non sarà rapportato all'intera differenza necessaria per realizzare il guadagno previsto. Infatti, attraverso l'anticipato recupero del bene e del suo valore, il concedente è in grado di ottenere, mediante il reimpiego di quel valore, un utile proporzionale, che deve essere quindi calcolato in detrazione rispetto alla somma che l'utilizzatore stesso avrebbe ancora dovuto pagare nel caso in cui il rapporto fosse continuato": Cass., 7. 2. 2012, n. 1695, in *Diritto & Giustizia* 2012. La disposizione è, notoriamente, al centro del contenzioso in tema di leasing. Tra le numerosissime decisioni si segnala quella dalla quale è stata extrapolata la massima secondo cui "Ricorre la figura del leasing di godimento allorquando: l'insieme dei canoni di cui il contratto prevede il pagamento per l'arco della sua durata è inferiore, in modo consistente, alla remunerazione del capitale investito nell'operazione di acquisto e concessione in godimento del bene e lascia non coperta una non irrilevante parte di questo capitale, il prezzo pattuito per l'opzione è di corrispondente altezza, è prevista un'alternativa all'opzione sotto forma di rinnovazione del contratto. Al contrario, se l'insieme dei canoni che devono essere pagati dal conduttore remunera interamente il capitale impiegato nell'operazione e il prezzo di opzione è in rapporto a quell'insieme sostanzialmente irrilevante, in questo caso per accertare se si è in presenza di un leasing traslativo ovvero di un leasing di godimento occorre porre a raffronto, non l'insieme dei canoni e il prezzo d'opzione, ma il prevedibile valore residuo del bene alla scadenza del contratto e il prezzo d'opzione, perché se il primo sopravanza in modo non indifferente il secondo, ciò sta a significare che i canoni hanno incluso per una parte il corrispettivo del valore d'uso e per un'altra il corrispettivo del valore d'appartenenza": Cass., 25. 1. 2011, n. 1748, in *Guida al diritto*, 2011, 49. Conforme Cass. 30. 4. 2012, n. 6634, in *Guida al diritto*, 2012, 27, 54.

(7) "La compravendita immobiliare sottoposta alla condizione del pagamento del prezzo si inquadra nella figura della compravendita con riserva di proprietà e il trasferimento del relativo diritto si realizza col pagamento dell'ultima rata del prezzo; l'art. 1360 sulla retroattività della condizione non opera infatti tutte le volte che, per volontà delle parti o per la natura del rapporto, gli effetti del contratto debbano essere riportati a un momento diverso da quello della conclusione del contratto. (Nella specie si è affermato che l'assegnazione in proprietà di un alloggio di edilizia economica e popolare opera dal momento del pagamento integrale del prezzo e che da tale momento decorre il divieto di alienazione del bene)": Cass., 8. 4. 1999, n. 3415.

(8) "Stante il principio generale dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c. - da cui deriva il potere delle parti di determinare liberamente entro i limiti imposti dalla legge il contenuto del contratto anche in ordine alla rilevanza attribuita all'uno piuttosto che all'altro degli elementi costitutivi della fattispecie astrattamente disciplinata - i contraenti possono validamente prevedere come evento condizionante (in senso sospensivo o risolutivo dell'efficacia) il concreto adempimento (o inadempimento) di una delle obbligazioni principali del contratto (fattispecie relativa ad un preliminare di compravendita avente ad oggetto un fondo rustico con annessi fabbricati in cui le parti avevano stabilito che il contratto definitivo sarebbe stato stipulato entro otto mesi dal preliminare stesso, purché nelle more fosse stata rilasciata la concessione edilizia in sanatoria per le opere abusive. Si precisava inoltre che, se nel suddetto termine la concessione in sanatoria non fosse stata rilasciata, l'atto notarile definitivo sarebbe stato stipulato entro e non oltre il quindicesimo giorno successivo a quello della consegna da parte dei promittenti venditori al promissario acquirente di copia della concessione in sanatoria)": Cass., 12. 7. 2013, n. 17287, in *Diritto & Giustizia* 2013.

(9) Tra i quali la convinzione che il Notariato esista soltanto in Italia, del tutto infondata, come ho illustrato in *La collocazione del notaio negli ordinamenti stranieri*, in *Notai e Costituzione*. Atti del Convegno di Assonotai - Campania - Napoli, 12 dicembre 2008, Milano, Ipsoa, 2009, p.81 ss.

Giurisprudenza recente in tema di danni cagionati dal minore a terzi*

Antonio Fontana

Professore nell'Università di Genova

Sommario: 1. La capacità d'intendere e di volere come linea di confine tra l'ambito di applicabilità dell'art. 2047 e quello dell'art. 2048 cod. civ. - 2. Elementi oggettivi ed elementi soggettivi dell'illecito. - 3. L'atto dannoso ma lecito: un esempio tratto dall'attività sportiva. - 4. Il danno cagionato dal minore incapace d'intendere o di volere. La responsabilità del sorvegliante. - 5. Il danno cagionato dal minore capace d'intendere e di volere. La responsabilità dei genitori. *Culpa in vigilando* e *culpa in educando*. Rilevanti critici. - 6. Considerazioni conclusive.

1. La capacità d'intendere e di volere come linea di confine tra l'ambito di applicabilità dell'art. 2047 cod. civ. e quello dell'art. 2048.

Il tema della responsabilità per i danni che il minore cagiona a terzi presenta due aspetti, che occorre tenere distinti, perché ad essi corrispondono due normative diverse. Se il minore è privo della capacità d'intendere e di volere si applica l'art. 2047 cod. civ.; se invece ne è dotato, l'art. 2048.

"Incapacità d'intendere e di volere" è locuzione d'ampia portata, di cui il legislatore si è avvalso nel dettare la disciplina di molteplici istituti (1); nel nostro campo d'indagine essa viene usata per indicare "la inidoneità psichica della persona a comprendere la rilevanza sociale negativa delle proprie azioni e a decidere autonomamente il proprio comportamento" (2).

Allorché si tratta di minori la causa più frequente e, si potrebbe dire, fisiologica di tale inettitudine è quella che si ricollega all'età. Il Codice penale contiene in proposito, all'art. 97, una disposizione che più chiara non potrebbe essere: "Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i quattordici anni". Il diritto civile, invece, nulla dispone in merito, e si ritiene concordemente che la norma penalistica appena citata non possa trovare in esso applicazione, neppure per analogia. La capacità (o l'incapacità) del minore dev'essere quindi accertata dal giudice caso per caso. Si tratta, com'è ovvio, di un giudizio di fatto, non censurabile in Cassazione, purché adeguatamente motivato. Può accadere pertanto che anche un minore di quattordici anni, non perseguibile penalmente, possa essere chiamato a rispondere, in sede civile, del danno che ha cagionato. Secondo un orientamento consolidato della Suprema Corte (3) a tal fine si dovrà tener conto, oltre che dell'età, delle modalità del fatto, dello sviluppo fisico e intellettuale del soggetto, di eventuali malattie pregresse o in corso, del suo ambiente familiare, della sua forza di carattere. A questi parametri tradizionali credo che oggi se ne possano e debbano aggiungere altri, quali, ad es., la provenienza della persona (si pensi al triste fenomeno dell'immigrazione da Paesi sottosviluppati), e, quindi, il suo grado di conoscenza della lingua e dei costumi italiani: per non parlare dell'uso di alcool e droghe, purtroppo sempre maggiore anche fra giovani e giovanissimi.

* Lezione tenuta il 7 novembre 2013 alla Scuola Forense De Andrè di Genova.

2. Elementi oggettivi ed elementi soggettivi dell'illecito - Nell'illecito civile si distinguono due profili: quello oggettivo e quello soggettivo. Il primo comprende il fatto, il danno ingiusto ed il rapporto di causalità che collega l'uno all'altro. Il secondo è costituito da un atteggiamento della volontà umana, che può presentarsi nella forma del dolo o in quella della colpa. Queste nozioni istituzionali, che qui basta richiamare nel modo più conciso, mi hanno indotto a classificare secondo lo schema seguente le sentenze che presento alla vostra attenzione, scelte fra quelle che mi sono parse più significative di questi ultimi anni.

3. L'atto dannoso ma lecito. Un esempio tratto dall'attività sportiva.

Ancor prima di accertare se il minore sia o no capace d'intendere e di volere, il giudice dovrà valutare il suo comportamento dal punto di vista obiettivo, per verificare se sia davvero *contra ius*. Qualora tale indagine si concluda negativamente ciò basterà ad escludere qualunque responsabilità, sia del minore sia di altri. Nel caso che ci apprestiamo a considerare (4) mancava, per l'appunto, l'ingiustizia del danno, ossia la lesione di un interesse che l'ordinamento giuridico ritenga meritevole di tutela. Di conseguenza, tale danno è stato lasciato a carico di chi lo aveva subito.

Ecco, in sintesi, la vicenda. Nel corso di una partita di calcio fra ragazzi, uno di essi era stato colpito da un giocatore della squadra avversaria con una testata, riportando "un trauma facciale con avulsione...dell'incisivo sinistro e frattura del secondo incisivo". Nel giudizio di primo grado i suoi genitori avevano ottenuto la condanna dell'associazione sportiva al risarcimento ex art. 2047, ma già in appello la sentenza era stata riformata, perché il fatto che aveva cagionato la lesione non era stato ritenuto "incompatibile...con il tipo di gioco praticato". Dello stesso avviso si è dichiarata la Cassazione. Il Supremo Collegio ha richiamato i principi, già enunciati in sue precedenti decisioni, secondo cui "qualora siano derivate lesioni personali ad un partecipante all'attività sportiva a seguito di un fatto posto in essere da un altro partecipante, il criterio per individuare in quali ipotesi il comportamento che ha provocato il danno sia esente da responsabilità civile sta nello stretto collegamento funzionale tra gioco ed evento lesivo, collegamento che va escluso se l'atto sia stato compiuto allo scopo di ledere, ovvero con una violenza incompatibile con le caratteristiche concrete del gioco". Con la conseguenza che "la responsabilità non sussiste invece se le lesioni siano la conseguenza di un atto posto in essere senza la volontà di ledere e senza la violazione delle regole dell'attività". Ha quindi rilevato che il giudice d'appello aveva "tenuto conto che si trattava di una partita di calcio tra giovanissimi giocatori; che lo scontro era avvenuto nell'ambito del gioco ed era a questo collegato; che non vi era volontà di ledere; che tutti i giocatori erano dilettanti: che, tenuto conto di tutte le circostanze, il grado di irruenza dello scontro era compatibile con le caratteristiche di una partita di calcio". Sullo sfondo di questa pronuncia è facile intravedere una valutazione, in termini positivi, del tipo di sport, la cui pratica aveva dato origine all'incidente. Infatti il calcio, da un lato, favorisce non soltanto lo sviluppo fisico dei giovani, ma, in quanto gioco di squadra, anche il loro affiatamento, dall'altro, non richiede azioni di particolare violenza (come, ad es., il pugilato), sicché il margine di rischio che comporta quando la competizione si mantenga entro il rispetto delle norme all'uopo stabilite dalle autorità competenti può essere ritenuto socialmente accettabile. Dal punto di vista della teoria del diritto abbiamo qui un'applicazione della figura, ormai ben nota, dell'atto dannoso sì, ma tuttavia lecito.

4. Il danno cagionato dal minore incapace d'intendere o di volere. La responsabilità del sorvegliante.

La seconda ipotesi ricorre quando gli elementi oggettivi dell'illecito vi siano tutti, e manchi soltanto la capacità d'intendere e di volere del minore. In tal caso quest'ultimo non sarà responsabile, ma risponderà chi era tenuto a sorvegliarlo, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto. Ed è appena il caso di aggiungere che il sorvegliante non risponderà per un fatto altrui, ma per un fatto proprio. Il filone dottrinale (5) al quale ritengo di dover aderire, inquadra questa figura non già tra quelle di responsabilità oggettiva, ma tra quelle di responsabilità aggravata. Qui abbiamo infatti una presunzione di colpa (*culpa in vigilando*) posta dalla legge a carico del sorvegliante, ma si tratta di una presunzione relativa, che può essere vinta dalla prova contraria, la quale dovrà consistere nella prova della mancanza di colpa, o, se si preferisce, in quella di aver fatto tutto il possibile per impedire l'evento dannoso. Dal che si deduce che la colpa consisterà in un comportamento omissivo, e non commissivo.

Ecco un caso, deciso dal tribunale di Milano (6). Una signora, appena uscita dal portone di casa sua, mentre si trovava sul marciapiede, era stata investita alle spalle da un "velocipede Decathlon Cross", guidato da un bambino di quattro anni, per cui era caduta a terra riportando la "frattura scomposta pluriframmentaria della rotula sinistra". Ha pertanto convenuto in giudizio il padre del piccolo investitore, per sentirlo condannare al risarcimento dei danni, e la sua domanda è stata accolta. Il giudice ha avuto cura, anzitutto, di porre in rilievo il nesso eziologico intercorrente fra le lesioni subite dalla donna e la condotta del bambino che l'aveva travolta "non essendo riuscito a fermarsi per la velocità a cui stava pedalando, velocità non congrua allo stato del luogo dove stava circolando, adibito al passaggio dei pedoni, e per la sua inesperienza", dovuta al fatto che, per ammissione del padre stesso, aveva imparato ad andare in bicicletta solo da un anno. Ma - si è affrettato a soggiungere - "Il minore...data la sua età...va considerato incapace d'intendere e di volere, cioè non in grado di comprendere la portata dei suoi gesti e le conseguenze della sua condotta, quindi nessuna imputabilità del fatto dannoso può essergli attribuita". Perciò ha applicato non l'art. 2048, come erroneamente avevano chiesto i patroni di parte attrice, bensì il 2047. Quest'ultimo - ha osservato - "pone per i genitori, quali soggetti cui è demandata la sorveglianza del minore incapace d'intendere e di volere che abbia commesso un fatto dannoso, un principio di responsabilità che si fonda su una presunzione *iuris tantum* di difetto di sorveglianza e di vigilanza; per sottrarsi a tale responsabilità i genitori devono dimostrare di non aver potuto impedire il fatto". Ed ha concluso: "Nel caso di specie tale prova non è stata fornita, anzi, è stato ammesso dal padre...di essere stato distante dal figlioletto al momento del sinistro circa 20-30 metri, distanza che sicuramente non gli permetteva un'attenta vigilanza del bimbo....Inoltre va osservato che il genitore non avrebbe dovuto consentire la circolazione del figlio sul marciapiede, in bicicletta, a velocità sostenuta, considerando anche che il passaggio era ulteriormente ristretto dalla presenza delle macchine in sosta, ancorché irregolare, ma determinanti una situazione ben visibile....In alternativa...avrebbe dovuto accompagnare il minore e stargli accanto in modo da poterlo controllare direttamente e fare in modo che moderasse la velocità."

5. Il danno cagionato dal minore capace d'intendere e di volere. La responsabilità dei genitori. *Culpa in educando*. Rilievi critici.

La terza ipotesi si ha quando, oltre agli elementi oggettivi dell'illecito sussiste anche la capacità d'intendere e di volere del

minore. In tal caso egli risponde del suo comportamento, e quindi è tenuto a risarcire il danno, in base alla norma generale di cui all'art. 2043, od a quell'altra che il giudice ritenga applicabile; assai frequente è il ricorso all'art. 2054, dato che gli incidenti stradali sono ormai divenuti un fenomeno di massa: ne vedremo subito un esempio. Inoltre rispondono, in via solidale, i soggetti indicati dall'art. 2048: genitori, tutori, precettori e maestri d'arte, salva, anche qui, la prova di non aver potuto impedire il fatto: responsabilità aggravata, dunque, proprio come per l'art. 2047, e non oggettiva. Veniamo alla casistica.

A)- Un diciassettenne aveva dato un "passaggio" ad un amico sul proprio ciclomotore, benché questo fosse omologato per il trasporto del solo conducente, ed entrambi avevano subito lesioni, con postumi permanenti, a causa dell'impatto con un'autovettura che procedeva in senso opposto. I giudici d'appello (7) avevano affermato: 1°) la colpa, e quindi la responsabilità, del giovane perché "costituisce massima d'esperienza comune la circostanza che l'impianto frenante di un ciclomotore, progettato per una sola persona, abbia un'efficacia ben minore quando il mezzo sia appesantito per effetto del maggior peso determinato dalla presenza di un passeggero a bordo"; 2°) la responsabilità concorrente dei suoi genitori, "fondata...sulla mancata dimostrazione di adeguata vigilanza da parte loro, "sulla condotta del minore in ordine alle modalità di utilizzo del ciclomotore".

Sulla prima conclusione sono d'accordo. La seconda, invece, mi lascia alquanto perplesso. La vigilanza rientra fra i doveri dei genitori, questo è vero; ma è altrettanto vero che non può essere esercitata sempre nelle medesime forme e con la medesima intensità. Non occorre aver studiato pedagogia per comprendere che essa va graduata, tenendo conto di tutti i fattori che concorrono a individuare la condizione personale del figlio, e quindi, in primo luogo, della sua età. Nella specie si trattava di un diciassettenne, cioè, per la mentalità odierna, di un giovanotto, dotato ormai di un'ampia sfera di autonomia, attribuitagli dalla legge stessa. Basti pensare che egli avrebbe potuto, ad es., riconoscere un figlio naturale, accettare o rifiutare di essere adottato, prestare il proprio lavoro alle dipendenze di persona estranea alla famiglia, riscuotere la relativa retribuzione, iscriversi ad un sindacato, impugnare un licenziamento ritenuto illegittimo, ecc. Assurdo quindi pretendere, dai suoi genitori, che gli "impedissero" di invitare sul proprio ciclomotore un passeggero. Al massimo questi avrebbero potuto raccomandargli di essere prudente, richiamando la sua attenzione sul rischio cui un tale invito lo avrebbe esposto, guardandosi bene, però, dal ricorrere alle "maniere forti", perché, se da un lato esiste il dovere di vigilanza, dall'altro incombe il divieto, penalmente sanzionato, di abusare dei mezzi di correzione.

Ma di ciò il Supremo Collegio (8) non si è dato alcun pensiero, ed ha confermato *in toto* la sentenza della Corte di merito.

B)- Ancor più discutibile sembra questa decisione (9) con cui pongo fine alla mia breve rassegna.

Un carabiniere, che aveva permesso alla fidanzata, minorenni, di giocherellare con la sua pistola d'ordinanza, era rimasto ucciso da un colpo esplosivo accidentalmente. Anche in questo caso, oltre alla responsabilità della ragazza, i giudici di merito avevano ravvisato quella dei suoi genitori. Ma, a differenza di quanto abbiamo letto nella decisione precedente, l'avevano fondata su di una presunzione di colpa non già *in vigilando*, bensì *in educando*. In tal modo avevano aderito ad un orientamento della Cassazione che ha radici assai lontane nel tempo. Comporti (10) riferisce infatti la massima se-

guente, documentando com'essa si fosse consolidata già agli inizi del secolo scorso, quindi ancor prima che entrasse in vigore il Codice del 1942: "La responsabilità del genitore per l'atto illecito commesso dal figlio minore con lui convivente può essere causata, oltre che dal difetto di sorveglianza, anche dalla mancata e trascurata educazione. La prova contraria alla presunzione di responsabilità...presuppone pertanto la dimostrazione da parte del genitore della assenza di ogni sua colpa precedente il fatto illecito anche per quanto riguarda l'esercizio dei doveri della patria potestà inerenti ad una sana educazione del figlio".

Ebbene, il Supremo Collegio, davanti al quale si è conclusa la vicenda che ho cercato di riassumere, con la citata sentenza n. 4395 del 2012, si è mantenuto sulle stesse, identiche posizioni. Nel confermare il verdetto della Corte d'Appello si è dichiarato "ben consapevole del rilievo che, in tal modo, si finisce col configurare a carico dei genitori del minore, soprattutto se prossimo alla maggiore età, una forma di responsabilità che *rischia di rasentare quella oggettiva* (11). Tanto più in relazione al principio secondo il quale non è sufficiente, ai fini della prova di non aver potuto impedire il fatto (di cui al terzo comma dell'art. 2048) dimostrare di avere genericamente dato un'educazione al minore, ovvero di averlo avviato al lavoro, ma è necessario dimostrare in modo rigoroso di aver impartito insegnamenti adeguati e sufficienti per educarlo ad una corretta vita di relazione". Tuttavia, ha ribadito la propria convinzione "che tale orientamento vada tenuto fermo, considerato anche che esso, per un verso, ingenera il possibile interesse anche economico dei genitori ad impartire ai figli un'educazione che li induca a percepire il disvalore sociale dei comportamenti pericolosi per gli altri; e, per altro verso, è in sé idoneo a sollecitare la precauzione dei minori allo stesso fine, anche per il timore della possibile reazione dei genitori che fossero chiamati a rispondere delle conseguenze dei loro atti illeciti in danno dei terzi". Non basta: ha pure riaffermato che vi sono casi in cui ogni tentativo, da parte dei genitori, di fornire la prova contraria, è condannato in partenza all'insuccesso, perché il comportamento del minore, già di per sé, dimostra irrefutabilmente che egli non ha recepito nemmeno quei valori elementari, senza dei quali è impossibile una convivenza civile: *res ipsa loquitur*. Testualmente: "...l'inadeguatezza del grado di educazione del figlio minore non incapace d'intendere e di volere ben può desumersi, per gli effetti di cui all'art. 2048, primo comma, dalle stesse modalità del fatto".

6. Osservazioni conclusive.

In dottrina quest'orientamento ha trovato ben pochi sostenitori. Molti sono stati invece quelli che lo hanno criticato, rimproverandogli di essere troppo rigoroso, fino al punto di pretendere dai genitori una *probatio diabolica*: basti qui ricordare come, già nei primi anni del dopoguerra, sulla questione fosse ripetutamente intervenuto un Maestro quale Alberto Trabucchi (12). Ma i nostri giudici, tranne rarissime eccezioni, vi si mantengono fedeli ormai da oltre un secolo. Anzi, le pronunzie più recenti hanno smentito seccamente le pur timide speranze di una "svolta" che da taluno (13) erano state affacciate. Ciò ha indotto a ritenere che esso corrisponda ad una scelta di fondo dettata da valide ragioni di ordine pratico. Ragioni che dai più vengono ricondotte ad un atteggiamento di favore nei confronti del danneggiato. *Vulneratus ante omnia reficiendus*: ma ben di rado egli potrebbe conseguire il risarcimento che gli è dovuto, se potesse esperire la relativa azione solo nei confronti del minore che, di regola, non dispone ancora di un patrimonio o di rendite tali da farne un debitore solvibile. Da ciò la ten-

denza ad estendere al massimo la responsabilità dei suoi genitori, visti come "garanti" per le malefatte del figlio (14).

Ma, se è così, meglio sarebbe, a mio sommo avviso, "saltare il fosso": abbandonare il criterio della colpa presunta per configurare, anche in questa ipotesi, una *vera* responsabilità oggettiva, senza le cortine fumogene cui la Cassazione è costretta a ricorrere per salvaguardare almeno una parvenza di rispetto della formulazione testuale della norma; responsabilità fondata esclusivamente sullo strettissimo rapporto di parentela che lega gli uni all'altro. Ciò che il legislatore potrebbe fare agevolmente: basterebbe sopprimere l'ultimo comma dell'art. 2048, prendendo atto della *interpretatio abrogans* che la giurisprudenza, sostanzialmente, già adesso ne dà.

Note:

(1) Senza spingersi al di là del Codice civile si possono ricordare, oltre, naturalmente, agli artt. 2046-7, gli artt. 120, primo comma; 428; 591, secondo comma, n. 3; 775; 1389, primo comma.

(2) È questa la definizione proposta da Bianca, *Diritto civile. V La responsabilità*, Milano, 1994, 657, ripresa puntualmente da Comporti, nel *Commentario al cod. civ.* fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2012, sub art. 2046, 61.

(3) Cfr., fra molte altre, Cass. 26 giugno 2001 n. 8740 in *Foro it.*, 2001, I, 3098 con Nota di Di Ciommo, *L'illiceità (o anti-giuridicità) del fatto del minore (o dell'incapace) come presupposto per l'applicazione dell'art. 2048 (o 2047) cod. civ.*, e in *Giur. it.*, 2002, I, 1167, con Nota di Poncibò, *Gioco, sport e responsabilità aquiliana*. Nella specie si trattava di un dodicenne, che aveva urtato e fatto cadere una sua coetanea, mentre giocavano a "ruba bandiera" durante un campo scuola organizzato dalla parrocchia.

(4) Cass. 30 marzo 2011 n. 7247 in *Fam. e dir.*, 2012, 143, con Nota di Cimmino, nella cui motivazione si legge: "Va...osservato quanto alla responsabilità del soggetto che ha la sorveglianza dell'incapace, che l'art. 2047 non fa riferimento al fatto illecito...ma esclusivamente al fatto" senza alcun aggettivo qualificativo. "Invece l'art. 2048 in tema di responsabilità dei genitori e degli altri soggetti ivi indicati, presuppone che il danno sia stato cagionato da fatto illecito dei figli minori..." Ma, escluso l'elemento psicologico del dolo o della colpa, indispensabili per la configurabilità dell'illecito, "per potersi avere la responsabilità del sorvegliante a norma dell'art. 2047 è tuttavia necessario che il fatto dell'incapace presenti tutte le altre caratteristiche dell'anti-giuridicità". Da ciò il corollario che "non ogni fatto dell'incapace espone il sorvegliante dello stesso all'obbligo del risarcimento".

(5) Cfr., per tutti, Bianca, *Diritto civile. V La responsabilità*, cit., 685 ss.

(6) Trib. Milano 15 maggio 2012, in *Foro it.*, 2012, I, 2194.

(7) Della sentenza di primo grado non si ha notizia.

(8) Cass. 29 novembre 2011 n. 25218, in *Danno e resp.*, 2012, 267, con Nota di Benedetti.

(9) Cass. 20 marzo 2012 n. 4395, *ibidem*, 2012, 1219, con Nota di Di-mattia

(10) *Op. cit.*, pp. 238-9, testo e nt. 49

(11) Corsivo mio.

(12) Cfr. le Note a Cass. 22 febbraio 1946 n. 187 e 14 giugno 1952 n. 1701, entrambe in *Giur. it.*, rispettivamente 1947, I, 181 e 1953, I, 283; la seconda ripubblicata nella raccolta di scritti *Cinquant'anni nell'esperienza giuridica*, Padova, 1988, 1203 ss.

(13) Comporti, *op. cit.*, 270 ss., cui rinvio anche per una ricostruzione aggiornata dell'intera vicenda.

(14) In ciò è da ravvisare un'applicazione del principio detto, in termini assai efficaci, della "tasca profonda", su cui v. soprattutto, in chiave di analisi economica del diritto, Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, disponibile anche nella traduzione italiana di De Vita, Varano, Vigoriti, Milano, 1975, 63.

Gli organi del condominio dopo la legge n. 220/2012

Patrizia Trabucco

Avvocato, Foro di Genova

Sommario. 1. *Prime osservazioni, allo stato dell'arte.* - 2. *Il consiglio di condominio.* - 3. *L'assemblea condominiale.* - 4. *L'amministratore di condominio. Una nuova figura professionale?*

1. Prime osservazioni, allo stato dell'arte.

Molte sono le modifiche (1) che la riforma del condominio (Legge n. 220 del 11.12.12, in vigore dal 18.06.13) (2) ha apportato, ed in particolare, agli "Organi" (3) del condominio - costituiti dall'assemblea, dall'amministratore e dal c.d. consiglio di condominio - modifiche, in parte, volte alla codificazione dei più recenti orientamenti giurisprudenziali in materia, spesso formati per colmare lacune normative, anche se con alcune (rilevanti o meno) eccezioni: ad esempio, la riforma condominiale, in senso opposto alla giurisprudenza corrente, prevede la responsabilità solidale del condomino nudo proprietario e dell'usufruttuario per il pagamento dei contributi condominiali, sia per le spese ordinarie, che per quelle straordinarie. *Incidenter*, il periodo temporale trascorso dalla pubblicazione della Legge n. 220/12, fino alla sua entrata in vigore a far data dal 18 Giugno 2013, fa pensare che il legislatore abbia voluto porre Giudici, Avvocati, Amministratori e, comunque i vari "operatori del diritto" interessati alla materia condominiale, in condizioni di poter organizzare una qualche forma di *modus operandi* in detta materia, avendo a disposizione un congruo lasso di tempo; ciò forse per meglio poter "metabolizzare" le novità normative ed anche per porre gli operatori professionali in materia di condominio negli edifici (si pensi in particolare agli Amministratori di condominio), in condizione di poter "riorganizzare" i propri uffici ed attività, tenuto conto delle novità introdotte dalla legge di riforma,(4) come si vedrà meglio *infra*, con riferimento, in specie, ai c.d. "Organi" condominiali. (5)

2. Il consiglio di condominio.

Per entrare subito in argomento, un primo cenno merita il consiglio di condominio che, pur essendo un organo con il quale pressoché tutti hanno avuto o hanno a che fare (se non per ragioni professionali, nella vita tutti i giorni, essendo assai frequente la presenza dei Consiglieri all'interno del condominio), prima della legge di riforma non trovava alcuna previsione normativa. (6) Precedentemente, infatti, i Consiglieri comparivano esclusivamente nei Regolamenti di condominio come figura di raccordo tra assemblea ed amministratore, funzione di evidente utilità soprattutto laddove l'amministratore non era anche condomino o, comunque, non risiedeva nel palazzo. Comprensibilmente, quindi, viste le caratteristiche delle funzioni svolte dal consiglio, non si rinvia giurisprudenza che abbia affrontato in maniera approfondita l'argomento, se non un'isolata pronuncia di merito che chiarisce come per la nomina dei Consiglieri occorra la stessa maggioranza richiesta per quella dell'amministratore (e quindi la maggioranza degli intervenuti all'assemblea che rappresenti almeno la metà del valore dell'edificio).

La riforma, invece, all'ultimo comma dell'art. 1130 bis c. c. dedicato al rendiconto condominiale e, quindi, con collocazione non casuale, viste le funzioni consultive e di controllo attribuite al consiglio, ha espressamente previsto che "L'as-

semblea può anche nominare oltre all'amministratore, un consiglio di condominio composto da almeno tre condomini negli edifici di almeno dodici unità immobiliari. Il consiglio ha funzioni consultive e di controllo".

3. L'assemblea condominiale.

Per quanto concerne invece l'assemblea (7) la riforma ha innanzitutto fatto chiarezza su due punti carenti (ed oggetto di svariate e contrastanti interpretazioni giurisprudenziali) nella normativa precedente: la convocazione e le deleghe. (8)

Circa la convocazione, l'art. 66 Disp. Att. del c. c. ha per la prima volta elencato chiaramente i mezzi con cui l'assemblea può essere convocata individuandoli, oltre che nella consolidata forma della raccomandata o della consegna a mani, anche nella *pec* e nel *fax*. Anche con l'intento di contenere i costi, all'ultimo comma, lo stesso articolo ha, poi, previsto la possibilità di fissare più riunioni consecutive tramite un solo avviso di convocazione, modalità assai utile in caso di lavori straordinari.

Oltre a quanto sopra è stato altresì chiarito sia il contenuto che l'avviso di convocazione deve avere (indicazione specifica di Ordine del Giorno, giorno, ora e luogo in cui si svolgerà la riunione), sia che lo stesso deve essere comunicato almeno cinque giorni prima della data fissata per l'adunanza in prima convocazione, prevedendo espressamente che "in caso di omessa, tardiva o incompleta convocazione degli aventi diritto, la deliberazione assembleare è annullabile ai sensi dell'art. 1137 del codice su istanza dei dissenzienti o assenti perché non ritualmente convocati". (9)

Il successivo art. 67 Disp. Att. c. c. è invece intervenuto a fare chiarezza sul tema deleghe, da un lato prevedendo espressamente che il condomino può intervenire all'assemblea anche a mezzo di rappresentante munito di delega scritta, dall'altro introducendo divieti (all'amministratore non possono essere conferite deleghe per la partecipazione ad alcuna assemblea, statuizione che eviterà per il futuro tutte le questioni e le impugnazioni legate a possibili conflitti di interessi) e ponendo limiti circa i condomini che ciascun delegato può rappresentare, nonché specifiche di vario genere.

Il novellato art. 1136 c. c. ridefinisce in maniera chiara anche il *quorum* costitutivo e deliberativo, introducendo - con previsione normativa che mancava nel testo previgente - l'esplicita indicazione, mutuata dall'elaborazione giurisprudenziale, del *quorum* occorrente per la validità della costituzione dell'assemblea in seconda convocazione, individuata in 1/3 dei partecipanti al condominio che rappresentino almeno 1/3 del valore dell'edificio. Nell'ottica di facilitare l'assunzione delle delibere ed impedire così che la scarsa partecipazione alle Assemblee giunga a paralizzare la vita del condominio, la legge di riforma ha invece modificato il *quorum* occorrente per la validità delle delibere assunte in seconda convocazione, abbassandolo alla maggioranza degli intervenuti all'assemblea che rappresentino almeno 1/3 del valore dell'edificio. Sempre il nuovo testo dell'art. 1136 c. c. ha poi previsto che con il voto favorevole della maggioranza degli intervenuti che rappresentino però almeno la metà del valore dell'edificio (e cioè quella del secondo comma) possano - e debbano essere adottate tutta una serie di delibere per la realizzazione di opere, da quelle volte all'eliminazione delle barriere architettoniche a quelle relative agli impianti centralizzati per la ricezione televisiva od altro ancora.

Da ultimo, per quanto concerne le modifiche attuate dalla riforma in tema di assemblea, mi limito a segnalare che l'art. 1137 c. c., oltre a descrivere analiticamente l'impugnazione

delle delibera, ha altresì previsto espressamente - ponendo anche in questo caso fine a potenziali e discordanti pronunce in tema di legittimazione attiva - che anche il condomino astenuto ha la facoltà di impugnare-.

4. L'amministratore di condominio. Una nuova figura professionale?

Ma è sicuramente la figura dell'amministratore quella che tra gli "Organi" del condominio è stata maggiormente interessata dalla riforma,⁽¹⁰⁾ che è intervenuta su molti aspetti al fine di realizzare una maggior trasparenza nella gestione condominiale, consentendo ai condomini, da un lato, di verificare la professionalità e, dall'altro, l'operato della persona cui il condominio si affida. In questa sede, ed allo stato, circa la "configurazione professionale" dell'amministratore di condominio, ci si può solo limitarsi a dire che la stessa potrebbe rientrare in quella di "professione non organizzata" di cui alla Legge 14 gennaio 2013, n. 4.⁽¹¹⁾

Ragioni di spazio mi obbligano ad accennare solamente a quelle che sono le modifiche, prima fra tutte l'introduzione dei requisiti di nomina previsti appositamente dall'art. 71 bis Disp. Att. c. c.. Accanto ad una serie di previsioni in negativo (quali tra le altre il non aver riportato condanne per delitti non colposi con specificazione del tetto di pena o il non essere inseriti nell'elenco dei protesti cambiari), ve ne sono diverse che impongono obblighi, quali l'essere in possesso di un diploma di scuola media superiore o l'aver frequentato un corso di formazione iniziale (requisiti non necessari se l'amministratore è un condomino o se aveva già svolto tale funzione per almeno un anno nei tre precedenti all'entrata in vigore della riforma), o ancora quello di svolgere attività di formazione periodica in materia.

Ancora in tema di nomina va segnalato che la riforma (art. 1129 c. c.) ha aumentato da 4 a 8 il numero dei condomini oltre i quali l'amministratore è obbligatorio, estendendo espressamente anche all'amministratore dimissionario - oltre che a ciascun condomino - la legittimazione attiva alla proposizione del ricorso per la nomina da parte dell'Autorità Giudiziaria. Contestualmente all'accettazione dell'incarico l'amministratore dovrà poi effettuare tutta una serie di comunicazioni (dall'indicazione delle proprie generalità, da affiggere anche nel luogo di accesso al condominio, a quella di giorni ed ore in cui è possibile prendere visione dei documenti condominiali) ed in primo luogo, a pena di nullità della delibera di nomina, l'indicazione specifica del proprio compenso. Altre previsioni riguardano poi l'obbligatorietà del conto corrente condominiale, la durata della carica (fissata in un anno e da intendersi rinnovata per egual durata), la possibilità di revoca in ogni tempo da parte dell'assemblea o disposta dall'Autorità Giudiziaria su ricorso di ciascun condomino per tutta una serie di ipotesi, tra cui un elenco di ben otto gravi irregolarità che vanno dalla mancata apertura/utilizzazione del conto corrente condominiale, al non aver curato diligentemente le azioni di recupero crediti, solo per citarne qualcuna.

Accanto agli obblighi per così dire "inderogabili" la riforma ne prevede, altresì, alcuni operanti solo su richiesta dell'assemblea o dai quali, all'inverso, l'amministratore può essere dalla stessa dispensato: e così per le azioni di recupero crediti, che l'art. 1129 c.c. prevede come obbligatorie entro sei mesi dalla chiusura dell'esercizio, salvo appunto dispensa, o la presentazione di polizza assicurativa per la responsabilità civile, cui l'assemblea può subordinare la nomina o ancora, in base all'art. 71 Disp. Att. c. c., l'attivazione di un sito In-

ternet contenente i documenti condominiali specificati dalla delibera che lo prevede.

Un elenco di ulteriori dieci attribuzioni è poi contenuto nell'art. 1130 c.c. che - accanto a quelle originariamente previste dalla normativa previgente, quali l'eseguire le delibere assembleari o curare l'osservanza del Regolamento del condominio, in parte anch'esse modificate o comunque meglio specificate - ha introdotto a carico dell'amministratore l'obbligo di tenere ben quattro registri. A quello dei verbali delle Assemblee, già presente nella precedente normativa si affiancano adesso quello dell'anagrafe condominiale, quello di nomina e revoca dell'amministratore e quello della contabilità.

Con il che pare esaurita, seppur non certo esaustivamente, l'illustrazione delle principali modifiche attuate dalla riforma relativamente agli "Organi Condominiali": attendiamo ora le prime pronunce di merito per poter valutarne appieno la reale portata⁽¹²⁾.

Note:

(1) Il presente testo riproduce la relazione tenuta in sede di Convegno del 20 Gennaio 2014, svoltosi presso i locali del COA di Genova e organizzato dall'APPC, sulla riforma in materia di condominio negli edifici e viene ad essere una prima lettura delle nuove norme in materia condominiale, in attesa di poter valutare gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali consequenziali. Roberto Negro ha curato l'editing e l'apparato delle note.

(2) Pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 293/12.

(3) Se si volesse far un paragone del *microcosmo* del condominio con il *macrocosmo* dell'attuale Ordinamento Giuridico statale, si potrebbe dire che l'assemblea costituisce l'organo deliberativo e decisivo del condominio, mentre l'amministratore ne costituisce l'organo esecutivo: la nuova figura (ibrida), del consiglio di condominio, normativamente prevista, è una figura intermedia tra il consiglio di Stato e la Corte dei Conti (vedi l'ultimo comma dell'art. 1130 bis c.c.). Il Regolamento di condominio, in quest'ottica, magari insolita, ma non del tutto peregrina, potrebbe assimilarsi alla Carta Costituzionale o allo Statuto del condominio stesso.

(4) Senza alcuna pretesa di esaustività ci si limita qui a dare qualche indicazione di massima sulla (allo stato ancora generica e di prima approssimazione) dottrina e manualistica, *post* riforma. Si veda, in particolare: Tramontano, *Codice Civile spiegato*, Piacenza, 2013; Jerovante - Meo - Nuzzo, *Formulario commentato del condominio*, Torino, 2013; Di Rago, *L'amministratore di condominio e la mediazione delle controversie*, Rimini, 2012; Tortorici (a cura di), *Formulario del condominio*, Milano, 2013; Di Pirro, *Il Nuovo condominio*, Piacenza, 2013; *Il Nuovo condominio dalla A alla Z. Dizionario teorico - pratico della proprietà immobiliare*, Napoli, 2013; Baldacci, *Come applicare la riforma del condominio*, Rimini, 2013; Gallucci, *Il condominio negli edifici. La Nuova Disciplina*, Padova, 2013; Sabatini - Nisi, *Codice del condominio. Disciplina civilistica*, Milano, 2013; Sica, *La nuova disciplina del condominio*, Bologna, 2013; Lazzaro, *Il condominio dopo la riforma*, Milano, 2013; Giuggioli - Giorgetti, *Il Nuovo condominio. Commento alla legge di riforma*, Milano, 2013; Sforza Fogliani, *Codice del condominio negli edifici. Legislazione, Giurisprudenza, Bibliografia e Pratica*, Piacenza, 2013; De Tilla, *Si al "supercondominio", ma "condominio parziale" e "minimo", restano al palo*, in *Guida al Diritto*, Milano, 2013. Inoltre, ben strutturato e preciso ed esaustivo è l'articolo di Bucelli, *La Riforma del condominio. Una prima lettura della legge 11/12/2012, n. 220*, consultabile sul sito internet www.jus.unipi.it

(5) La normativa di cui alla legge n. 220/12, forse saggiamente ed in maniera opportuna, si limita alla descrizione, anche con riferi-

mento alle cose o servizi comuni, di quella particolare entità che è costituita dal condominio negli edifici, senza definire concettualmente la natura giuridica dell'ente, lasciando tale onere, come già *antea* riforma, alla elaborazione della giurisprudenza e della dottrina. La giurisprudenza dominante definiva il condominio come Ente di gestione, peraltro sprovvisto di personalità giuridica distinta da quella dei singoli partecipanti al condominio. Sempre secondo la giurisprudenza precedente alla riforma non sussisterebbe nel nostro ordinamento alcuna norma che consenta di attribuire al condominio la qualità di soggetto di diritto distinto dai titolari delle singole porzioni di edificio: da ciò si poteva desumere che l'esistenza di un amministratore non privava i condomini della facoltà e potestà di agire a difesa degli interessi di inerenza all'edificio costituito in condominio (Vedi: Cass. n. 22942/04 e Cass. 11882/02 *ex pluribus*). In dottrina, rimane un classico: Branca, *Comunione, condominio negli edifici*, in *Comm. Scialoja - Branca*, Artt. 1110 - 1139, V ed., Bologna - Roma, 1972.

(6) Peraltro, anche se in mancanza di espressa previsione normativa, secondo la giurisprudenza prevalente, rientrava comunque nella discrezionalità assembleare il nominare un "consiglio di Amministrazione" o "consiglio dei Condomini", purché i poteri relativi non prevalicassero quelli per legge attribuiti all'amministratore condominiale (Vedi: T. Roma 19 Maggio 1980 e sempre, T. Roma 31 Maggio 1978).

(7) In dottrina *ante* riforma, vedi: Branca, *Comunione, condominio negli edifici*, in *Comm. Scialoja - Branca*, Artt. 1100 - 1139, V ed. Bologna - Roma, 1972, *cit.*; Dogliotti - Figone, *Il condominio*, in *Giur. Sist. Bigiari*, Torino, 1992; Peretti - Griva, *Il condominio di case divise in parti*, Torino, 1960; Terzago, *Il condominio. Trattato teorico pratico*, Milano, 2003; Visco, *Le case in condominio*, Milano, 1967; De Tilla, *Il condominio*, IV, Milano, 2001.

(8) Sulle attribuzioni ed i poteri dell'assemblea, era *jus receptum* la considerazione che gli stessi sono fissati tassativamente dal codice civile e, comunque, da norme di legge e, come tali, non possono "invadere la sfera di proprietà dei singoli condomini", sia in ordine alle cose comuni, che a quelle esclusive (beni e cose di proprietà o uso esclusivo), salvo che vi sia una specifica accettazione di tale "invasione" o sia prevista nei singoli atti di acquisto o mediante approvazione del Regolamento di condominio che ciò preveda; le norme del Regolamento condominiale che prevedono limitazioni al godimento delle cose o dei servizi comuni o delle limitazioni alla proprietà esclusiva, hanno carattere convenzionale, nel senso che se predisposte dallo originario costruttore - venditore dello stabile, devono essere accettate dai condomini negli atti di acquisto e, se deliberate in assemblea condominiale, devono essere approvate all'unanimità. Gli eventuali vincoli all'uso delle cose comuni o delle proprietà esclusive, avendo natura di oneri reali, per poter essere opposti ai terzi debbono essere trascritti nei pubblici registri, ovvero accettati nei singoli atti di acquisto (Vedi: Cass. 4439/96 *ex pluribus*).

(9) In dottrina, *antea* riforma; Salis, *Il condominio negli edifici*, in *Tratt.*

Vassalli, V, III, Torino, 1959; Rescigno, *Manuale di istituzioni di diritto privato italiano*, Napoli, 1984; Gambaro, *La proprietà*, in *Tratt. Iudica - Zatti*, Milano 1990; Girino - Baroli, *Condominio negli edifici*, in *Digesto Civ.*, III, Torino, 1988; Nicoletti - Redivo, *Il Regolamento e l'assemblea nel condominio negli edifici*, Padova 1990. In giurisprudenza, sulla invalidità della delibera per omessa convocazione di un condomino, vedi: Cass. 1980/1995, in GC., 1995, 1165, con nota di Triola; nonché Cass. 10875/1998, per cui la mancata comunicazione, anche ad uno solo condomino, dell'avviso di convocazione, comporta l'invalidità delle deliberazioni eventualmente adottate nella riunione in cui non tutti i condomini siano stati in grado di partecipare.

(10) La riforma del condominio ha inciso profondamente sul testo previgente e significativamente sugli artt. 1129, 1130 e 1131 c.c., introducendo, poi, nelle Disp. Att. c.c. ulteriori elementi di novità; rimarrebbero, comunque, validi i principi generali enucleati dalla precedente giurisprudenza e dottrina sul rapporto di mandato tra amministratore e condomini e mancando il presupposto per configurare un rapporto di lavoro subordinato tra il condominio e l'amministratore, rapporto che potrebbe essere, invece, inquadrato nel rapporto di lavoro autonomo (Vedi: Cass. 831/1978 e Cass. 3006/1998). Varrebbe pur sempre il principio che sussiste impossibilità di conferire al singolo condomino, non amministratore, la rappresentanza in giudizio del condominio, restando, comunque, facoltà del singolo condomino di intervenire nella lite eventuale come portatore di un interesse proprio e non come "rappresentante del condominio", ancorché "delegato dalla assemblea condominiale" (Vedi, in dottrina: Cantarella, *Brevi note in tema di legittimazione processuale del condominio: particolarità dell'intervento del singolo condomino*, RLC, 1998, 263).

(11) Pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 22/2013.

(12) Nel saggio di Bucelli, *op. cit. supra*, viene fatta presente l'esistenza di un mutamento dei presupposti oggettivi e soggettivi nella vita di condominio, mutati rispetto alla situazione in cui si era mosso il legislatore nel 1942, e da qui, la necessità di tener conto di un diverso profilo sostanziale dell'istituto, che si riverbera sotto il profilo giuridico e che, a detta dell'Autore, avrebbe reso necessario il ruolo propulsivo e di intervento del legislatore per integrare la funzione di supplenza, di integrazione e di nomofilachia, svolto finora dalla giurisprudenza. Tra l'altro, l'Autore parla proprio di *microcosmo condominiale* in cui i rapporti economici, proprio in tempo di crisi, si vanno deteriorando e da cui sempre più evidentemente traspare l'urgenza della riforma normativa; secondo il Bucelli le linee guida della riforma avrebbero avuto tre obiettivi e cioè: 1) definire lo statuto della proprietà nel condominio; 2) regolare la gestione condominiale su livelli accettabili di trasparenza e responsabilità; 3) assicurare la tutela diretta "agli interessi e bisogni primari dei soggetti più esposti negli ambienti condominiali sia per attuare altri diritti fondamentali di pari rango".

Recensioni e segnalazioni

Dante & the Limits of the Law

JUSTIN STEINBERG
The University of Chicago Press,
Chicago, 2013, pp.231, \$ 36

Sommario: 1. Introduzione. - 2. I - Infamia. - 3. II - Arbitrium. - 4. III - Privilegium. - 5. IV - Pactum.

1. Introduzione.

I grandi poeti sono dominati da due ossessioni: l'amore e la legge.

"Love like Law", "L'amore come la legge", recita la poesia di H.W. Auden.

La legge, dice Auden, ha con l'amore

*"Una timida somiglianza,
che proveremo a sostenere:
come l'amore diciamo.*

*Come l'amore non si sa dove o perché
Come l'amore non possiamo costringerla o sfuggirle
Come l'amore spesso ci fa piangere
Come l'amore raramente le siamo fedeli".*

In realtà - è proprio questo a ossessionare e affascinare i poeti come i giuristi - tra i due termini si inscena una continua, "amorosa" battaglia, un contendere in cui ciascuno vorrebbe imporre all'altro la "propria" legge, come accade puntualmente in ogni autentica relazione amorosa. Una "folie à deux", la chiamerebbe uno psicanalista.

La legge vuole sottomettere a sé la realtà, mentre l'amore vuole imporre alla legge la propria realtà "totalitaria". Non c'è amore che non tenda alla metafisica, come non c'è legge che non aspiri a "inverarsi" facendosi carne e sangue.

I due "soppi" poeti dell'Occidente, Shakespeare e Dante non si sono sottratti a questa ossessione.

Lo scespiriano "Speak low if you speak love" ("Molto rumore per nulla") potrebbe suonare "Speak law if you speak love". E qualcuno (1) ha detto che "Shakespeare's verse speaks of love in legal language", "i versi di S. parlano d'amore utilizzando un linguaggio giuridico".

Ora Justin Steinberg (2) - nel suo "Dante & the Limits of the Law" - esplora e analizza l'ossessione di Dante per il binomio fatale "amore - legge", come la descrizione appassionata di quella che è allo stesso tempo una battaglia e un paradosso riconoscersi, cui è affidata in gran parte la dimensione tragica della condizione umana, contesa tra i limiti dell'obbedienza alla legge e l'assenza di limiti espressa da ogni forma di "innamoramento".

La conclusione di Steinberg è racchiusa nel titolo del libro: l'amore costringe la legge a misurarsi con i propri limiti, quegli stessi limiti che essa formalmente nega proclamandosi - in una manifestazione estrema di *hybris* - "generale e astratta". Il limite è inscritto nella legge, e la poesia (voce di ogni forma autentica d'amore) lo svela, mettendo a nudo

anche il proprio limite, il proprio non poter fare a meno di una legalità.

Che poesia e diritto condividano il problema del limite, sta a provarlo l'occasione stessa da cui ha origine il libro di Steinberg: un seminario bolognese del 2008 dal titolo "Intorno all'eccezione", svoltosi nell'ambito di una ricerca su "Teoria e prassi della giustizia criminale tra Basso medioevo ed Età moderna". È infatti in quello snodo cruciale che ha luogo - sia sul piano linguistico-letterario che su quello tecnico-giuridico - il progressivo prendersi le misure di teoria e prassi.

Steinberg denuncia subito, nelle prime righe del libro, il proprio assunto:

"Il contesto della teoria letteraria di Dante è - allo stesso tempo e in modo evidente - un contesto giuridico".

Anche se è improbabile - come lo sarà per Shakespeare - che Dante abbia ricevuto una specifica educazione legale, egli era tuttavia "...immerso nella cultura giuridica del suo tempo" e la "Commedia" è permeata dai rituali giudiziari del tempo, parte integrante dell'esperienza quotidiana dell'uomo comune.

Ma, aggiunge l'autore, nella visione dantesca della giustizia (a partire da quella divina) sono soprattutto i "casi limite" a giocare un ruolo centrale. L'espressione "casi limite" va però intesa in due sensi: quello legato alla nozione di "caso" giurisprudenziale e quello legato all'idea di "limite". È il caso concreto, in sostanza, a porre sempre al giudice la questione del limite di cui soffre la legge. Per coglierne il significato effettivo, quindi, è ai suoi limiti - e alle eccezioni che le si presentano in forma di *hard cases* - che occorre porre attenzione. Sotto questo aspetto, il concentrarsi del potere di legiferare nelle strutture centralizzate dello stato moderno ha posto nell'ombra l'idea - tutta medioevale - secondo la quale la "deroga" a una norma specifica era considerata organica all'ordinamento giuridico. Solo attraverso questa inclusione dell'eccezione si concepiva la possibilità di conciliare l'esigenza di giustizia con il principio dell'autorità della legge. Se oggi l'eccezione è un fatto prevalentemente "politico" (nella lettura datane da Carl Schmitt), nel medioevo essa era per sua natura un prodotto giurisprudenziale. Il ricorso all'eccezione non contraddiceva all'ordine vigente, ma lo confermava e ne garantiva la credibilità di fronte alle contingenze imprevedibili della vita.

Anche per Dante, non è il prevalere dell'eccezione (ancorché tirannica o arbitraria) a determinare la sfiducia nella forza di legge. L'abuso del potere non è la causa, ma solo il sintomo del vero male: il disintegrarsi del tessuto culturale e del rapporto di reciproca fiducia (*fides, trust*) che avevano sino a quel momento tenuto insieme una società "nel nome della legge".

Il messaggio dantesco non potrebbe in questo senso essere più attuale.

"Quando la pubblica opinione è insozzata dalla partigianeria politica, quando i pubblici funzionari hanno eroso alle basi la fiducia dei cittadini nei loro confronti, quando i privilegi del clero e

della nobiltà vengono sfruttati alla stregua di beni materiali, e quando gli antichi modelli di condotta economica non sono più rispettati, allora il corso ordinario del diritto positivo non diviene nient'altro che un'altra forma di violenza legale." (3)

L'obiettivo di Dante è restaurare i valori comuni, le "narrazioni esemplari" e le prassi virtuose che guardano e rendono sicuri i confini della legge. La Commedia si propone di occupare gli interstizi tra il diritto e la vita, fornendo le precondizioni morali ed estetiche senza le quali la legge non può fiorire. Il viaggio dantesco, dunque, è anche il viaggio (esso stesso "privilegiato") attraverso un paesaggio giuridico, alla ricerca di risposte ultime circa il fondamento della legge e dell'autorità, risposte che solo l'amore per Beatrice potrà aiutare il poeta a trovare.

L'inferno in particolare, nella topografia come nelle strutture "amministrative", è una raffigurazione perversa - ma realistica - di una città italiana in preda alla più sfrenata corruzione. Una città infernale, governata da un infernale sistema giuridico.

Justin Steinberg traccia la cartografia del "diritto dantesco" basato sull'eccezione, fissandone i quattro punti cardinali a seconda della prospettiva che - dall'esterno - l'osservatore può assumere nei confronti della legge. Ci sono un'al di sotto" (*beneath*), un "al di là" (*beyond*), un "al di sopra" (*above*) e un "di lato" (*beside*) della legge.

Mancano del tutto un "dal di dentro" (*within*) e un "contro" (*against*).

Ognuno di questi punti di vista corrisponde a uno specifico concetto giuridico: l'"al di sotto" riguarda l'*infamia* (la reputazione personale messa in questione dalla legge); l'"al di là" riguarda l'*arbitrium* (il prevalere della discrezionalità del giudice nel sistema giuridico medioevale; l'"al di sopra" riguarda il *privilegium* (la questione dell'immunità e delle leggi "ad personam"); il "di lato", infine, si identifica col *pactum* (il contratto e il problema del come e della misura in cui un "nudo patto" può essere legalmente vincolante).

A ciascuno di questi limiti corrisponde un capitolo del libro.

2. I - Infamia.

Sotto la voce *infamia*, Steinberg colloca il tema del rapporto - e degli effetti giuridici - tra ciò che appare e ciò che è realmente, insieme a quello della cattiva reputazione e dei pregiudizi (*infamia facti*) che condizionano la messa in moto del meccanismo giudiziario, ma anche della *infamia juris* prodotta autonomamente da quest'ultimo. In una specie di moto circolare, l'*infamia* mette in moto la macchina giudiziaria che a sua volta ne produce di nuova.

È la sua vicenda personale a fare da sfondo psicologico, ma anche giuridico, alla "Commedia": la "disgrazia giudiziaria" della quale - condannato in contumacia all'esilio - Dante è stato vittima e protagonista. Visto in termini penalistici, il movente principale ne è stata la presunzione di colpevolezza che si trova all'origine di ogni processo inquisitorio.

"Non è il giudice ad accusare il reo, ma la stessa *fama* a farsene l'accusatrice", come disse Innocenzo III nell'autorizzare l'uso processuale dell'*infamia facti*. Il processo inquisitorio, in sostanza, non sarebbe che una variante "anomala" del processo accusatorio.

Nel descrivere questo fenomeno, Dante non ricorre esplicitamente al linguaggio giuridico, che gli era estraneo, ma alla tecnica letteraria che Steinberg definisce del "realismo dell'estraniamento" (*realism of estrangement*), mettendo a nudo la fallacia, ma anche la irresistibile prepotenza del verosi-

mile. Quella dello status epistemologico della "presunzione" costituisce in effetti una delle questioni più spinose che si pongono sia al giurista che al poeta-letterato.

La Divina Commedia, in questo senso, può essere vista come una galleria di personaggi incorsi in quella che - tornando a Shakespeare - potrebbe definirsi la "Commedia giudiziaria degli errori". Vi si trova chi, innocente, è stato condannato e chi, colpevole, non è stato neppure sfiorato dalla giustizia umana. Pagani che hanno ottenuto la salvezza eterna e cristiani incorsi nella condanna divina, giuramenti solenni che sono stati infranti, pene mai prima immaginate che sono state inflitte.

La legge esce come disorientata da questo sovrapporsi di errori ad errori che annullano, o enfatizzano, i precedenti. Solo la giustizia, o l'effetto straniante del caso concreto riesce - come può, attraverso la sapienza perplessa dei giudici - a uscire dalla selva oscura dei pregiudizi, degli equivoci, delle opinioni: di quella, insomma, che si chiama "giustizia presuntiva", basata sulle apparenze.

Questa deriva "presuntiva" - osserva Steinberg - si riallaccia alle teorie medioevali della prova giudiziaria, quando la *fama* (intesa come mera verosimiglianza) - da tecnica di persuasione praticata da oratori e avvocati - divenne uno strumento di *discovery* (mezzo di prova) utilizzata ampiamente dai giudici.

A questa "traslazione" del semplicemente probabile, Dante contrappone, poeticamente, il duro realismo dell'improbabile, il "realismo dell'estraniamento". Quasi mai, nel caso concreto, le cose sono come si presentano all'apparenza.

In termini altamente drammatici, il rovesciamento è rappresentato da Dante nell'incontro col suo maestro, Brunetto Latini, che, inaspettatamente, *contro ogni apparenza*, trova relegato nel girone dei sodomiti:

"Siete voi qui, ser Brunetto?" (Inf. XV, 30).

3. II - Arbitrium.

Il capitolo "*Arbitrium*" è dedicato all'analisi del concetto di "libero arbitrio" nella prospettiva giuridica - o giurisprudenziale - di Dante. Al centro è il momento solenne in cui il poeta viene, per così dire, consegnato a se stesso dalla sua guida Virgilio:

"Non aspettar mio dir più né mio cenno:
libero, dritto e sano è tuo arbitrio,
e fallo fora non fare a suo senno;
perch'io te sopra te corono e mitrio." (Purg., XXVII, 139-142)

L'*arbitrium* di Dante - osserva Steinberg - non coincide con la nozione politica di "sovranità" o di "libertà negativa" (nel senso hobbesiano e lockiano), ma va accostato piuttosto alla discrezionalità giurisdizionale, alla capacità - propria del giudice - di adattare la norma alle esigenze del caso specifico. L'incoronazione del poeta ("perch'io te sopra te corono e mitrio") non sta a significare la liberazione dell'uomo "in senso proto-liberista, ma - al contrario - il suo rendersi "libero in uno spazio regolato" dalla legge, sia come poeta (nel linguaggio poetico, mai arbitrario) che come cittadino (nel parlare la lingua comune del diritto).

In questo senso l'*arbitrium* non libera la volontà (*free will*) ma la facoltà di scegliere "secondo ragione": chi vi si sottopone è simile a un giudice che, nell'applicare la legge, sceglie di seguire il dettato della ragione. Nell'accezione giuridica, quindi, l'*arbitrium* implica una speciale delega, non

a disapplicare la legge, ma a “implementarla”, paradossalmente, attraverso l’eccezione ragionevole.

L’inedita alleanza tra norma ed eccezione, mediata dalla ragione, non è per Dante un’astrazione o una fantasia poetica svincolata dalla concreta situazione politica dell’Italia del suo tempo. Le comunità cittadine, alla ricerca di una nuova stabilità politica, stavano trasferendo al “signore” una vasta gamma di poteri legislativi e giurisdizionali, il cui esercizio era tuttavia sottoposto dagli statuti locali a limiti temporali e circostanze - oggettive o soggettive - ben precise e predefinite. I giuristi parlavano a questo proposito di un “*arbitrium regulatum*”, governato “*clara et recta ratione*”. Anche il Signore e i suoi agenti erano dunque tenuti al rispetto di norme “superiori” al loro stesso potere, limitato dal criterio della “*publica utilitas*”.

L’*arbitrium* in sostanza non contraddiceva all’ordinamento legale, né lo limitava, ma ne costituiva un’estensione “*extra ordinem*”. Come i confini della città, sul finire del Medioevo, si spingevano a guardare oltre l’orizzonte, come il linguaggio si faceva “volgare” e quindi comunicabile anche agli stranieri, così il diritto trovava nell’*imperium* una impensata capacità espansiva e adattiva, affidata soprattutto alla discrezionalità dei giudici.

Che - poi - l’arbitrio sia andato degenerando in abuso e oppressione, è testimoniato dallo stesso cambiamento semantico del termine, che doveva denotare non più la regola implementata dalla ragionevolezza (il “discernimento”), ma il capriccio e la sopraffazione esercitati dal potente di turno (profeticamente raffigurato da Dante nella “*nova belva*”, il mostro “*di sospetto pieno e d’ira crudo*”, Purg. XXXII, 157-160).

Il sospetto e la crudeltà denoteranno di lì a poco il potere del Principe.

“*Le leggi son, ma chi pon mano ad esse ?*” si chiede il Poeta retoricamente, e aggiunge:

“*Ben puoi veder che la mala condotta* (il malgoverno della cosa pubblica, n.d.a.)

*è la cagion che il mondo ha fatto reo,
e non natura che in voi sia corrotta.*” (Purg., XVI, 97-105)

4. III - Privilegium.

Nel terzo capitolo (“*Above the Law*”, al di sopra della legge), Steinberg ricostruisce l’interpretazione dantesca di un’altra delle dimensioni che caratterizzano il rapporto tra la norma di legge e l’eccezione: quella del *privilegium*.

In realtà, il *privilegium* non è che un *arbitrium* particolare: esso investe il rapporto stesso del Sovrano (che ne è “fonte” e “autore”) con le proprie leggi. Il *privilegium* è infatti il provvedimento straordinario (rescritto, dispensa, salvacondotto, lasciapassare) con cui il Sovrano esonera un soggetto particolare dall’osservanza di obblighi che lo stesso Sovrano ha stabilito per la generalità dei sudditi.

In questo senso, osserva Steinberg, il “viaggio” di Dante è un privilegio concesso al Poeta dall’Autorità Suprema su intercessione di Beatrice. La “Commedia” è il racconto di un ininterrotto attraversare confini altrimenti invalicabili dai mortali: fiumi, porte, ponti, passi di montagna sono altrettante occasioni per misurarsi, a volte scontrarsi, con un divieto di transito stabilito dallo stesso divino Legislatore. E’, anche in questo caso, l’immagine offerta dell’Italia di quei tempi, dove la molteplicità delle giurisdizioni territoriali faceva di ogni confine una occasione di potenziale conflitto,

dove si diventava “stranieri” appena girato l’angolo di casa. Dante solleva a questo proposito due questioni: quella del rapporto esistente tra il Sovrano e la legalità che egli stesso ha istituito, e quella delle potenziali situazioni di disegualianza cui dà luogo ogni “legge privata” (sia nel senso positivo, dell’attribuzione a un soggetto di un beneficio di cui la generalità non può godere, sia nel senso negativo, del sottrarre quel soggetto a un onere - *munus* - gravante sulla generalità dei sudditi).

La prima questione appartiene al regno della teologia: quella religiosa come quella giuridica. Essa pretende, in sostanza, di individuare la fonte ultima del potere della legge di smentire esplicitamente se stessa in relazione a soggetti e circostanze determinate. Esiste una meta-legge che sovrintende all’applicazione diseguale della legge comune, “eguale” per definizione?

La risposta di Dante su questo punto è perentoria e sibillina:

“*Vuolsi così colà dove si puote
ciò che si vuole, e più non dimandare*” (Inf., III, 95-96).

Obbedendo a Virgilio, anche noi preferiamo “*più non dimandare*”.

Più interessante è la seconda questione: quella che investe il tema spinoso della cittadinanza “diseguale” determinata da privilegi e immunità.

Il conflitto tra *immunitas* e *communitas* (espressione, quest’ultima, di una pressoché perfetta società di eguali e, in quanto tali, “cittadini”) viene rappresentato drammaticamente nel Canto XXIII dell’Inferno, nella bolgia degli ipocriti, dove Dante incontra due archi-ipocriti: Catalano dei Malavolti e Loderingo degli Andalò, entrambi dell’Ordine detto “dei frati gaudenti”, inviati come pacieri a Firenze dove avevano esercitato al meglio la loro arte, o il loro vizio.

Catalano e Loderingo sono entrambi esemplari - secondo Steinberg - dell’idea dantesca di *immunitas*: prima di tutto per il loro impersonare storicamente la forma più diffusa e odiosa di *immunitas*, quella di cui godeva il clero, escluso dalla giurisdizione secolare ed esentato (già allora) dalle ordinarie imposizioni fiscali. Ma, in secondo luogo, i due frati maestri di ipocrisia offrono a Dante l’opportunità (in un contesto tragicomico) di raffigurare l’immunità nei suoi due aspetti complementari: quello *positivo* (attribuzione di un privilegio) e quello *negativo* od *oneroso* (assolvimento di un *munus* pubblico). In tanto la legge consente a un soggetto di disattendere, in quanto ciò avviene, e sino a quando ciò avvenga, in funzione del migliore adempimento di un *officium*, di un onere quindi, assunto in nome e nell’interesse della *communitas*.

Da un lato, dunque, la sostanziale ingiustizia dei privilegi concessi a un clero che - come i “frati gaudenti” - li utilizzavano per il proprio esclusivo vantaggio. Dall’altro, la necessità di far corrispondere quei privilegi a un *onus*, o un *servizio* da rendere alla comunità. Secondo la legge dantesca del contrappasso, chi non ha voluto sopportare quel “peso” (*onus*) pur godendo dei privilegi che vi erano collegati, dovrà essere condannato a trascinare eternamente il peso della cappa di piombo. La tensione tra il privilegio e la comunità culmina nella rappresentazione di Caifa. Sempre per la legge del contrappasso, il Gran Sacerdote che consegnò Cristo ai Romani sostenendo che si trattava di un pericoloso sovversivo mentre temeva solo per la propria supremazia religiosa, è ora costretto - crocifisso a terra - a sopportare il peso del degli altri ipocriti ammantati di piombo che lo vanno calpestando.

La questione della cittadinanza come eguaglianza “istitutiva”

di una comunità riappare in termini ancora più precisi nell'incontro di Dante con il suo antenato Cacciaguada (Par. XV-XVII). Il privilegio che consentiva a Dante di viaggiare nell'Aldilà viene ricollegato - secondo il linguaggio politico-giuridico dell'epoca - alla distinzione tra nobili e popolo minuto. Questa distinzione non introduceva diseguaglianze nel senso moderno del termine, né metteva in pericolo la comunità, ma la salvaguardava proprio grazie al binomio "privilegium-munus".

"Gran parte della confusione a proposito delle idee di Dante sulla nobiltà, può essere eliminata se si leggono i commenti di Cacciaguada (apparentemente "elitari", NDA) come riguardanti questioni giuridiche relative alla cittadinanza, piuttosto che una critica sociologica." (4)

Di più: l'attribuzione di privilegi veniva utilizzata largamente per attirare in città elementi preziosi per la comunità quali mercanti, giudici, medici, insegnanti. Dal punto di vista dei potenziali residenti, i privilegi erano inoltre un importante elemento di mobilità sociale.

"La cittadinanza era in questo modo strettamente legata ai privilegi. Tanto che, nei documenti dell'epoca, ci si riferiva al nuovo cittadino come a un civis ex privilegio." (5)

Il vero obiettivo contro il quale si lancia Dante-Cacciaguada è costituito, piuttosto, da quanti si avvantaggiano spregiudicatamente dei privilegi ma si sottraggono agli "oneri" che li giustificano, utilizzando la cittadinanza alla stregua di un contratto privato, un titolo che può essere negoziato sul mercato al pari di ogni altra proprietà.

5. IV - Pactum.

Senza mancare di rispetto al Sommo Poeta, la "Commedia" può essere considerata, anche, come una serie di straordinarie interviste-dialogo, veri e propri *scoop*, con personaggi dell'antichità o del passato anche recente. Dante negozia l'ottenimento di preziose informazioni di prima mano contro la possibilità di rinnovare o trasmettere ai posteri la fama, o l'infamia, del l'intervistato.

Questo schema - secondo Steinberg - riproduce o trasferisce sul piano letterario la dimensione contrattual-pattizia, della "Commedia", che descrive poeticamente la crisi medioevale della distinzione, propria al diritto romano, tra un contratto formale, solo in quanto tale direttamente azionabile, e il *pactum nudum*, che riceveva in quell'ordinamento una tutela limitata.

Nel Purgatorio e nel Paradiso le transazioni si inquadrano, nel primo, in quella che Steinberg chiama una "economia globale penitenziale", e nel secondo in una visione che partecipa ormai del regno divino della *carità: economia globale e carità* si pongono non l'una contro l'altra ma l'una come destinata a dissolversi nell'altra.

È l'Inferno, invece, il territorio più favorevole allo sviluppo della nuova dimensione del contratto: uno spazio para-giuridico, "adiacente" o collaterale (*beside*) rispetto a quello che la legge si sforza di difendere. In quello spazio Dante e i dannati si confrontano con un grado di autonomia che sarà sconosciuto negli altri due "regni": un'autonomia rischiosa che consente loro, letteralmente, di "inventare" contratti basati sul reciproco consenso, al di fuori del controllo da parte di un'Autorità superiore che ne garantisca l'azionabilità o di cui assicuri la puntuale esecuzione.

Forte di questa nuova libertà/autonomia, Dante istituisce un inedito rapporto "contrattuale" anche con i lettori, respingendo i generi letterari "ricevuti" e, al pari degli antichi contratti formali, ormai irrigiditi in stereotipi. I nudi patti si affermano sul mercato, così come il nuovo linguaggio vernacolare si impone, sul piano letterario, nel rapporto tra l'autore e il suo pubblico.

Il diritto romano non disponeva di una "teoria generale" del contratto ma ne annoverava solo figure rigorosamente tipizzate, alle quali le parti dovevano attenersi. La forma e la stessa qualificazione del contratto prescelto prevalevano sulla volontà delle parti. La sua validità dipendeva dal corrispondere o meno al modello. Ogni altro tipo di accordo "volontaristico" non godeva della protezione dell'ordinamento e obbligava unicamente sul piano morale. "Nuda pactio obligationem non parit". (Ulp., Dig. 2.14.7.4)

Le nuove esigenze del commercio ormai "internazionale" (investimenti societari, transazioni valutarie, assicurazioni, crediti su larga scala) non trovavano tra i contratti "nominati" del diritto romano gli strumenti giuridici adatti. Occorrevano nuovi modelli che assicurassero validità sul piano giuridico ai rapporti "fluidi" di un'economia che dava la prevalenza all'intenzione delle parti. Anche la Chiesa si rese partecipe di questo fenomeno, offrendo la propria giurisdizione a chi voleva azionare un *pactum nudum*.

Si trattava, in ogni caso, di identificare la "causa" del contratto fondandola sul consenso delle parti, senza limitarsi ad aggiungere nuovi nomi all'elenco dei contratti "tipici".

Lo stesso fenomeno, registrato da Dante nella "Commedia", si verificava in ambito letterario. I "venerabili nomi" di *commedia* e *tragedia* non si prestavano più a inquadrare le nuove forme letterarie.

"Dante abbandona la nozione classica dei generi dicendi, per creare una poetica moderna, democratica, enciclopedica. Commedia, in questo senso, è solo il nome di una categoria che, paradossalmente, sfugge a ogni tentativo di categorizzazione". (6)

La nuova libertà artistica echeggia - forse subendone l'influenza - la vicenda giuridica delle prassi commerciali del Medioevo, anticipatrici della moderna autonomia contrattuale.

In questo senso la "Commedia" assume un valore straordinario anche per gli storici del diritto, mettendo letteralmente in scena la più generale crisi della relazione tra individuo e istituzioni. Nello scegliere il termine "commedia" Dante non si limita a denunciare l'adozione di uno stile "basso" rispetto a uno stile "elevato", ma mette in discussione - si direbbe "ironicamente" - il valore stesso di una simile distinzione.

Il rapporto instaurato di volta in volta da Dante con i lettori ma anche con i propri "infernali" interlocutori rispecchia il nuovo mondo contrattuale, se non del tutto "de-regolato", esterno e parallelo al mondo delle regole legali. La buona fede o l'affidamento (*trust*) ne sono gli instabili elementi portanti. La fiducia, sembra dire Dante, è come un volo nel vuoto, un lasciarsi andare al di là della protezione costituita dalle regole e dalle "sante" istituzioni. L'altra faccia della *fides* è, in questo contesto, la *frode*. Dante rappresenta l'assunzione del rischio contrattuale nel volo in groppa a Gerione (Inf., XVII):

*"La faccia sua era faccia d'uom giusto,
tanto benigna avea di fuor la pelle,
e d'un serpente tutto l'altro fusto."*

Il terrore del Pellegrino è la reazione alla vulnerabilità del nuovo “patto”, del tutto simile in questo al “folle volo” di Ulisse nell’oltrepassare lo stretto di Gibilterra:

“E, volta nostra poppa nel mattino,
dè remi facemmo ali al folle volo,
sempre acquistando dal lato mancino.” (Inf. XXVI, 124-126).

All’insegna di questo “folle” precipitarsi nel vuoto accettando le insidie della frode senza la rete delle benevole e sante istituzioni, si può immaginare - con Dante - che stia prendendo forma la nuova epoca “aperta”, si potrebbe dire *deregulated*, del commercio e del diritto internazionali.

Anche il Poeta accetta il rischio di questo volo verso l’incognito, divenendo suo malgrado, da esule, cittadino del nuovo mondo. Privato della cittadinanza fiorentina (e dell’intero suo sistema di legalità, che lo ha condannato senza appello), resta sospeso nel vuoto, a metà tra la nostalgia lacerante per la piccola patria che si lascia dietro e il richiamo del mare aperto, vuoto di norme, privo di certi confini, che si offre al suo sguardo di pellegrino, sospinto/respinto in avanti dal vecchio ordinamento della sua città.

Conclusione - Come riempire, dunque, questo “vuoto di norme”? Esiste una legalità “positiva” all’interno dello spazio vuoto disegnato e delimitato dall’eccezione? C’è un “contenuto” della legge, che non si risolve nel “contenimento” del disordine, dell’abuso, della violenza? Dante non risponde né si propone di rispondere a queste domande. La risposta è nel “poema” stesso:

“ Se mai continga che il poema sacro
Al quale ha posto mano e cielo e terra,
sì che m’ha fatto per più anni macro,

*vinca la crudeltà che fuor mi serra
del bello ovile ov’io dormii agnello,
nimico a’ lupi che gli danno guerra;
con altra voce omai, con altro vello
ritornerò poeta, ed in sul fonte
del mio battesimo prenderò il cappello...*” (Par., XXV, 1-9)

Il ritorno del Poeta all’ovile, all’antica patria delle leggi passa necessariamente attraverso l’esperienza del limite: “al di sopra”, “al di sotto”, “di lato” e “al di là” della legge. In questo percorso stesso si risolve, infine, il contenuto “positivo” della legge.

In questo senso, credo, il libro di Justin Steinberg merita ampiamente di essere letto e “ascoltato”, in una auspicabile prossima traduzione, dai più consapevoli, tra i nostri giuristi, dei “limiti della legge”.

Michele Marchesiello
Magistrato

Note:

(1) A.D. Boyer, *Drama, Law and Rhetoric in the Age of Coke and Shakespeare*, in *The Law in Shakespeare*, a cura di C. Jordan e K. Cunningham, MacMillan, London, 2010, pag.21

(2) Justin Steinberg è professore associato di letteratura italiana presso il *Department of Romance Languages and Literatures* dell’Università di Chicago. Il suo primo libro, *Accounting for Dante: Urban Readers and Writers in Late Medieval Italy* (Notredame U.P., 2007), che ri-esamina il rapporto tra Dante e il pubblico dei suoi contemporanei, ha vinto il premio Scaglione per gli studi di letteratura comparata della *Modern Language Association*.

(3) Steinberg, op. cit. p.8

(4) Steinberg, op. cit. p.123

(5) Steinberg, op. cit. p.123

(6) Steinberg, op.cit., p.131

Scritti sfaccendati su diritto e letteratura. Da Miguel de Cervantes a Philip K. Dick

MICHELE SALAZAR - MELANIA SALAZAR
Ed. Giuffrè, Milano, 2011, pp. 204.

Sommario: 1. *Il volume.* - 2. *Passato e futuro.* - 3. *“Don Chisciotte”.* - 4. *Rapporto di minoranza.* *“The minority report” (1956) e/o “Minority report” (2002).* - 5. *Una conclusione a carattere generale.*

1. Il volume.

Si ritiene opportuno portare all'attenzione dei lettori della “Nuova Giurisprudenza Ligure”, anche se con una recensione sintetica, il volume (1) intitolato “Scritti sfaccendati su diritto e letteratura. Da Miguel de Cervantes a Philip K. Dick”, di Michele e Melania Salazar, il cui titolo, (solo) in apparenza, “leggero”, maschera quella che è “l'essenza” del libro stesso e, cioè, l'esame di argomenti importanti ed essenziali, non solo per chi si interessa di teoria e/o filosofia del diritto, ma anche per chi, nel quotidiano, si occupa di cose giuridiche, sempre che sia in qualche modo interessato a vedere su cosa si fondi e si basi la materia in cui opera. Il libro non sembra essere stato adeguatamente segnalato come in effetti meritava, salvo rimarchevoli eccezioni; ma ciò è (forse) normale nel mondo, sempre un poco restio ad accogliere il “non usuale”, dei giuristi (e non solo a livello accademico, dove la novità è spesso, per forza di cose, paventata). Il lavoro, invero, è importante, sia per la metodologia della ricerca, sia sotto l'aspetto ermeneutico, sia per la rilevanza delle tematiche trattate (2). L'opera è apparsa nella collana della casa editrice Giuffrè, “Diritto e Rovescio” (Nuova Serie) ed è inquadabile, pur se con alcune sue specifiche caratteristiche (dovute all'esame di opere, in un unico volume, così diverse e distanti nel tempo), in quel *filone di studi* che va sotto il nome di “Diritto e Letteratura”. Si tratta, invero, di un tema e di un modello (modulo) di ricerca poco frequentato, almeno con la necessaria sistematicità di approccio, dai giuristi italiani (salvo importanti eccezioni); per essere più esatti è quel tipo di interpretazione (e di analisi) che studia ed esamina le intersezioni e gli scambi tra il diritto e la letteratura, nell'ambito di quel metodo di analisi che nei paesi anglosassoni viene chiamato “*Law & Literature*” *movement* e, in Italia, come detto, corrente “Diritto e Letteratura”; il libro qui recensito è un lavoro di due giuristi (tra l'altro padre e figlia), che hanno inteso ricavare da due opere letterarie (di cui una trasfusa in un film - “*Rapporto di minoranza*” - anche abbastanza recente) e, tra l'altro, diversissime tra di loro e molto distanti nel tempo, alcune riflessioni e considerazioni tipiche della metodologia di studio di cui stiamo parlando. (3) Michele Salazar esamina una delle grandi opere della letteratura mondiale e cioè il “*Don Chisciotte*” sotto il profilo dell'ideologia giuridica di Cervantes, o, meglio, del presunto ed immaginato (come *alter ego* dell'autore), narratore della vicenda dello stravagante *hidalgo* e del suo scudiero e, pertanto, dei due protagonisti (don Chisciotte e Sancio), della stessa, ed esaminando, altresì, gli aspetti di rilevanza giuridica ed i temi portanti che emergono dal “tessuto” (*il testo complesso*) del romanzo. (4) Melania Salazar esamina un'opera letteraria contemporanea: il “*Rapporto di minoranza*” (il racconto ed anche il film, rispettivamente di Philip K. Dick e Steven Spielberg). con un duplice andamento a ritroso e con una

sorta di “interscambiabilità” nell'analisi, e cioè partendo dal diritto e arrivando alla letteratura e, viceversa, partendo dalla letteratura per arrivare al diritto, sulla base delle emersioni dal (del) testo. (5) Il volume, allora, può considerarsi come un'opera aperta e proprio come tale suggestiva e suggestionante e (sempre) oggetto di *possibili* e magari diverse interpretazioni: la stessa densa, anche se breve, ma di interesse inversamente proporzionale alla sua brevità, “premissa introduttiva”, di Guido Alpa, fa chiaramente intendere la opportunità e la necessità di plurime (ed a più livelli di lettura) interpretazioni a carattere esegetico (6) del (nel) mondo del diritto, non unilateralmente formalistiche, se si vuole comprendere il fondamento, anche attraverso la/e finzione/i letteraria/e, di un sistema giuridico e non fermandosi al semplice *dato grezzo*, e per ciò stesso “inerte”, normativo. Il lavoro è diviso in due parti (o sezioni), che possono essere lette in maniera indipendente l'una dall'altra: come si è detto la prima, di Michele Salazar, tratta dei temi del diritto e della giustizia presenti nel “*Don Chisciotte*”; (7) la seconda, di Melania Salazar, tratta della letteratura e del diritto nell'opera di Philip K. Dick, in particolare come emergono dall'analisi del racconto (e del film) “*Rapporto di minoranza*”. (8)

2. Passato e futuro.

Come si è visto, il lavoro di Michele e Melania Salazar si basa sulle teorie (e sulle tecniche interpretative) della corrente “Diritto e Letteratura” ed è uno dei pochi, in Italia, che ha considerato e preso in esame, analiticamente ed utilizzando tale modello ermeneutico, due opere letterarie così “distanti” tra loro (e un film): nel libro (che, in sostanza, è un lungo saggio, composto, a sua volta, di due saggi) si esamina un'opera notissima il “*Don Chisciotte*” e che, in qualche modo, guardava al passato e cioè al tempo (fantasticamente immaginato) della “*Cavalleria Errante*”, dove cavalieri senza macchia e senza paura vivevano in un mondo dominato dalle leggi dell'onore e del rispetto e mentre, invece, il protagonista si scontra, ad ogni passo, con una diversa realtà; nell'altro lavoro esaminato e cioè l'incubo futuro *dickiano* (il “*Rapporto di minoranza*”) della raggiunta perfettibilità del diritto (opera certamente non comparabile con il capolavoro *cervantino*, ma dotata di un suo specifico interesse e che ha trovato estimatori, anche al di fuori dell'ambito dei cultori di *science fiction*), il racconto tratta e descrive un futuro (neppure lontanissimo), in cui il crimine non esisterebbe neppure più, perché (*ri*) - *conosciuto* (9) e “*pre - visto*” prima che venga compiuto e posto in essere (*preconosciuto* /*pregog*) e, quindi, impedito nel suo concreto verificarsi e nella sua attuazione, da uno speciale corpo di polizia (la “*precrimine*”), coadiuvato da esseri sospesi in un liquido amniotico, che sognano (o presagiscono) crimini e delitti e comunicano tali *presagi* o *premonizioni* a chi dovrà impedire che si compia un delitto. Se si volesse trovare un punto in comune tra il “*Don Chisciotte*” e il “*Rapporto di minoranza*” si potrebbe dire che in entrambe le opere il protagonista vive ed opera in una sorta di atmosfera onirica: come in un sogno, don Chisciotte, come in un incubo, Anderton (l'eroe - antieroe, del “*Rapporto di minoranza*”). (10) Si deve dire che anche se si tratta di opere diversissime, quali quelle esaminate dai due Autori del volume qui recensito, si possono reperire nelle stesse quelli che potremmo chiamare i “luoghi tipici” di una *riflessione* giuridico - letteraria. Si tratta, in entrambi i casi, di opere di fantasia: in un caso il protagonista ricrea il (e rivive nel) mondo scomparso e che esiste solo nei libri, della “Ca-

valleria Errante”; (11) nell’altro è descritto il mondo futuro (e forse, purtroppo, non troppo lontano) della perfezione della tecnica, rivolta questa volta contro il crimine e tesa ad impedire ogni forma di ciò che possiamo chiamare anomia, in un sogno o in un incubo di un gigantesco complotto basato su di una sorta di compiuta (e straniante) razionalità. Quello che può evincersi da due opere così distanti nel tempo e, per così dire, imparagonabili, è, invero, l’attenzione allo scostamento dalla realtà dei canoni etico - giuridici dei protagonisti: ad esiti tragicomici in “Don Chisciotte” la cui vicenda si risolve con la morte del protagonista (e con il suo ritorno alla realtà); con esiti tragici ed angosciati nel racconto di Dick e che si *ri - solvono* con la scoperta di un enorme e mostruoso complotto, nell’ambito del *climax* finale. Per il resto, si tratta di opere che opportunamente gli Autori si son ben guardati di collegare o paragonare e mantenendo i due saggi ben distinti, anche come impostazione della “narrazione critica”, su diversi livelli narrativi - espositivi: a scrittura più classica e con una vena di sottile umorismo in Michele Salazar; più concisa e ritmata da cadenze di *flash-back*, per usare un termine filmico, e con una scrittura più “nervosa” (forse perché relativa a materia - di per sé - angosciante), quella di Melania Salazar.

Se la sbrighi ciascuno con il suo peccato..... non è bene che gli uomini onesti si facciano carnefici di altri uomini.

Miguel de Cervantes

3. “Don Chisciotte”. (12)

L’Autore ha preso (probabilmente) spunto per le sue riflessioni su don Chisciotte e Sancio Panza e anche sul loro relativo mondo giuridico - sociale (13) dal fondamentale e notissimo saggio sulle *due anime* (nello stesso tempo e - forse - nella stessa persona coesistenti e divergenti) spagnole, di Miguel de Unamuno. (14) Nel “Chisciotte” si evidenziano, allora, aspetti giuridici universali, quali il diritto, il dovere, il giusto, l’ingiusto, quel che è legittimo e quel che non lo è, concetti, situazioni ed aspetti che, come tali, sono i temi tipici di ogni capolavoro; ed è persino inutile far notare il fatto (neppur tanto sorprendente, allora) che in quasi tutte le grandi opere di letteratura emerge la *riflessione* o sorge la necessità di *riflettere* sulla legge, sul diritto e la giustizia come temi usuali e che sempre in qualche modo affiorano ed emergono nella narrazione letteraria. Come in tutti (o quasi) grandi capolavori della letteratura, allora, vi è sempre spazio per una lettura ampia, problematica ed a più livelli dell’opera, ivi compreso il *livello giuridico*; e se poi il “Don Chisciotte” può essere inteso come una metafora tra il mondo del dover essere (don Chisciotte) e quello dell’essere (Sancio) e quindi tra “idealismo” e “realismo” giuridico, questo è solo un aspetto di una possibile lettura (giuridica) dell’opera di Cervantes; l’altro aspetto è quello del possibile contrasto tra ordinamenti, un altro ancora quello di una critica indiretta e sotto metafora della situazione politico - giuridica del tempo in cui l’autore scriveva, nonché la possibilità di molti altri *piani* di lettura: anzi si potrebbe dire che la possibilità di livelli di lettura, anche di critica degli ordinamenti esistenti e ad esiti plurimi e non univoci è, spesso, quasi come un indizio di una *possibile* validità assoluta di un’opera letteraria. (15) In questa prospettiva don Chisciotte è il prototipo dell’idealismo (in senso lato), mentre Sancio Panza è il simbolo del realismo, sia nei confronti della vita, che nei confronti del diritto. Se questo può portare a considerazioni o valutazioni più “ampie” da un punto di vista giuridico, ciò

diventa una specie di risultato di tipo “necessario”, nel possibile contrasto tra il mondo del diritto ed il mondo della realtà. È ovvio che l’Autore non si riferisce alla notissima, almeno fino a qualche anno fa, teoria del diritto che va sotto il nome del cd. *realismo giuridico scandinavo - americano*: Michele Salazar adopera il termine “realismo” in senso lato e non riferendosi a tale scuola di pensiero, ed in sostanza, per indicare le due opposte anime del diritto che talvolta convivono in uno stesso giurista e, cioè, il diritto astratto e talvolta portato alle estreme conseguenze (*fiat iustitia et pereat mundus*) ovvero il diritto nel suo aspetto pratico e concreto, magari poco attento ai “massimi problemi” ma portato a tendere a (e a ricercare) soluzioni concrete, magari frutto di compromessi o bilanciamenti di opposti interessi, ma più attente alle effettive “*ri - cadute*” del diritto, tra gli uomini e nella società. Il mondo di don Chisciotte è un mondo (immaginato da don Alonso Chisciano, ma comunque - forse - oggetto di possibile universale immaginazione o di desiderio utopico), in cui gli uomini (e forse anche le cose), vivono in una atmosfera magica e per così dire quasi onirica e al confine tra sogno e realtà, in cui si rifiuta ogni compromesso con la realtà delle cose e del diritto: da ciò la *grandezza*, ma (anche) la *debolezza* del protagonista. Il mondo di Sancio Panza è il mondo della realtà e della giustizia concreta e dell’equità “in azione”; e non per niente Sancio dovrà gestire in concreto la giustizia e il ricorso alla stessa, quale “Governatore” della “Isola di Barataria”, come viene per scherzo nominato da un gruppo di nobili spensierati e gaudenti; il diritto è allora il quotidiano, che può pesare, ma che può essere in modo proficuo affrontato e risolto, con l’aiuto di una saggezza, magari anche prosaica, ma che si basa sulle esigenze degli uomini che chiedono giustizia e rispetto, proprio nella quotidianità; si rifugge da una giustizia, magari da voli pindarici e da un diritto, che pare ricercare la perfezione, ma che è solo una sorta di esercizio di solipsismo e, perciò stesso, è inutilmente ed (in)umanamente tautologico. Il diritto concreto visto (e praticato) da Sancio è quello popolare e scandito dai proverbi del popolo stesso e di cui fa parte lo scudiero, meno sofisticato, ma di certo più a misura d’uomo, rispetto al diritto dei dotti e dei giuristi eruditi; il diritto è sentito, invero, come *aspirazione profonda* dal “Cavaliere dalla Triste Figura” e come *concreto e carnale inveroamento*, dal fido scudiero Sancio e forse non per nulla Cervantes immagina che il “Don Chisciotte” sia stato scritto dal morisco (16) Cide Hamete Benengeli (l’*alter ego* del narratore - la sua “finzione narrante”), proprio per la maggior libertà critica che tale *escamotage* narrativo poteva comportare. Per completezza si dovrebbe dire che don Chisciotte e Sancio sono portatori di etiche giuridiche diverse, forse più antiquata quella del primo (più attenta ai doveri), forse più moderna quella del secondo (più attenta ai diritti); si tratta in ogni caso di due aspetti (o di due facce della medaglia), che hanno carattere di stretta complementarità.

Anzi si poteva dire che solo all’atto della emissione della sentenza che faceva dell’imputato un condannato la giustizia celebrava il suo trionfo, perché non vi era nulla di più alto, di più nobile, di più grande del momento in cui un uomo viene condannato a morte.

Friedrich Durrenmatt

4. Rapporto di minoranza. “The minority report” (1956) (17) e/o “Minority report” (2002) (18).

La citazione in epigrafe al presente paragrafo si riferisce ad un aspetto, che parrebbe superato e divenuto inutile nel (dal) diritto penale nella distopia *dickiana*, del rapporto tra libertà, volontà e pena come emerge, in concreto, nella parte

(sezione) del libro dovuto a Melania Salazar, e come risultante dalla *addirittura* maggiormente angosciante narrazione di Dick, rispetto al discorso “necessario ed usuale” sulla mitica e terribile dignità esistenziale della pena, in particolare della pena capitale, che viene svolto in diverse sue opere da Friedrich Durrenmatt. Il tema del “Rapporto di minoranza” è abbastanza noto al pubblico dei lettori (non solo di fantascienza), e degli appassionati di cinema (non necessariamente cinefili ad oltranza), anche se con qualche differenza, tra il racconto di Dick ed il film di Spielberg. In un futuro non troppo lontano il crimine non esiste più, almeno a livello fattuale, in quanto uno speciale corpo di polizia (la *precrime*), che si serve di veggenti dotati di una sorta di percezione extra sensoriale (o *aruspici*?) immersi in un liquido amniotico e collegati con sensori ad una sorta di computer che proietta l’immagine di ciò che fra poco avverrà (e con l’aiuto di una avanzatissima e ultra sviluppata bio - scienza o biotecnologia), e che “*pre-vedono*” il compiersi - appunto - di un delitto, interviene per impedirlo, prima che si verifichi. Per la verità, anche in altri lavori di Dick sono presenti angoscianti sistemi sociali o situazioni governate dalla biotecnica o da apparati tecnobiologici: basti pensare al racconto “Impostore” degli anni 60, pubblicato in una fortunata “antologia” della fantascienza o al racconto da cui è stato tratto il film “*Blade Runner*” di Ridley Scott. Il libro ed il film esaminati dall’Autrice differiscono per alcuni particolari, anche se l’impianto di base nel film rimane (quasi) identico a quello del racconto. Peraltro, nel racconto il protagonista - Anderton - commette un crimine che viene per così dire coperto dall’organizzazione, di cui fa parte, mentre nel film non commette il delitto, aiutato a ciò da una dei veggenti chiamati *pre-cog*. In Dick però e nel suo discorso (mondo) “fantascientifico”, l’aspetto biologico prevale su quello tecnico - meccanico ed anche nel mondo più tecnicamente avanzato la *magia* prevale sulla scienza, come è evidente in altre opere dello scrittore, ad esempio nel romanzo “La città sostituita” (19), che descrive un episodio della gigantesca lotta tra Ormuzd ed Ahriman, arenatasi in una piccola cittadina del *middle west* americano; e poi, sotto l’aspetto della filosofia del diritto (o della filosofia *tout court*) è incerta in Dick la *prevalenza* tra determinismo e libera volontà e, senza scomodare Pelagio ed Agostino, tra volontà libera e predeterminazione (o predestinazione), ma la disamina di tali questioni esulerebbe dai limiti di una recensione, anche se la cosa potrebbe essere di qualche interesse per chi si occupa dei fondamenti del diritto penale e della necessità della pena, con (forse) qualche inatteso *revival* a favore della ormai estinta scuola positiva di diritto penale. L’argomento è trattato *en passant* da Melania Salazar, quando descrive le perplessità di Anderton, ma diventa parte di un discorso altamente problematico e criticamente esaminante futuri possibili del diritto, quando se ne occupa immaginando (nella sezione intitolata “Dalla letteratura al diritto”), possibili *in-veramenti* futuri e certamente non auspicabili, salvo forse che per i teorici del “*safety first*” o dei fautori, ad ogni costo, della priorità delle emergenze della *legge* e dell’*ordine* in una prospettiva meramente poliziesca, degli incubi *dickiani*. Certamente, la brevità imposta ad una recensione, non rende giustizia al lavoro di Melania Salazar che si snoda e perviene a sbocchi, per così dire, di tipo labirintico, nonché a *sub-narrazioni* saggistiche anche (notevolmente) complesse: basti qui pensare al paragrafo dedicato allo stato ideale ed alla giustizia ideale, e cioè alla digressione sullo scudo di Achille e che si basa sulle ricerche di François Ost. (20)

Nel “Rapporto di minoranza” quello che inizia come un tentativo di prevenire il crimine si dimostra a poco a poco come un orribile *incubo* senza soluzione e fondamento o un complotto di una super organizzazione (forse una sorta di “CIA parallela”), basato su un di prodigio della biotecnica: i visionari e *super aruspici precog* che immersi in un liquido amniotico riescono a prevedere e forse a ricostruire (o ri - costituire?) la “scena del delitto” (e a *decriptare* e *pre-verificare* il crimine stesso) e, quindi, ad impedirlo. Il “passaggio” dalla letteratura al diritto, quale emerge dal testo *dickiano*, è quel qualcosa di maggiormente inquietante (per non dire angosciante) dell’analisi di Melania Salazar: i temi sono quelli dell’esclusione preventiva del diverso, della *pena in prevenzione*, della limitazione di libertà fondamentali, del pericolo di tentazioni totalitarie di oligarchie tecniche, mascherate dai concetti di efficienza e sicurezza. Ed allora, è lampante come l’esame del racconto di Dick e del film di Spielberg sia un’occasione per esplicitare e chiarire, anche (semplicemente) da un punto di vista didascalico e parenetico, quale sia il grado di “impegno” politico e civile (21) dell’Autrice; di modo che il saggio nel/o attraverso il “distopico” universo *dickiano* non sia solo una *piacevole esercitazione*, su argomenti letterari, di una giurista, ma sia invece una angosciata (ed angosciante) riflessione su alcuni dei futuri possibili del diritto. Nel mondo giuridico *dickiano* non esiste neppure più la pena o il concetto di pena (e di responsabilità) e, tutt’al più, permangono delle “misure di sicurezza” a carattere preventivo. Ed allora non per niente Melania Salazar collega la società “distopica” immaginata da Dick con il mondo “*kafkiano*”, in particolare riferendosi al racconto di Kafka, “Nella colonia penale”, il cui tema centrale è quello della esecuzione della pena, raffigurata in una astratta ed dis - umana vacua perfezione, dolorosa e dolorante, un po’ come accade (all’inverso) per i “colpevoli - incolpevoli”, (ma quanto inconsapevoli?) del racconto di Dick. Il riferimento a Kafka, tuttavia non così del tutto scontato, rende bene l’atmosfera del “Minority report”, oniricamente angosciante, ma con una costruzione del tutto razionale di una situazione o di una realtà “possibile e virtuale” (ma solo?), descritta dal narratore. Si può qui notare (e l’Autrice ne evidenzia tale aspetto), come l’universo letterario *dickiano* sia molto spesso improntato o basato sul concetto di una sorta di “eterodirezione” dell’uomo e della società e sullo smascheramento di una solo *fittizia* e *apparente* libertà del volere e dell’agire: riteniamo che questi temi siano di (o dovrebbero essere di) interesse per il giurista, in un mondo in cui le meraviglie (o la magia?) della tecnica prendono e possono prendere direzioni incontrollate ed incontrollabili, nell’ambito di un sistema costituzionale a carattere, solo formalmente, democratico - liberale, ma in realtà, nel fondamento, tecnocratico, se non (parzialmente) oligarchico; nella *visionaria* finzione narrativa di Dick, quello che poteva sembrare un modello perfetto di efficienza giuridica penale (la “*Agenzia Precrimine*”) si trasformerà presto in un incubo in cui verrà *gettato* e senza alcun preavviso, il protagonista della vicenda, Anderton, che, da cacciatore di criminali, diverrà egli stesso possibile preda.

5. Una conclusione a carattere generale.

Se si può trarre una conclusione generale, ma aperta ai problemi del dubbio, sul diritto e la giustizia quali (ma per fortuna!) emergono dalla letteratura o dai suoi “insegnamenti” e, quindi, dal metodo di studio della corrente “Diritto e Letteratura”, e ciò attraverso l’esame di un saggio, peraltro *volutamente* problematico, proprio nell’intenzione degli Autori,

quale il lavoro qui recensito, si dovrebbe dire che, allora, la riflessione sul diritto può effettivamente diventare “nuova” ed aprire spazi inconsueti, nuovi orizzonti e dare vita a un diverso tipo di esegesi e, se vogliamo, di approccio ermeneutico al diritto, finalmente di tipo interdisciplinare ed abbandonando la pretesa di (una solo supposta) completezza dell’ordinamento giuridico, per cui lo stesso potrebbe essere esaminato solo semplicemente ed unicamente *iuxta propria principia*, il che si risolve spesso in una vuota tautologia.

Un merito (fra i tanti), in ogni caso, che possono avere gli Autori del volume oggetto della presente recensione, è quello di far comprendere che gli *occhiali* del giurista, affiancati dalla *lente* (o dal “*microscopio*”?) della letteratura, possono vedere od addirittura *pre - vedere* (o, meglio, prevenire) le “cose del diritto” (o i vari aspetti del diritto), in maniera, per così dire, più vicina ai bisogni degli uomini, senz’altro più esatta nel comprendere le esigenze di una società o di una comunità ed, in ogni caso, “maggiormente a misura d’uomo”; e dove, finalmente, il diritto possa essere oggetto non solo di analisi e di esegesi squisitamente tecniche, ma lasciare spazio, altresì, alla fantasia, al desiderio di conoscere e, perché no?, alla voglia di innovazione e di miglior comprensione degli uomini e della società, da parte dell’interprete delle norme, fosse anche un semplice giurista pratico, quando, magari come un modesto artigiano, opera nella quotidianità.

Roberto Negro
Avvocato, Foro di Genova

Note:

- (1) Peraltro, gli scritti che compongono il volume, poi, troppo “*sfaccendati*” non sono e neppure consistono in un mero *divertissement* (o esercizio ludico), come in genere vengono ad essere gli scritti dei giuristi quando si occupano di letteratura o di “cose letterarie”: anzi trattano di argomenti essenziali ed importanti.
- (2) Il lavoro ha comunque trovato, come si vedrà *infra*, fra gli altri estimatori, anche Guido Alpa.
- (3) Si tratta di un metodo di indagine che ha spesso dato risultati *eccellenti* e talvolta addirittura *inaspettati*.
- (4) Il “Don Chisciotte” è effettivamente un *testo complesso* in cui si intrecciano *narrazioni* e *sub - narrazioni*.
- (5) Nell’ambito degli studi di diritto e letteratura (e non solo), non si può fare a meno di notare come sia il “Don Chisciotte”, sia, in misura minore, il “Rapporto di minoranza” (libro e film) attraverso l’interpretazione e l’esegesi, diventano un nuovo testo (o *paratesto* o *ipertesto*) dotato di una nuova e diversa (e sua propria) realtà, come ritiene quella corrente di studio dell’arte in genere e sull’arte e che si potrebbe chiamare “costruttivismo radicale”. (Si veda, su tali tematiche: Enrico Cassini, “Trespass to Illusion”. Spazio, gioco e proprietà in “Citizen Kane”, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, vol. 16(2), 2010.
- (6) Qui si vuole sottolineare che non si tratta di un lavoro di nicchia o di una sorta di mero “passatempo”; invero il volume costituisce

una puntuale e corretta applicazione di un preciso metodo esegetico ed interpretativo, cosa che l’autore della presente recensione vorrebbe riuscire a sottolineare.

- (7) Michele Salazar - Melania Salazar, *Scritti sfaccendati su diritto e letteratura*. Da Miguel de Cervantes a Philip K. Dick, Milano, 2011, pp. 1 e ss.
- (8) Michele Salazar - Melania Salazar, *Scritti.....*, cit., pp. 123 e ss.
- (9) Il delitto, con una sorta di ritorno al passato, diverrebbe oggetto di *un’ars aruspicina* o divinatoria *sui generis*: una sorta di *pre - giudizio* anticipatorio, che eviterebbe ogni giudizio *ex post* sul delitto e lasciando solo spazio a misure di sicurezza.
- (10) È evidente nel racconto di Philip K. Dick e nel film di Steven Spielberg il richiamo al famoso romanzo di George Orwell, “1984”: in particolare per quanto riguarda il reato di pensiero, lo *psicoreato*, e l’organo di polizia deputato alla sua prevenzione e repressione, la *psicopolizia*.
- (11) Sergio Solmi, molti anni fa aveva acutamente notato come i libri di cui si nutriva la fantasia di don Alonso Chisciano erano stati sostituiti, nel mondo contemporaneo, dai libri di *science fiction*.
- (12) Per chi si interessa allo impatto che la grande letteratura ha anche sulle arti, per così dire, minori e sull’immaginario sociale in genere (si vedano le espressioni: “combattere contro i mulini a vento”, “donchisciottismo”, ecc.), si fa presente che “Don Chisciotte” è anche il titolo di una canzone di Francesco Guccini.
- (13) Per un particolare aspetto del mondo di Cervantes (o meglio del complesso universo *cervantino*): si veda di Michele Salazar: “Il cibo in Cervantes tra sogno e realtà”, Soveria Mannelli, 2006.
- (14) Miguel de Unamuno, trad. it., “Vita di don Chisciotte e Sancio Panza”, Milano, 2005.
- (15) Il collega David Cerri, che a queste cose è sempre molto attento, nel tentativo di interessare il mondo dei giuristi a quella che è la cultura artistica, consapevole del fatto che non è un buon giurista chi è schiavo di una mera cultura tecnica e che il diritto, senza una base di cultura letteraria e/o artistico - letteraria, diventa solo uno strumento (un *utensile - protesi*) del Potere, mi aveva segnalato un proprio saggio che analizzava alcune delle possibili interpretazioni o delle plurime letture a più piani (o a più livelli) del “Don Chisciotte”: quella di Cervantes, quella di Cide Hamete Benengeli, quella di Pierre Menard (vero autore del “Don Chisciotte” secondo Borges), quella di Jorge Luis Borges e quella di..... David Cerri stesso!
- (16) Il termine significa musulmano o arabo battezzato, forzatamente o meno.
- (17) È l’anno di pubblicazione del racconto di Philip K. Dick.
- (18) Si tratta dell’anno in cui “esce” il film di Steven Spielberg.
- (19) Philip K. Dick, trad. it., “La città sostituita”, Milano, 1962.
- (20) François Ost è uno dei maggiori teorici europei della corrente “Diritto e letteratura”: ricordiamo qui il notissimo libro “*Raconter la loi*”, tradotto in italiano con il fuorviante titolo: “Mosè, Eschilo, Sofocle. All’origine dell’immaginario giuridico” (Bologna, 2007), lavoro da cui Melania Salazar ha tratto lo spunto per la descrizione della *città armoniosa* (raffigurata nello scudo di Achille).
- (21) Si tratterebbe, allora, di *engagement*, nel miglior significato del termine.

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Sentenze e Ordinanze

Corte costituzionale, sent. 15-29 gennaio 2014, n. 12 - Pres. Silvestri - Rel. Cartabia - Delegati dei Consigli regionali del Friuli Venezia e Giulia (Avv. Falcon), dell'Abruzzo, della Basilicata e della Liguria, (Avv.ti di Pietro e Petrella) della Campania (Avv. Marzocchella), Presidente Cons. Min. (Avv.ti Noviello e Massella Ducci Teri).

REFERENDUM abrogativo - limite delle leggi di bilancio - inidoneità del limite a sottrarre alla consultazione popolare leggi di contenimento della spesa pubblica - richiesta di abrogazione delle disposizioni recanti la riorganizzazione degli uffici della magistratura ordinaria e degli uffici dei giudici di pace - ammissibilità del quesito.

(Art. 75 Cost.; Corte cost. sent. n. 16 del 1978)

REFERENDUM abrogativo - limite delle leggi "costituzionalmente necessarie" -- richiesta di abrogazione delle disposizioni recanti la riorganizzazione degli uffici della magistratura ordinaria e degli uffici dei giudici di pace - lesione della funzione fondamentale della giurisdizione - inammissibilità del quesito.

(Art. 75 Cost.; Corte cost. sentt. nn. 16 del 1978, 25 del 1981, 29 del 1987, 35 del 1997, 49 del 2000, 45 del 2005, 15 e 16 del 2008, 13 del 2012)

REFERENDUM abrogativo - reviviscenza della legislazione abrogata dalle disposizioni sottoposte a referendum - esclusione.

(Art. 75 Cost.; Corte cost. sentt. nn. 25 del 1981, 29 del 1987, 35 del 1997, 49 del 2000, 45 del 2005, 15 e 16 del 2008, 13 del 2012)

REFERENDUM abrogativo - richiesta di abrogazione delle disposizioni recanti la riorganizzazione degli uffici della magistratura ordinaria e degli uffici dei giudici di pace - eterogeneità del quesito - inammissibilità.

Il criterio per cui sono sottratte a referendum abrogativo ex art. 75 Cost. le leggi che producono effetti strettamente collegati alla legge di bilancio non consente di escludere dalla consultazione qualsivoglia legge di spesa, e nemmeno quella che persegue obiettivi o produca effetti di contenimento della spesa pubblica in vista del riequilibrio del bilancio statale. Pertanto, il quesito referendario proposto dalle Regioni avverso la riorganizzazione degli uffici della magistratura ordinaria e degli uffici dei giudici di pace non presenta motivi d'inammissibilità in riferimento a detto criterio. (1)

Va dichiarato inammissibile il quesito referendario proposto dalle Regioni avverso la riorganizzazione degli uffici della magistratura ordinaria e degli uffici dei giudici di pace poiché avrebbe ad oggetto l'eliminazione integrale di una legge "costituzionalmente necessaria", ossia un insieme di disposizioni la cui abrogazione priverebbe totalmente l'ordinamento dell'assetto organizzativo indispensabile all'esercizio di una funzione fondamentale dello Stato, qual è quella giurisdizionale, in violazione degli artt. 101 e seguenti Cost., con irrimediabile lesione del diritto fondamentale di agire e di difendersi in giudizio, ex art. 24 Cost. (2)

Va escluso che, attraverso l'abrogazione referendaria, si produca la reviviscenza della legislazione precedente, essendo una tale

abrogazione inidonea a rendere nuovamente operanti norme che, in virtù di quest'ultima, sono state già espunte, a nulla, peraltro, valendo la finalità incorporata nella richiesta referendaria, che non può andare oltre il limite dei possibili effetti dell'atto. (3)

Va dichiarato inammissibile il quesito referendario proposto dalle Regioni avverso la riorganizzazione degli uffici della magistratura ordinaria e degli uffici dei giudici di pace poiché privo del necessario requisito dell'omogeneità. (4)

(...Omissis...)

1.- La richiesta di referendum abrogativo, dichiarata conforme alle disposizioni di legge dall'Ufficio centrale per il referendum con ordinanza del 28 novembre 2013, riguarda la revisione delle circoscrizioni giudiziarie e la nuova organizzazione dei tribunali ordinari previste dalla delega legislativa contenuta nell'art. 1, commi 2, 3, 4, 5 e 5-bis, della legge 14 settembre 2011, n. 148 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo. Delega al Governo per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari), come modificato dall'art. 1, comma 3, della legge 24 febbraio 2012, n. 14 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 29 dicembre 2011, n. 216, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative. Differimento di termini relativi all'esercizio di deleghe legislative) e nei due 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 n. 156 (Revisione delle circoscrizioni giudiziarie - Uffici dei giudici di pace, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 settembre 2011, n. 148).

2.- Il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha eccepito l'inammissibilità della richiesta di referendum proposta dalle Regioni, ritenendo, anzitutto, che la normativa oggetto di referendum produca effetti così strettamente collegati alla legge di bilancio da rientrare tra le esclusioni esplicite indicate dall'art. 75, secondo comma, Cost., secondo l'interpretazione datane dalla giurisprudenza costituzionale sin dalla sentenza n. 16 del 1978. In particolare, l'Avvocatura generale dello Stato sottolinea che la riforma dell'organizzazione giudiziaria persegue esplicitamente obiettivi di risparmio di spesa pubblica e incremento di efficienza, attraverso un intervento di tipo strutturale, come riconosciuto anche dalla Corte costituzionale con sentenza n. 237 del 2013. Essa, pertanto, si inserirebbe nel quadro dei provvedimenti adottati per la razionalizzazione della spesa e sarebbe dotata di rilevanza strategica ai fini della stabilizzazione della finanza pubblica, così da non essere suscettibile di valutazioni frazionate ed avulse dal quadro delle compatibilità finanziarie generali (sentenza n. 2 del 1994).

Questa prospettazione non può essere condivisa.

È vero che questa Corte ha affermato in passato che debbono essere sottratte a referendum le leggi che producono effetti strettamente collegati alla legge di bilancio e che "[q]uesto stretto collegamento si può ritenere sussista se il legame genetico, strutturale e funzionale con le leggi di bilancio sia tale che le norme

sostanziali collegate incidano direttamente sul quadro delle coerenze macroeconomiche e siano essenziali per realizzare l'indispensabile equilibrio finanziario" (sentenza n. 2 del 1994). Ma è altresì vero che, così come allora la Corte ebbe cura di precisare che tale criterio non consente di sottrarre a *referendum* qualunque legge di spesa, analogamente non è sufficiente che una legge, come quella in esame, persegua obiettivi o produca effetti di contenimento della spesa pubblica in vista del riequilibrio del bilancio statale, perché essa sia attratta nell'ambito delle leggi di bilancio, espressamente escluse dal *referendum*, ai sensi dell'art. 75, secondo comma, Cost.

Dopo tutto, già in Assemblea costituente fu scartata l'originaria proposta volta ad annoverare tra le categorie di leggi escluse da *referendum* le leggi finanziarie; e tale dizione fu sostituita invece con il riferimento alle leggi di bilancio, oltre che alle leggi tributarie, proprio per evitare che attraverso tale limite si finisse per impedire il *referendum* su qualunque legge capace di produrre effetti sulle finanze pubbliche, e cioè in definitiva sulla quasi totalità degli atti legislativi.

Pertanto, in riferimento al limite delle leggi di bilancio, il quesito non presenta profili di inammissibilità.

3. - In secondo luogo, il Presidente del Consiglio dei ministri ritiene che la proposta di *referendum* presenti un ulteriore motivo di inammissibilità, in quanto avrebbe ad oggetto l'eliminazione integrale di una legge "costituzionalmente necessaria".

Sotto questo profilo il quesito deve essere dichiarato inammissibile, in quanto il *referendum* promosso dalle Regioni ha ad oggetto un insieme di provvedimenti legislativi, la cui abrogazione priverebbe totalmente l'ordinamento dell'assetto organizzativo indispensabile all'esercizio di una funzione fondamentale dello Stato, qual è quella giurisdizionale, in violazione degli artt. 101 e seguenti Cost., con irrimediabile lesione del diritto fondamentale di agire e di difendersi in giudizio, ex art. 24 Cost.

Il quesito in esame, dunque, incontra il limite delle leggi costituzionalmente necessarie (*ex plurimis*, sentenze n. 45 del 2005, n. 35 del 1997, n. 29 del 1987, n. 25 del 1981), "l'esistenza e la vigenza delle quali sono indispensabili per assicurare il funzionamento e la continuità degli organi costituzionali e a rilevanza costituzionale della Repubblica" (sentenza n. 13 del 2012, e in precedenza sentenze n. 16 e n. 15 del 2008) e che, pertanto, possono essere "modificate o sostituite con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate" (sentenza n. 49 del 2000).

Si tratta, dunque, di leggi ordinarie - o atti aventi forza di legge, come in questo caso - il cui contenuto è frutto della discrezionalità del legislatore, mentre non lo è la loro esistenza.

Invero, in caso di abrogazione per via referendaria della norma di delega e dei due decreti legislativi, i quali prevedono, rispettivamente, la riorganizzazione degli uffici della magistratura ordinaria e degli uffici dei giudici di pace, si determinerebbe un vuoto normativo, non colmabile in via interpretativa, che provocherebbe la paralisi dell'indefettibile funzione giurisdizionale.

Infatti, i due decreti legislativi n. 155 e n. 156 del 2012 hanno soppresso le tabelle relative alla cosiddetta geografia giudiziaria precedentemente in vigore e le hanno sostituite con le nuove, cosicché l'abrogazione di queste ultime lascerebbe l'ordinamento del tutto sguarnito dei necessari strumenti organizzativi per l'amministrazione della giustizia.

D'altra parte, il vuoto normativo che si verrebbe a creare non sarebbe colmabile, come assume invece la difesa delle Re-

gioni proponenti, attraverso la reviviscenza della legislazione precedente. Infatti, in base alla giurisprudenza di questa Corte, ribadita, da ultimo, dalla sentenza n. 13 del 2012, "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 state già espunte dall'ordinamento (sentenza n. 28 del 2011)".

Né a conclusioni diverse si può giungere in considerazione del fatto, anch'esso evidenziato dalla difesa delle proponenti, che la richiesta referendaria esibirebbe un chiaro intento oppositivo alla riforma approvata dal legislatore nel 2012. Nella medesima sentenza n. 13 del 2012, la Corte ha infatti già precisato che "[l]a volontà di far "rivivere" norme precedentemente abrogate, d'altra parte, non può essere attribuita, nemmeno in via presuntiva, al *referendum*, che ha carattere esclusivamente abrogativo, quale "atto libero e sovrano di legiferazione popolare negativa" (sentenza n. 29 del 1987), e non può "direttamente costruire" una (nuova o vecchia) normativa (sentenze n. 34 e n. 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, le disposizioni precedentemente abrogate dalla legge oggetto di abrogazione referendaria riviverebbero per effetto di una volontà manifestata presuntivamente dal corpo elettorale".

In definitiva, il corpo normativo oggetto della richiesta referendaria, in quanto costituzionalmente necessario per lo svolgimento della funzione giurisdizionale ordinaria di cui agli artt. 101 e seguenti Cost. e per l'esercizio del diritto fondamentale di agire e di difendersi in giudizio, di cui all'art. 24 Cost., è nel suo insieme indefettibile e quindi non può essere meramente e integralmente abrogato, senza essere sostituito contestualmente da una diversa normativa.

4.- Peraltro, la richiesta è altresì inammissibile, perché il quesito proposto difetta della necessaria omogeneità.

La giurisprudenza costituzionale ha sempre manifestato un chiaro sfavore per i *referendum* aventi ad oggetto interi testi legislativi complessi, o ampie porzioni di essi, comprendenti una pluralità di proposizioni normative eterogenee.

Infatti, sin dalla sentenza n. 16 del 1978 la Corte ha affermato la necessità che il quesito referendario osservi il requisito dell'omogeneità, perché la libertà di voto dell'elettore sia effettivamente rispettata: "occorre che i quesiti posti agli elettori siano tali da esaltare e non da coartare le loro possibilità di scelta; mentre è manifesto che un voto bloccato su molteplici complessi di questioni, insuscettibili di essere ridotte ad unità, contraddice il principio democratico, incidendo di fatto sulla libertà del voto stesso (in violazione degli artt. 1 e 48 Cost.)". Il criterio dell'omogeneità del quesito è dunque presidio della libertà di convincimento dell'elettore a garanzia dell'autenticità dell'espressione della volontà popolare (*ex plurimis*, sentenze n. 47 del 1991, n. 64 e n. 65 del 1990, n. 27 del 1981).

Nel caso in esame, il requisito dell'omogeneità non risulta soddisfatto. L'oggetto del *referendum* proposto dalle Regioni comprende tre testi legislativi: la norma di delega, contenuta nell'art. 1, commi 2 e seguenti, della legge n. 148 del 2011, nonché l'intero testo dei decreti legislativi n. 155 e n. 156 del 2012. È vero che un nesso lega i tre testi legislativi sopramenzionati, essendo tutti volti a comporre il nuovo disegno dell'organizzazione giudiziaria, nelle sue varie articolazioni, al fine di semplificarlo e di alleggerirne i costi. E, tuttavia, tale disegno è frutto di diversi tasselli, con cui si provvede alla redistribuzione sul territorio di vari tipi di uffici giudiziari, di-

stinguendo da un lato la magistratura ordinaria - tribunali ordinari, sezioni distaccate di questi ultimi, corti di assise, uffici di sorveglianza, corti di appello, corti di assise di appello, procure della Repubblica, procure generali della Repubblica (d.lgs. n. 155 del 2012 e relative tabelle) - e, dall'altro, gli uffici del giudice di pace (d.lgs. n. 156 del 2012 e relative tabelle). Di fronte ad un'architettura composita, com'è quella dell'ordine giudiziario, può accadere che il cittadino valuti in modo diverso l'accorpamento dei vari tipi di uffici giudiziari e intenda esprimersi a favore della soppressione di alcuni e del mantenimento di altri, per i quali più viva avverta l'esigenza di una prossimità territoriale. Parimenti, potrebbe darsi che, esaminando caso per caso la ristrutturazione disposta dal legislatore, il cittadino maturi un convincimento negativo verso l'abolizione di una determinata sede giudiziaria, mentre vorrebbe esprimere una opinione favorevole alla eliminazione di altre, magari nell'ambito di un apprezzamento complessivo dell'operazione voluta dal legislatore, considerata nel suo insieme.

Il *referendum*, per sua natura, non consente di operare tali distinzioni, non consente di scindere il quesito e quindi non offre possibilità di soluzioni intermedie tra il rifiuto e l'accettazione integrale della proposta abrogativa, con il rischio che l'elettore sia determinato nella sua decisione dalla presenza di qualche disposizione, magari anche secondaria rispetto al quadro legislativo generale. In definitiva, poiché la riforma è sottoposta all'abrogazione popolare come un aggregato indivisibile, l'elettore si troverebbe a dover esprimere un voto bloccato su una pluralità di atti e di disposizioni diverse, con conseguente compressione della propria libertà di scelta. Assai più flessibili e modulabili, invece, sono gli interventi del legislatore, anche delegato, che resta libero di apportare le necessarie modifiche e correzioni ai decreti legislativi n. 155 e n. 156 del 2012, eventualmente anche in attuazione della delega per l'approvazione dei decreti integrativi e correttivi, prevista dall'art. 1, comma 5, della legge n. 148 del 2011 e tuttora esercitabile da parte del Governo.

P.Q.M.

la Corte costituzionale dichiara inammissibile la richiesta di *referendum* popolare per l'abrogazione dell'art. 1, commi 2, 3, 4, 5 e 5-bis della legge 14 settembre 2011, n. 148 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo. Delega al Governo per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari); del decreto legislativo 7 settembre 2012, n. 155 (Nuova organizzazione dei tribunali ordinari e degli uffici del pubblico ministero, a norma dell'art. 1, comma 2, della legge 14 settembre 2011, n. 148); del decreto legislativo 7 settembre 2012, n. 156 (Revisione delle circoscrizioni giudiziarie - Uffici dei giudici di pace, a norma dell'art. 1, comma 2, della legge 14 settembre 2011, n. 148), richiesta dichiarata legittima, con ordinanza del 28 novembre 2013, dall'Ufficio centrale per il *referendum*, costituito presso la Corte di cassazione.

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

(1-4) La tabella di salvataggio.

La sentenza n. 12 del 2014 della Corte costituzionale d'invalidità del quesito referendario proposto avverso la riorganizzazione degli uffici della magistratura ordinaria e degli uffici dei giudici di pace, se, da un lato, va ad arricchire una già nutrita giurisprudenza che ha preso le mosse nell'ormai lontano 1972, presenta, dall'altro, la specificità, al-

quanto rara (ma non insussistente come superficialmente affermato dagli organi di stampa) in detta giurisprudenza, di porsi in esito ad una richiesta referendaria presentata da nove Consigli regionali (si rammenti il precedente dei *referendum* svoltisi il 18 aprile 1993 per l'abolizione di alcuni Ministeri, per cui può vedersi, volendo, P. Costanzo, *Teoria e pratica dell'iniziativa referendaria regionale*, in *Giur. cost.*, 1993, 67), tra cui il Consiglio regionale della Liguria, determinatosi in tal senso con le deliberazioni n. 21 e 22 del 30 settembre 2013 (in *B.U.* della Regione Liguria 23 ottobre 2013, n. 43).

Non mette, però, conto, ora, di soffermarsi sulle caratteristiche di questa particolare variante dell'iniziativa referendaria prevista dall'art. 75 della Costituzione quanto più semplicemente sottolineare alcuni tratti essenziali della decisione e, prima ancora, della concreta iniziativa regionale che vi ha dato impulso (peraltro, delle nove Regioni firmatarie: Abruzzo, Basilicata, Friuli-Venezia Giulia, Campania, Liguria, Calabria, Puglia, Marche e Piemonte, solo le prime cinque risultano essersi, poi, costituite davanti alla Corte costituzionale), non potendosi dubitare come, sotto un profilo sostanziale, anch'essa possa ascrivere al diffuso movimento oppositivo messo in atto per contrastare il taglio di un discreto numero di Tribunali e di Procure della Repubblica avviato, in nome della cd. *spending review*, dal governo Berlusconi IV nella XVI legislatura (v. la delega contenuta nella l. n. 148 del 2011 per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo) e, dipoi, completato, nella stessa legislatura, dal governo Monti (v. il d.lgs. n. 155 del 2012).

Per quanto riguarda il Distretto della Corte d'appello di Genova (che, com'è noto, ricomprende tutta la Liguria, estendendosi anche oltre i confini regionali), la scure dei tagli si è abbattuta sui Tribunali di Chiavari e Sanremo, sulle Sezioni distaccate di Ventimiglia, Albenga, Sarzana, Pontremoli e Carrara, nonché sulle Procure della Repubblica di Chiavari e Sanremo. Un tale sisma giudiziario ha suscitato anche in Liguria un vivace movimento contestativo a cui hanno partecipato enti territoriali, ordini professionali, soggetti politici (costoro, per vero, con la consueta incoerenza, avendo praticamente tutti i partiti precedentemente concorso, nelle sedi istituzionali, alla formazione dei provvedimenti osteggiati), correnti di opinione pubblica e persino qualche esponente della magistratura locale (si noti, al proposito, come l'Associazione Nazionale Magistrati avesse, però, espresso parere favorevole alla riforma, laddove anche il Consiglio Superiore della Magistratura, in sede di parere, si era spinto a sottolineare come "*dai principi e criteri direttivi della legge delega emerge[ss]e una sostanziale coincidenza tra le posizioni in passato assunte dal CSM, e quanto previsto dal legislatore alle lettere a) e d)*"): e ciò in ragione, in taluni casi, del clamoroso effetto prospettato (esemplare, per il circondario di Chiavari, il "congelamento" del Palazzo di giustizia appena costruito). Su un piano più generale, non sembra inopportuno ricordare anche il "fronte" di resistenza apertosi nelle aule giudiziarie, non sorprendentemente da parte di taluni sopprimendi uffici giudiziari, con la proposizione di varie questioni di costituzionalità nei confronti della normativa in discorso (Tribunali di Pinerolo - una vera testa di ponte con ben cinque ordinanze di sollevazione -, Alba, Urbino, Sala Consilina, Montepulciano e Sulmona), e la relativa risposta della Consulta, che, con la sent. n. 237 del 2013, ha invalidato la soppressione del solo Tribunale di Urbino per violazione del criterio recato dalla delega della necessaria permanenza del tribunale ordinario nei circondari di comuni capoluogo di provincia alla data del 30 novembre 2011 (d'interesse, sul

piano del processo costituzionale, l'ammissione al giudizio incidentale della costituzione degli Ordini professionali interessati - assenti, tuttavia, sia Chiavari, sia Sanremo - benché essi non fossero parti nei giudizi *a quibus*, non però di altri soggetti, tra cui, segnatamente, il Consiglio nazionale forense in ragione dell'asserita mancanza d'interesse).

Venendo, ora, alla sentenza in commento, sembra, innanzi tutto, interessante il profilo ricostruttivo quanto al divieto di *referendum* abrogativo indicato dall'art. 75 Cost. per le leggi di bilancio. La Corte, infatti, individua un ben preciso limite all'ambito di efficacia di tale divieto, interpretato in passato con una certa ampiezza, nel momento in cui (particolarmente con la sent. n. 16 del 1978) furono ritenuti implicitamente inammissibili anche quesiti referendari su disposizioni produttive di effetti strettamente collegati alla sfera di operatività di leggi esplicitamente sottratte alla consultazione referendaria. L'estraneità, affermata nella presente occasione, alle leggi di bilancio, di disposizioni che perseguono obiettivi o producano effetti di contenimento della spesa pubblica in vista del riequilibrio del bilancio statale ha, all'evidenza, l'effetto di far fronte al rischio che sia approntata un'indiscriminata immunità ad una legislazione di crisi come quella del tempo presente, assai sovente giustificata, a torto o a ragione, con esigenze di bilancio.

Non presenta, invece, particolari novità l'attivazione del limite dell'eterogeneità del quesito, sul quale la Corte avverte il bisogno di diffondersi particolarmente: ciò che non desta meraviglia in quanto la perigliosa discrezionalità insita nel relativo apprezzamento esige una più puntuale ed estesa motivazione. In ogni caso, qui, l'eterogeneità del quesito è fatta derivare non tanto dalla pluralità dei testi sottoposti a *referendum* (che, anzi, essi presentano un chiaro vincolo teleologico e materiale), ma dalla grande articolazione di scelte possibili nell'ambito del complessivo quesito, come tale inidonea a favorire l'espressione di un voto univocamente libero da parte dell'elettore. Per altro verso, non è chi non veda come l'attinenza del quesito a situazioni locali avrebbe potuto costituire il maggior intoppo per il successo di un'eventuale consultazione, dato che la gran parte dell'elettorato avrebbe potuto sentirsi non particolarmente appassionata per i problemi sul tappeto, non potendosi neanche escludere il prodursi di forti contesti oppositivi, nell'ambito del medesimo Distretto di Corte d'appello, verosimilmente a scapito delle propensioni del più ridotto elettorato del Circondario soppresso.

A ben vedere, però, il precedente motivo d'inammissibilità avrebbe potuto ritenersi assorbito dal motivo che la Corte allega in via principale e, si potrebbe dire, pregiudiziale: ossia l'appartenenza della normativa sottoposta a *referendum* alle "leggi costituzionalmente necessarie". *Genus* legislativo, questo, con-

figurato dalla Corte già in occasione della citata sent. n. 16 del 1978, a cui è andato successivamente ad affiancarsi, per vero non in modo perspicuo, il diverso *genus* delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato, parimenti interdetto all'abrogazione referendaria: tratterebbesi, a mente della stessa giurisprudenza costituzionale, nel primo caso, delle leggi la cui esistenza è indispensabile per il funzionamento dei meccanismi costituzionali, ma il cui contenuto è rimesso alla discrezionalità del legislatore, e, nel secondo caso, delle leggi il cui nucleo normativo - in qualche modo l'unico possibile - non possa venire alterato o privato di efficacia, senza che ne risultino lesi i corrispondenti specifici disposti della stessa Costituzione. Come si è dianzi precisato, nella specie, l'indicazione della Corte è stata univoca nel primo senso.

In altri termini, l'eventuale abrogazione, in quanto ovviamente "secca", senza corredo, cioè, di una normativa sostitutiva (la decisione, al proposito, esclude che la lacuna potrebbe essere ripianata dalla reviviscenza delle norme che, a suo tempo, erano state abrogate dalla normativa sottoposta a *referendum*: problema postosi, com'è noto, con un certo clamore in occasione della richiesta di abrogazione della legge elettorale politica: v. la sent. n. 13 del 2012), pregiudicherebbe irrimediabilmente lo svolgimento della funzione giurisdizionale, di cui agli artt. 101 e seguenti Cost., e l'esercizio del diritto fondamentale di agire e di difendersi in giudizio, di cui all'art. 24 Cost. Affermazione, questa, che poggia essenzialmente sulla circostanza dell'avvenuta sostituzione delle precedenti tabelle relative alla cosiddetta geografia giudiziaria con tabelle nuove, la cui soppressione, "lascerebbe l'ordinamento del tutto sguarnito dei necessari strumenti organizzativi per l'amministrazione della giustizia". In questi termini così perentori, che qui non si ha modo di discutere adeguatamente, il veto posto allo "smantellamento" della giustizia ordinaria sotto l'aspetto organizzativo come sotto quello strumentale alla tutela dei consociati non sembra facilmente censurabile. Per altro verso, la (a dir poco) superficiale formulazione tecnica del quesito referendario ha evitato alla Corte di pronunciarsi in merito all'ammissibilità di un'abrogazione referendaria di solo alcuni specifici ed omogenei profili riformatori, pur con le incognite a cui si è avuto già modo di accennare.

Il dubbio che si sia trattato allora di una mera operazione di facciata, sostenuta da qualche condiscendenza politica e senza alcuna reale convinzione non sembra, pertanto, facile da dissipare.

Pasquale Costanzo
Professore Ordinario nell'Università di Genova

Massime

T.A.R. Liguria, sez. II, 5 febbraio 2014, n. 194 - Pres. Caruso - Est. Peruggia - L.G.E. S.r.l. e altri (Avv. Gerbi) c. Comune di Genova (Avv.ti Pessagno e De Paoli).

ATTO amministrativo - regolamento - prescrizione di dettaglio - orari pubblici esercizi - competenza - sindaco - regolamento approvato dal consiglio comunale - illegittimità - regolamento comunale - criteri di localizzazione di sale da gioco - individuazione luoghi sensibili - legittimità.

L'interesse a chiedere l'annullamento in via principale e diretta di un regolamento comunale deve dichiararsi ammissibile nei casi in cui incida immediatamente sull'iniziativa imprenditoriale dei ricorrenti (ad esempio l'orario di apertura). (1)

La previsione di rigidi orari di apertura e chiusura serale dell'attività (con obbligo di chiusura, peraltro, oltremodo anticipato rispetto ai limiti consentiti dalle autorizzazioni di pubblica sicurezza di cui sono attualmente in possesso le Società ricorrenti) non trova infatti, alcuna copertura normativa nelle disposizioni della Legge Regionale n. 17 del 2012.

Né la titolarità del potere esercitato dal Consiglio Comunale genovese può farsi discendere dalla generale previsione di cui all'art. 50, comma 7, Dlgs 18 agosto 2000, n. 267, secondo il quale il Sindaco coordina e riorganizza, sulla base degli indirizzi espressi dal Consiglio Comunale e nell'ambito dei criteri eventualmente indicati dalla Regione, gli orari degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici.

Considerato che le sale giochi, in quanto locali ove è possibile fruire di una prestazione ludica o di svago, non configurano né esercizi commerciali, né servizi pubblici, ma devono farsi rientrare nell'ampia nozione di "pubblico esercizio", contenuta nella cennata disposizione (cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 31 agosto 2012 n. 1484), deve innanzitutto rilevarsi come l'autorità investita della potestà regolatoria degli orari sia chiaramente individuata nel Sindaco, pur nella doverosa osservanza dei criteri stabiliti dall'organo consultare. Nel caso in esame, invece, il Consiglio Comunale non si è limitato alla fissazione dei criteri, ossia a definire gli indirizzi sulla base dei quali il Sindaco avrebbe dovuto successivamente articolare l'orario delle sale da gioco, ma ha direttamente stabilito detto orario, con una previsione di tale rigidità che il successivo intervento sindacale, pur richiesto dalla previsione contenuta nel primo periodo dell'art. 18 del Regolamento Comunale, non potrà che riprodurre i vincoli imposti dal Consiglio.

Del resto, il potere di regolazione degli orari, configurato dal citato art. 50, comma 7, deve essere esercitato per fare fronte alle esigenze previste dalla disposizione medesima ("armonizzare l'assetto dei servizi con le esigenze complessive e generali degli utenti"), alle quali sono estranee le finalità di lotta alla ludopatia perseguite nel caso di specie (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 13 settembre 2012, n. 2308).

Da ciò deriva che la disposizione dettata dal Regolamento Comunale in materia di orari (articolo 18, comma 1, secondo periodo) è illegittima e deve essere annullata.

Deve ritenersi altresì illegittima la disposizione di cui all'art. 8, comma 2, secondo periodo del Regolamento Comunale, secondo cui "l'autorizzazione comunale costituisce comunque condizione di esercizio dell'attività sul territorio comunale".

Invero, la sola interpretazione possibile di tale disposizione sembra implicare la necessità dell'autorizzazione comunale anche per le attività già esercitate sulla base di antecedenti autorizzazioni di polizia, ponendosi, in tale prospettiva, in palese violazione del principio di irretroattività valido anche per gli atti regolamentari.

I ricorrenti con altra censura hanno altresì addotto la violazione che il Regolamento Comunale avrebbe operato, con riferimento all'art. 2 della Legge Regione Liguria 30 aprile 2012 n. 17, ponendo in essere uno sconfinamento delle previsioni inibitorie del gioco a premi in denaro al di là di quanto ammesso dalla normativa regionale.

In particolare, la disposizione generale introdotta dal Comune avrebbe ampliato il novero dei luoghi sensibili astrattamente individuati dalla Legge (artt. 7 e 19), imibendo la collocazione delle postazioni di gioco a meno di cento metri dagli sportelli bancari, dai bancomat o dalle agenzie di prestiti su pegno.

Il Collegio deve operare una distinzione a tale riguardo, escludendo dall'applicabilità di tali disposizioni i soggetti che avevano già ottenuto l'assenso di polizia prima dell'entrata in vigore del Regolamento.

Pertanto, per gli operatori che subentreranno all'atto generale impugnato, non si condivide la censura, atteso che la Legge ha previsto che gli Enti locali tengano conto del contesto e della sicurezza urbana nell'individuazione delle località in cui non sono ammissibili le sale da gioco o le postazioni per tale attività. (2)

È legittimo il Regolamento Comunale nella parte in cui impone il divieto di vicinanza di giochi a premio in denaro in prossimità di apparecchi di erogazione di denaro, in quanto evidentemente idonea ad alimentare l'inclinazione al gioco compulsivo.

Pertanto le limitazioni imposte attraverso il Regolamento Comunale devono ritenersi legittime, almeno per l'avvenire, con riferimento ai soggetti che hanno richiesto o chiederanno l'autorizzazione dopo l'entrata in vigore del Regolamento Comunale.

(1) L'annullamento del regolamento comunale.

Nel caso di specie i ricorrenti denunciavano due distinti profili d'illegittimità dell'atto comunale, il primo attinente alla parte in cui esso limita l'orario di apertura delle sale da gioco o dei locali pubblici in cui sono posizionate le attrezzature per tale intrattenimento, la cui violazione denunciata riguarda l'articolo 3 del Dlgs 13 giugno 2011 n. 138 (convertito con legge 14 settembre 2011 n. 148), e sotto altro profilo l'assenza d'idonea motivazione alla limitazione così imposta.

Con tale doglianza, riconosciuta fondata dalla Seconda sezione del T.A.R. Liguria, viene censurata la disposizione regolamentare di cui all'art 18, comma 1, secondo periodo del regolamento comunale, che limita l'attività delle sale da gioco ove sono messi a disposizione del pubblico giochi o scommesse che consentono vincite in denaro ad un orario compreso fra le 9 antimeridiane e le ore 19.30.

(2) La nozione di contesto urbano.

La nozione di "contesto urbano" deve ritenersi necessariamente generica e necessita di essere contestualizzata ad opera degli altri soggetti cui è attribuita la relativa potestà. Invero la normativa è stata dichiaratamente introdotta nel-

l'esercizio delle competenze legislative regionali in materia di salute e politiche sociali, come correttamente documentato ed evidenziato nell'istruttoria comunale.

Risultano infatti allegate, da parte del Comune, le acquisizioni circa la crescente dipendenza dal gioco che viene esercitato in apparenza per piccole somme dalle categorie sociali meno attrezzate economicamente e culturalmente a resistere alla tentazione di provare ad arricchirsi in contrasto alla ratio che la norma intende limitare.

Vieppiù, attraverso una complessa interpretazione ermeneutica il Collegio ha fatto proprio il ragionamento induttivo secondo il quale le attuali politiche sociali hanno superato il retaggio che vedeva soprattutto le persone molto facoltose incedere al gioco sino a perdere la loro posizione di privilegio, abbracciando la nuova prospettiva che vede il fenomeno coinvolgere anche i soggetti privi di tali privilegi.

Il T.A.R. Liguria ha altresì evidenziato che la sempre maggiore capillarità delle strutture organizzate in sale da gioco, è causa di evidenti danni che possono essere ovviati solo attraverso l'intervento degli Enti preposti a risolvere tali problematiche.

Tali prerogative sono state attribuite dalla Regione Liguria all'Ente Comunale, rendendo pertanto infondata la censura in esame.

Lo stesso Collegio ha rilevato che le osservazioni svolte sulla natura di politica sociale di contenimento del gioco a premi in denaro, rendono ragionevoli le scelte operate dall'Ente Comunale, contestate dai ricorrenti.

Lorenzo Barabino
Avvocato, Foro di Genova

T.A.R. Liguria, sez. II, 28 novembre 2013, n. 1449 - Pres. Caruso - Est. Goso - Biscione Società Cooperativa Onlus (Avv. Robotti) c. ASL 3 Genovese (Avv. Casanova).

CONTRATTI della P.A. - appalto - contratto avente ad oggetto prestazioni indissolubilmente legate ad esigenze di qualità del servizio - criterio del prezzo più basso - assenza requisiti qualitativi per la scelta dell'offerta - non illogicità.

(Artt. 81 e 82, D.lgs. 163/2006)

Non appare illogica la scelta da parte di una amministrazione aggiudicatrice di assumere il criterio del prezzo più basso (posto che la scelta del criterio di aggiudicazione di un appalto costituisce espressione tipica della discrezionalità della stazione appaltante) e di non riconoscere alcun rilievo nella scelta dell'offerta alla componente qualitativa, in relazione all'aggiudicazione di una gara che abbia ad oggetto un contratto consistente nello svolgimento di prestazioni professionali indissolubilmente legate ad esigenze di qualità del servizio, laddove la qualità del servizio sia garantita attraverso la previsione nei capitolati di adeguati requisiti di specializzazione e di esperienza professionale degli operatori.

A.M.

T.A.R. Liguria, sez. II, 12 dicembre 2013, n. 1532 - Pres. Caruso - Est. Goso - Società Medical Equipment Solutions (Avv.ti Anselmi, Brandolin e Vaccaro) c. Agenzia Regionale Sanitaria A.R.S. Liguria Area Centrale regionale di acquisto (Avv. Taccogna) e c. ASL 1 Imperiese, ASL 2 Savonese, ASL 4 Chiavarese, ASL 5 Spezzino.

CONTRATTI della P.A. - appalto - affidamento servizio gestione e manutenzione apparecchiature - partecipazione gara d'appalto riservata alle sole aziende produttrici o a loro emanazioni - illegittimità.

(Art. 3, D.lgs. 46/1997; art. 3, D.lgs. 332/2000; art. 2, dir. 90/385/CEE; art. 2, l. 287/1990)

È illegittima la clausola del capitolato tecnico del bando di gara contenente la prescrizione che circoscrive alle sole aziende produttrici e/o a loro emanazioni la manutenzione di apparecchiature ad alta tecnologia poiché, oltre a tradursi in una ingiustificata restrizione della libera concorrenza in un settore nel quale l'attività di manutenzione qualificata è espressamente riconosciuta, la prescrizione ha quale concreto effetto l'integrazione (verticale) di autonome attività d'impresa, condizionata ad un atto di assenso unilaterale del produttore delle apparecchiature che - seppure in astratto e in via potenziale - può integrare gli estremi dell'intesa restrittiva della concorrenza. Pertanto, poiché già il bando di gara richiede ai partecipanti elevati standard di qualificazione, esigendo prestazioni da parte di personale che agisce già in regime di autorizzazione e, più in generale, in regime di attività professionale regolamentata, rimettere ad un'autorizzazione rilasciata dalla ditta produttrice l'esecuzione delle prestazioni, oltre a violare i principi di proporzionalità ed adeguatezza, frustrerebbe la normativa in tema di professioni protette autorizzate.

A.M.

T.A.R. Liguria, sez. II, 10 gennaio 2014, n. 67 - Pres. Caruso - Est. Goso - P.R. e altri (Avv.ti Gerbi e Bilanci) c. Comune di Genova (Avv.ti Masuelli e De Paoli).

CONTRATTI della P.A. - assegnazione immobile in concessione - immobile non destinato allo sfruttamento economico - assenza di procedura di gara - legittimità.

È legittima la determinazione comunale con la quale si assegna in assenza di una previa procedura di evidenza pubblica un immobile di proprietà comunale in concessione ad una associazione costituita per la promozione di spazi sociali autogestiti, non essendo tale assegnazione funzionale all'esecuzione di lavori per la messa a norma dell'edificio ma costituendo essa stessa lo strumento per realizzare l'interesse del concessionario a svolgere, proprio grazie alla disponibilità degli spazi messi a disposizione dall'ente locale, attività nel campo socio-culturale. La causa giuridica del rapporto non è omologabile, quindi, al contratto di appalto, ma identifica un rapporto pubblicistico intercorrente tra l'amministrazione e il concessionario, nell'ambito del quale la condizione inerente al completamento dei servizi igienici (o alla realizzazione di un prefabbricato avente tale destinazione) è irrilevante ai fini della qualificazione del rapporto.

A.M.

T.A.R. Liguria, sez. II, 28 novembre 2013, n. 1455 - Pres. Caruso - Est. Goso - Ass. Uomo Natura Animali (Avv.ti Bertolin e Maoli) c. Comune di Genova (Avv. De Paoli).

CIRCOLAZIONE stradale - transito sulle corsie riservate - autorizzazione comunale - autovettura in uso ad associazione - intestazione all'associazione e segni visibili di riconoscimento sul veicolo - non necessari.

(Art. 118, Cost.; artt. 3 e 10, L. 241/1990)

È illegittimo il provvedimento con il quale l'amministrazione comunale nega l'autorizzazione al transito sulle corsie riservate, prevista per i veicoli attrezzati per interventi operativi, per un'autovettura utilizzata in regime di comodato d'uso da parte di un'associazione che svolge attività a tutela degli animali, motivato esclusivamente sul fatto che l'autovettura sia intestata a terzi e che non rechi segni visibili di riconoscimento che attestino l'uso esclusivo a scopi di servizio. L'associazione ha, infatti, base personale e volontaria e svolge compiti d'interesse pubblico e sociale: è, cioè, espressione della c.d. sussidiarietà orizzontale ex art. 118 Cost. nell'esecuzione di prestazioni rese uti cives da personale volontario associato in favore della collettività ed è del tutto consono che in un sistema socio-economico caratterizzato sempre di più da una riduzione delle sovvenzioni pubbliche, i mezzi necessari per l'esecuzione del servizio siano messi a disposizione dal personale medesimo.

A.M.

T.A.R. Liguria, sez. II, 28 novembre 2013, n. 1465 - Pres. Caruso - Est. Goso - Aeroporto Villanova d'Albenga (Avv. Momino) c. Ministero dell'economia e delle finanze c. Ministero delle infrastrutture e dei trasporti E.N.A.C. e c. Regione Liguria.

CONCESSIONI - gestione aeroporto - provvedimento finale Ministro dei trasporti - concerto Ministro dell'economia - atto complesso - determinazione dirigenziale - non sufficiente.

(Art. 7, D.m. 521/1997; art. 3, d.lgs. 96/2005)

È illegittimo il silenzio serbato dal Ministro dell'economia e delle finanze nel procedimento di concessione della gestione totale di un aeroporto. Poiché tale concessione deve essere effettuata "con decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione, di concerto con i Ministri del tesoro, delle finanze e dei lavori pubblici" (art. 7, d.m. 521/1997), il provvedimento si configura come atto complesso, in quanto presuppone la convergenza della volontà di più autorità ministeriali. È necessario, pertanto, che la fase procedimentale rimessa alla competenza del Ministero dell'economia e delle finanze sia definita con un atto che esprime direttamente la volontà dell'organo di governo, non surrogabile, anche per la mancanza di una delega espressa, da determinazioni dirigenziali.

A.M.

T.A.R. Liguria, sez. II, 10 gennaio 2014, n. 66 - Pres. Caruso - Est. Goso - C.P. S.r.l. (Avv. Massa) c. I.N.A.I.L. (Avv. Consorte).

CONTRIBUTI - diniego erogazione contributo già provvisoriamente assentito - riparto giurisdizione.

Il riparto di giurisdizione tra Giudice Ordinario e Giudice Amministrativo, in base alle indicazioni fornite dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la Sentenza n. 17 del 29 luglio 2013, deve essere attuato distinguendo le ipotesi in cui il contributo o la sovvenzione è riconosciuto direttamente dalla legge (e alla Pubblica Amministrazione è demandato esclusivamente il controllo in ordine all'effettiva sussistenza dei presupposti puntualmente indicati dalla legge stessa), da quelle in cui la legge attribuisce invece alla Pubblica amministrazione il potere di riconoscere l'ausilio previa valutazione comparativa degli interessi pubblici e privati in relazione all'interesse pubblico primario, appezzando discrezionalmente l'an, il quid ed il quomodo dell'erogazione. Pertanto, la controversia avente ad oggetto la revoca del finanziamento appartiene alla giurisdizione del Giudice amministrativo, laddove il provvedimento non discende dall'accertato venir meno di un presupposto previsto in modo puntuale dalla legge, ma consegue alla formulazione di valutazioni discrezionali rispetto alle quali il privato vanta una posizione di interesse legittimo. (1)

Nella fattispecie in esame, è pacifico che le circostanze determinanti la contestata revoca sono emerse dopo l'adozione del provvedimento che aveva attribuito il beneficio, non per vizi riconducibili a tale provvedimento, ma per ragioni inerenti alla valutazione della rendicontazione finale, riguardanti l'idoneità della documentazione presentata a comprova della regolare realizzazione dell'intervento. Di talché la revoca deriva dall'esercizio di un potere discrezionale in relazione al quale la posizione del privato è di interesse legittimo e la giurisdizione appartiene al Giudice Amministrativo. (2)

(1) Il riparto di giurisdizione.
A tale proposito appare di evidente interesse rilevare come la resistente difesa (I.N.A.I.L.) abbia addotto che, trattandosi di una controversia insorta in relazione ad un provvedimento adottato nella fase di verifica delle modalità di utilizzazione del contributo, nella quale la posizione del privato ha consistenza di diritto soggettivo alla conservazione del finanziamento assentito, la cognizione giurisdizionale apparterebbe al Giudice ordinario.

(1) Il riparto di giurisdizione.

Tale impostazione rifletterebbe il tradizionale orientamento della Giurisprudenza amministrativa (fatto proprio, anche nel recente passato, dalla seconda Sezione del T.A.R. Liguria: cfr. sentenze n. 352 del 21 febbraio 2013 e n. 656 del 12 aprile 2013), secondo il quale va ravvisata l'esistenza di una situazione di interesse legittimo, tale da radicare la giurisdizione del Giudice amministrativo nei casi in cui la controversia riguardi una fase procedimentale antecedente l'attribuzione del beneficio, ovvero se il provvedimento venga annullato o revocato per vizi di legittimità o di contrasto iniziale con il pubblico interesse.

Qualora la controversia insorga in relazione alla fase di erogazione o di ritiro del finanziamento, sulla scorta di un irregolare utilizzazione del contributo o di un inadempimento delle obbligazioni assunte a fronte della sua erogazione, la giurisdizione è radicata innanzi al Giudice ordinario, anche se si faccia questione di atti denominati revoca o decadenza. La questione, deve tuttavia essere parzialmente rimeditata alla luce delle indicazioni formulate dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la Sentenza n. 17 del 29 luglio 2013.

Con la cennata pronuncia l'Adunanza Plenaria ha precisato che, nella materia de qua, il riparto di giurisdizione tra Giudice ordinario e Giudice amministrativo deve essere attuato distinguendo le ipotesi in cui il contributo o la sovvenzione è riconosciuto direttamente dalla legge (e alla Pubblica Amministrazione è demandato esclusivamente il controllo in ordine all'effettiva sussistenza dei presupposti puntualmente indicati dalla legge stessa), da quelle in cui la legge attribuisce invece alla Pubblica amministrazione il potere di riconoscere l'ausilio previa valutazione comparativa degli interessi pubblici e privati in relazione all'interesse pubblico primario, appezzando discrezionalmente l'an, il quid ed il quomodo dell'erogazione.

(2) Nel merito.

Nel merito, il provvedimento impugnato è infatti motivato con riferimento alla mancata produzione di taluni documenti, ritenuti necessari per comprovare la regolarità e tempestività dell'intervento nonché l'acquisto di due macchinari diversi ma equivalenti da quelli preventivati.

Lorenzo Barabino
Avvocato, Foro di Genova

T.A.R. Liguria, sez. I, 23 dicembre 2013, n. 1581 - Pres. Balba - Est. Vitali - La Tavernetta s.a.s. (Avv.ti Delfino e Borghi) c. Regione Liguria (Avv.ti Sommariva e Benghi) e c. Comune di Varazze.

EDILIZIA e urbanistica - richiesta svincolo destinazione di uso alberghiero - variante piano regolatore comunale con delibera giunta regionale - accoglimento - imposizione termine per cessazione dell'attività precedente - riserva di legge - illegittimità.

(Art. Cost. 41; l.r. 1/2008, art. 2; l.r. 16/2008, art. 13; l.r. 2/2008, art. 58)

Deve essere annullata la delibera della Giunta regionale di approvazione della variante di P.R.G. di un Comune nella parte in cui, accogliendo la richiesta di svincolo dalla destinazione di uso alberghiero, dispone che le strutture oggetto di svincolo debbano cessare l'esercizio dell'attività entro un congruo termine da fissare a cura del Comune. L'imposizione di un termine per la cessazione dell'attività alberghiera negli immobili oggetto di svincolo e per la presentazione di istanze per il cambio di destinazione d'uso non trova alcun riscontro nella l.r. 1/2008: una ingiunzione di questo genere inciderebbe dunque in maniera diretta ed immediata sullo svolgimento di un'attività imprenditoriale la cui limitazione è soggetta a riserva di legge ex art. 41 Cost. Inoltre lo svincolo dell'immobile con l'imposizione della destinazione d'uso residenziale comporta la mera facoltà, per il proprietario, di intraprendere in futuro i conseguenti interventi edilizi corrispondendo al Comune una cospicua prestazione urbanistica, ma non giustifica sotto alcun profilo l'imposizione della cessazione immediata dell'attività alberghiera esercitata in conformità al titolo edilizio posseduto.

A.M.

T.A.R. Liguria, sez. II, 28 novembre 2013, n. 1458 - Pres. Caruso - Est. Goso - Scavo-Ter (Avv.ti Acquarone e Rusca) c. Ministero dell'Interno e c. Provincia di Savona.

MISURE DI PREVENZIONE e sicurezza - interdittiva antimafia - presenza di fatti sintomatici di possibile condizionamento da parte della criminalità organizzata - giudizio prognostico sul loro complesso - necessità.

(Art. 10, D.p.r. 252/1998)

Non assumono rilievo ai fini dell'applicazione dell'interdittiva antimafia né il fatto che tra i dipendenti di un'impresa vi siano due soggetti già indagati per gravi reati ovvero operanti quali amministratori di società insieme a soggetti pregiudicati, anche per il delitto di associazione mafiosa, soprattutto laddove l'impresa abbia provveduto al loro tempestivo licenziamento; né la circostanza per la quale il presunto amministratore di fatto dell'impresa sia stato soggetto ad una misura cautelare restrittiva della libertà personale traente origine da episodi di criminalità comune ed al di fuori, pertanto, dall'ambito delle misure antimafia. Infatti, pur essendo vero che l'interdittiva antimafia costituisce una misura di massima anticipazione dell'azione di prevenzione a fronte delle interferenze della criminalità organizzata, e che, in tale logica, essa prescinde dalla prova concreta in ordine all'esistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, purché si fondi su fatti sintomatici di un possibile condizionamento da parte della criminalità, questi elementi non vanno considerati atomisticamente, dovendosi piuttosto stabilire se, sulla base di un giudizio prognostico ampiamente discrezionale, essi siano idonei, nel loro complesso, a rendere attendibile l'ipotesi di contiguità mafiosa.

A.M.

T.A.R. Liguria, sez. II, 11 dicembre 2013, n. 1508 - Pres. Caruso - Est. Perugia - L. M. (Avv. Bava) c. Ministero dell'Interno.

PORTO D'ARMI - rinnovo autorizzazione - diniego - analitica giustificazione del provvedimento - necessità.

(Art. 43, R.D. 773/1931; circ. min. 30.10.1996 n. 559/C)

È illegittimo il provvedimento della questura che nega all'interessato il rinnovo dell'autorizzazione per il porto dell'arma da caccia, qualora in tale diniego, motivato (in applicazione della circolare ministeriale relativa all'assenso al porto delle armi per coloro che risultano avere congiunti potenzialmente pericolosi) sulla base della condotta pericolosa del fratello del richiedente, segnalato per tentato omicidio, non sia comprovata una contiguità di vita con il congiunto tale da far pensare come probabile il passaggio delle armi dall'una all'altra mano.

A.M.

T.A.R. Liguria, sez. I, 11 dicembre 2013, n. 1491 - Pres. Balba - Est. Vitali - Cooperativa Porto Turistico di Moneglia S.c.r.l. (Avv. Granara) c. Comune di Moneglia (Avv. Gerbi).

PROCEDIMENTO amministrativo - parere reso in conferenza di servizi - provvedimento endoprocedimentale - non impugnabile autonomamente.

(Art. 5, D.p.r. 509/1997)

È inammissibile per carenza di interesse il ricorso con cui viene impugnata la nota del funzionario responsabile mediante la quale si trasmette il parere contrario reso dalla commissione edilizia comunale sull'istanza della ricorrente volta alla realizzazione di un porto turistico, trattandosi di un provvedimento che, anche in considerazione della sua natura consultiva, ha carattere endoprocedimentale, non possiede carattere conclusivo del procedimento conferenziale ex art. 5 d.p.r. 509/1997 di esame del progetto e, non essendo quindi immediatamente lesivo delle posizioni giuridiche della ricorrente, non è autonomamente impugnabile.

A.M.

T.A.R. Liguria, sez. II, 10 gennaio 2014, n. 76 - Pres. Caruso - Est. Goso - G.N. Games S.a.s. (Avv. Ballero Dalla Dea) c. Comune di Genova (Avv. ti Pessagno, De Paoli e Masuelli).

SALE DA GIOCO - esercizio in locali aperti al pubblico - assenza autorizzazione sindaco ex l.r. 17/2012 - divieto del Comune all'esercizio per assenza autorizzazione sindaco - ricorso - diffida questura per inosservanza prescrizioni della licenza per l'esercizio delle scommesse ex artt. 88 e 110 t.u.l.p.s. per assenza autorizzazione sindaco - mancata impugnazione diffida - autonomia contenuto dispositivo diffida - ricorso inammissibile per mancata impugnazione diffida.

(Artt. 88 e 101, R.D. 773/1931 t.u.l.p.s.; art. 1, L.r. Liguria 17/2012)

È inammissibile il ricorso di una società in possesso di una licenza per l'esercizio delle scommesse ex artt. 88 e 110 t.u.l.p.s. avverso un provvedimento dell'amministrazione comunale (con il quale, accertata la mancanza dell'autorizzazione del Sindaco per l'esercizio delle sale da gioco in locali aperti al pubblico di cui all'art.

1 della l. r. 17/2012, si vieta l'avvio dell'attività) e non anche avverso la nota della questura con cui si diffida l'impresa a non esercitare l'attività in questione sino al conseguimento di tutte le autorizzazioni necessarie: nell'eventualità di un accoglimento del ricorso, il ricorrente non trarrebbe benefici concreti dall'annullamento del provvedimento impugnato poiché l'esercizio dell'attività resterebbe comunque autonomamente precluso dalla diffida. Quest'ultima non costituisce infatti un semplice atto monitorio ma possiede un contenuto dispositivo che si sostanzia nell'accertamento dell'inosservanza delle prescrizioni impartite con la licenza ex art. 88 t.u.l.p.s. (con riguardo alla previsione di legge regionale che subordina l'esercizio dell'attività a specifica autorizzazione comunale) e comporta un autonomo divieto di esercizio dell'attività.

A.M.

T.A.R. Liguria, sez. II, 5 febbraio 2014, n. 189 - Pres. Caruso - Est. Goso - Bingo King S.r.l. e altri (Avv.ti Benelli e Gallo) c. Comune di Genova (Avv.ti Pessagno e De Paoli).

SALE DA GIOCO - regolamento comunale - disciplina orari esercizio attività - competenza Sindaco sulla base di indirizzi espressi dal Consiglio comunale e di criteri indicati dalla Regione - illegittimità.

(Artt. 18 e 20, L.r. Liguria 17/2012; Art. 50, co. 7, D.lgs. 267/2000)

Sono illegittime le disposizioni regolamentari contenute all'art. 18, co. 1 secondo periodo e all'art. 20, co. 2, del regolamento del Comune relativo alle sale da gioco e giochi leciti, che delimitano l'orario di apertura e chiusura delle sale pubbliche da gioco. La previsione di rigidi orari di esercizio dell'attività non solo non trova alcuna copertura normativa nelle disposizioni della l.r. 17/2012 (relativa alla disciplina delle sale da gioco) ma non appare neppure conforme al riparto delle competenze così come configurate dal d.lgs. 267/2000, laddove si stabilisce che (art. 50, co. 7) spetti al Sindaco, e non al Consiglio comunale, il coordinamento e la riorganizzazione degli orari e degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici, sulla base degli indirizzi espressi dal Consiglio comunale e nell'ambito dei criteri eventualmente indicati dalla Regione. Il potere di regolazione degli orari configurato dal citato art. 50 co. 7, inoltre, deve essere esercitato per far fronte alle esigenze previste dalla disposizione medesima (ossia "armonizzare l'espletamento dei servizi con le esigenze complessive e generali degli utenti") alle quali sono estranee le finalità di lotta alla ludopatia che intende perseguire il regolamento comunale.

A.M.

T.A.R. Liguria, sez. II - 10 gennaio 2014, n. 73 - Pres. Caruso - Est. Goso - Laboratorio di analisi e ricerche cliniche Labortest (Avv. Meo) c. ASL 5 "Spezzino" (Avv. Casanova) e c. Regione Liguria e c. Azienda regionale per i servizi sanitari della Liguria.

SANITÀ - strutture private - remunerazione da parte della ASL delle prestazioni erogate - accreditamento strutture private - non sufficienza - apposito accordo contrattuale tra struttura privata e amministrazione sanitaria - necessità.

(Artt. 8-bis e 8-quater, D.lgs. 502/1992)

È legittimo il provvedimento con il quale una ASL, a causa della riduzione degli stanziamenti regionali, determina l'interruzione di un rapporto convenzionale con un laboratorio di analisi mediche accreditato, non risultando con ciò violato l'art. 8-bis del d.lgs. 502/1992 che enuncia un principio di tendenziale parità tra strutture sanitarie pubbliche e private accreditate e prevede la facoltà di libera scelta dei cittadini tra le due tipologie di strutture. Tali principi, infatti, devono trovare comunque attuazione nel rispetto dei limiti di spesa predeterminati in conformità all'art. 8-quater della medesima legge per cui la qualità di soggetto accreditato non comporta un vincolo per le aziende e gli enti del servizio sanitario nazionale a corrispondere la remunerazione delle prestazioni erogate al di fuori di accordi contrattuali. L'accreditamento istituzionale costituisce in definitiva una condizione essenziale ma non sufficiente per l'ammissione in partecipazione all'integrazione delle prestazioni garantite dal servizio sanitario nazionale in regime di convenzione per la quale sarà invece necessario la preliminare sottoscrizione di apposito contratto che l'azienda sanitaria, liberamente e autonomamente, decida di stipulare in quanto consentito dalla disponibilità di risorse finanziarie ed a condizione che non ne risulti pregiudicato l'obiettivo di valorizzazione delle risorse interne.

A.M.

Consiglio di Stato, Reg. Prov. Coll., 10 dicembre 2013. (Conferma T.A.R. Liguria, sez. II, 21 febbraio 2013)

SPORT - manifestazioni sportive - violenza stadi - elemento soggettivo - sussistenza reato.

Il fatto punito dall'art. 6 bis della L. n. 401/1989 consiste nello scavalco, fatto diverso e più grave di quello di chi, pacificamente, si sposta da un settore all'altro, approfittando di un varco occasionalmente aperto; in altre parole l'illecito penale si integra quando il soggetto dolosamente superi o scavalchi una recinzione o altro ostacolo materiale.

ST.FR.

Documenti

La concezione statunitense della separazione dei poteri, ovvero il check and balances

Considerazioni a margine dell'opinione dissenziente (parte I) del Giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti Antonin Scalia nella causa *Stati Uniti vs. Windsor*

Giovanni Cofarncesco

Professore nell'Università di Genova

Sommario: 1. *Premessa.* - 2. *L'opinione dissenziente del Giudice Antonin Scalia nella causa Stati Uniti vs. Windsor: la Corte Suprema non ha un ruolo predominante sulla costituzionalità di una legge poiché il potere giudiziario ha il compito innanzitutto di decidere sulle pretese contestate dalle parti e solo a tale scopo enunciare il diritto applicabile. L'esistenza di un contenzioso non è un "requisito prudenziale" ma un elemento essenziale della controversia ex art. III.* - 3. *La concezione della separazione dei poteri: in Europa la funzione pubblica è rivolta ad esercitare (discrezionalmente) un dovere laddove negli Usa è piuttosto il diritto (rinunciabile) di amministrare nell'interesse pubblico. Il vero significato del principio no taxation without representation (al diritto dell'esecutivo di svolgere determinate attività si oppone il diritto del legislatore di negare i finanziamenti).* - 4. *La funzione pubblica come dovere negli ordinamenti europei e come diritto negli Usa.* - 5. *L'attività giudiziaria non consiste nel mondo nord-americano nell'applicazione della legge ma nell'arbitrare e decidere una lite tra diversi soggetti (pubblici o privati) in contrapposizione tra loro. Il controllo diffuso non è un'affermazione solo organizzativa: il giudizio di costituzionalità assume carattere "occasionale" rispetto alle decisioni sui diritti individuali oggetto della controversia.* - 6. *Il potere legislativo europeo emana un diritto completo, assoluto (nessun diritto soggettivo può stare al di fuori del diritto oggettivo); negli Usa i diritti dei singoli soggetti, pubblici o privati, sono il fondamento della convivenza civile.* - 7. *Nel diritto europeo l'Esecutivo e l'Amministrazione attuano i precetti che impone la normativa, il giudiziario applica le sanzioni. Sono tre momenti di un'unica funzione. Da un lato l'esigenza di un potere predominante che abbia l'ultima parola esercitabile nelle diverse contingenze, dal legislativo, dall'esecutivo e dal giudiziario. Nel sistema americano non esiste un centro e nessuno dei tre poteri può dire la parola definitiva secondo il pensiero di Montesquieu, le pouvoirs arrête le pouvoir: il necessario confronto sembra essere più proprio negli Usa che in Europa.* - 8. *Conclusioni: check and balances e gioco del poker. Il possibile effetto boomerang di istituti nord americani trapiantati in sistemi giuridici economici e culturali antitetici.*

1. Premessa.

La sentenza della Corte Suprema americana nella causa *Stati Uniti vs. Windsor* (insieme a quella contemporanea nella causa *Hollingsworth vs. Perry*) ha suscitato un ampio dibattito negli Stati Uniti ed ha avuto echi in tutto il mondo a motivo dell'argomento trattato, il riconoscimento giuridico dei matrimoni tra omosessuali. Senza voler sminuire l'importanza giuridica, sociale e morale di questo argomento (che vede in campo opinioni controverse) in questo scritto vogliamo concentrare la nostra attenzione su un tema, ancora più importante che concerne i principi fondamentali riguardanti la limitazione del potere pubblico (1).

E comune agli ordinamenti occidentali moderni (e anche, almeno formalmente, a quelli non occidentali) che il potere pubblico debba essere tripartito nei settori, legislativo, esecutivo (o amministrativo) e giudiziario. Questa regola, che viene riportata al pensiero di Montesquieu, trova però mutevoli applicazioni. La parte I dell'opinione del Giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti Antonin Scalia esprime in maniera esemplare la concezione americana, e più in generale anglosassone, della separazione dei poteri, una concezione radicalmente opposta a quella che si ha in Europa. Con questa opinione vale la pena di confrontarsi, non tanto per la sua efficacia giuridica, (si tratta di un'opinione dissenziente rispetto alla decisione della maggioranza della Corte), ma neppure costituisce un puro *flatus vocis*, dato che va a costituire l'esperienza giuridica nazionale: un mosaico di sentenze in seguito confermate o ritenute errate il quale, secondo la tradizione di *common law*, costituisce, al di là dei singoli precedenti, sia il vincolo che il fondamento delle decisioni e delle argomentazioni dei giuristi statunitensi. Il motivo per cui abbiamo ritenuto di tradurre e di approfondire questo testo consiste infatti nel suo contenuto, il cui valore giuridico e culturale non è limitato al diritto americano ma può fornire spunti di riflessione a chiunque si occupi di cose giuridiche, o più in generale di cultura civica. Facendo nostre le espressioni che usavano i giuristi medievali quando si accingevano a commentare le sentenze dei più famosi giureconsulti romani raccolte nel Digesto, le quali pur non avendo più da secoli efficacia precettiva diretta, rappresentavano dei modelli universalmente validi di argomentazione giuridica, possiamo dire che l'opinione del Giudice Scalia non è importante *ratione imperii*, ma *imperio rationis*. Prima di riportare la traduzione del testo, occorre però premettere alcune note illustrative, in modo da collocare l'opinione in esame nel contesto della causa che ad essa ha dato origine.

Com'è noto, il diritto in vigore negli Stati Uniti d'America è strutturato, secondo i principi dello Stato "federale", sul diritto dei singoli stati e su quello della federazione: un rapporto di tendenziale separazione con alcuni momenti di coordinamento che comportano la prevalenza della normativa e delle decisioni giudiziarie federali, a partire dalla Costituzione degli Stati Uniti. Nei singoli *States*, i matrimoni tra omosessuali sono riconosciuti in quattordici stati su cinquanta. Per il diritto federale, il *Dictionary Act* (Dizionario normativo), una legge federale che contiene le definizioni giuridicamente vincolanti di tutti i termini contenuti nelle altre norme federali, definiva il matrimonio come "l'unione legale tra un uomo e una donna" e i "coniugi" come "persone di sesso opposto". Ciò a seguito delle integrazioni apportate al suddetto "Dizionario" da una norma federale del 1996, il cosiddetto *Defense Of Marriage Act*, o *DOMA* (Legge di tutela del matrimonio). Proprio la costituzionalità del *DOMA* ha rappresentato il tema principale della causa che ha avuto inizio con la proposizione di un'azione da parte della signora Edith Windsor nei confronti del Governo federale per la ripetizione di una somma indebitamente pagata a titolo di imposte di successione. La signora Windsor aveva contratto matrimonio in Canada con la signora Spyer; successivamente il loro matrimonio era stato riconosciuto dallo Stato di New York. Alla morte della Spyer, la Windsor ne era divenuta l'ereditiera universale e, non essendo il matrimonio tra persone

omosessuali riconosciuto nel diritto federale e non potendo quindi usufruire dell'esenzione fiscale prevista per le successioni "tra coniugi", l'Amministrazione finanziaria federale le aveva richiesto il pagamento delle imposte di successione (peraltro ammontanti ad un importo non elevato: 300\$). La Windsor aveva pagato la somma richiesta ed aveva successivamente citato in giudizio l'Amministrazione federale per il rimborso di quanto corrisposto. Già nel corso del giudizio di primo grado, l'Amministrazione convenuta, in base a direttive provenienti dal Presidente degli Stati Uniti, aveva concordato con la parte attrice sulla incostituzionalità del *DOMA*, che grazie alle definizioni inserite nel *Dictionary Act*, impediva di considerare la Windsor come "coniuge" e quindi di esentarla dall'imposta di successione. Nel giudizio era intervenuto in rappresentanza del Congresso, il *Bipartisan Legal Advisory Group*, o *BLAG* (Gruppo Consultivo Legale Unitario), il quale viceversa aveva sostenuto la costituzionalità della legge contestata. Peraltro, nonostante la condanna in primo grado alla restituzione dell'importo pagato a titolo di imposta di successione, l'Amministrazione federale non aveva restituito la somma contestata, ed anzi aveva proposto appello. Una situazione specularmente analoga si era verificata in sede di giudizio di fronte alla Corte d'Appello, a seguito del quale l'Amministrazione di nuovo soccombente, sempre rifiutando di restituire la somma contestata, aveva ulteriormente impugnato la decisione d'appello di fronte alla Corte Suprema. Nel giudizio davanti a quest'ultima sia l'Amministrazione federale che la Windsor avevano sostenuto l'incostituzionalità del *DOMA*, mentre il *BLAG* aveva argomentato in senso contrario a favore della legittimità della legge. Le questioni che si ponevano di fronte alla Corte Suprema erano due. La prima, avente carattere pregiudiziale, nel senso che una risposta in senso negativo avrebbe impedito di decidere sulla seconda, riguardava il fatto se la Corte avesse il potere e il dovere di decidere sulla causa, atteso che entrambe le parti principali della causa, la Windsor e l'Amministrazione federale erano d'accordo sulla decisione da adottare. La seconda riguardava invece la compatibilità della norma (valida nel solo diritto federale) contenuta nel *DOMA*, che limitava il riconoscimento del matrimonio a quello tradizionale tra persone di sesso diverso, con il principio della *eguale protezione* di tutti i cittadini da parte della legge, implicitamente contenuto, secondo il costante orientamento della Corte, nel Quinto Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, il quale prevede il *giusto procedimento* come principio fondamentale dei rapporti tra il potere pubblico ed i singoli individui. Riguardo ad entrambe le questioni i nove giudici della Corte si sono divisi, cinque si sono pronunciati per l'incostituzionalità del *DOMA*, e quattro, con motivazioni diverse, sono giunti a conclusioni opposte, il che ha portato alla redazione, oltre all'opinione di maggioranza, di tre opinioni dissenzienti. Dopo la sentenza, la limitazione del diritto federale del concetto normativo di matrimonio a quello eterosessuale inserita nel *Dictionary Act* ha cessato di avere vigore, e ora il diritto federale rinvia in materia a quello dei singoli Stati per cui l'esenzione dalle imposte federali per le successioni tra coniugi si applica anche ai matrimoni tra omosessuali per i cittadini dello stato di New York (che riconosce tali matrimoni) e non si applica ai cittadini dello stato dell'Arizona (che non li riconosce).

L'opinione di maggioranza è stata redatta dal Giudice Kennedy; ad essa hanno aderito i Giudici Ginsburg, Breyer, Sotomayor e Kagan.

Quanto alla questione se la Corte avesse o no il potere di decidere la causa, la maggioranza sostiene che, dal momento che l'Amministrazione federale ha un interesse attuale, rappresen-

tato dall'esigenza di evitare la condanna alla restituzione delle imposte incamerate, il fatto che l'Amministrazione concordi con la controparte sull'incostituzionalità della legge non assume un valore decisivo in senso negativo, ma rappresenta solo un elemento di cui la Corte deve tenere conto al fine di decidere discrezionalmente se procedere a decidere nel merito. Tenendo conto anche della presenza in giudizio del già citato *BLAG*, la maggioranza ritiene che esistano i presupposti di opportunità per giudicare sull'incostituzionalità del *DOMA*. Si ricordi che nel diritto processuale americano, e anglosassone in generale, a differenza di quanto accade nei diritti europeo-continentali, il giudizio da parte di un giudice superiore sull'impugnazione di una sentenza di un giudice inferiore non costituisce mai un atto dovuto, ma è il frutto di una decisione discrezionale da parte del primo. Per ciò che concerne la questione di merito, la maggioranza giudica incostituzionale la limitazione del concetto normativo di matrimonio a quello classico tra eterosessuali, in quanto *irragionevole*, ispirata da intenti discriminatori verso gli omosessuali, e quindi in contrasto con il citato principio di *eguale protezione* legislativa. Da questo punto di vista, la maggioranza attribuisce un ruolo fondamentale al fatto che la legge federale non si limiti a recepire la disciplina del matrimonio in vigore nei singoli Stati, ma preveda una propria disciplina che nel caso in esame si rivela più restrittiva per la posizione della parte interessata.

Nella stringata opinione dissenziente del Presidente della Corte Roberts, il quale peraltro aderisce alle considerazioni del Giudice Scalia sulla mancanza di competenza giurisdizionale della Corte a decidere il caso, si sottolinea il fatto che, poiché la decisione della maggioranza si riferisce solo al diritto federale, non può essere utilizzata dalle Corti inferiori al fine di dedurre analogicamente una generalizzata incostituzionalità anche delle norme dei singoli Stati (che sono la grande maggioranza) che non riconoscono i matrimoni tra omosessuali.

Nell'opinione dissenziente del Giudice Alito, alla quale aderisce, limitatamente alle parti che trattano del merito della costituzionalità del *Doma*, anche il Giudice Thomas, viene espressa una posizione per così dire intermedia fra la tesi della maggioranza e quella che noi prenderemo in considerazione del Giudice Scalia. Il Giudice Alito, infatti, da un lato afferma che la Corte ha la competenza giudiziaria di decidere il caso, ma dall'altro ritiene che la limitazione della definizione normativa di matrimonio a quello tra eterosessuali da parte della legge federale non è in contrasto con la Costituzione. Quanto alla questione sulla giurisdizione, egli, pur affermando, a differenza della maggioranza, che tra l'Amministrazione e la Windsor non esiste alcuna effettiva controversia, ritiene ugualmente che la Corte sia competente a decidere il caso, dato che è presente nel processo una parte, il *BLAG*, la quale è portatrice di un interesse autonomo spettante alle Camere del Congresso, quello a vedere affermata la legittimità costituzionale delle proprie leggi, interesse che egli ritiene a tutti gli effetti tutelabile tramite un'azione giudiziaria. Sul merito della causa invece il Giudice Alito, dissentendo dalla maggioranza, afferma che la limitazione del riconoscimento giuridico del solo matrimonio eterosessuale non comporta la violazione né del principio di *eguale protezione* né di quello del *giusto procedimento sostanziale*, anch'esso desunto dal Quinto Emendamento della Costituzione americana. Pertanto, avvicinandosi in questo alla posizione espressa sul punto dal Giudice Scalia, egli ritiene che la decisione se riconoscere o meno dal punto di vista giuridico i matrimoni tra omosessuali non spetti al potere giudiziario, ma ai rappresentanti dei cittadini eletti negli organi legislativi.

Quanto all'opinione dissenziente del Giudice Scalia (della

quale riportiamo la traduzione della parte I), ed alla quale aderiscono il Giudice Thomas e, limitatamente alla suddetta parte I, il Presidente della Corte Roberts, da un lato nega l'esistenza del potere della Corte di procedere al giudizio sulla causa in questione, e dall'altro afferma che, ammesso e non concesso che tale potere esista, la norma che limita il riconoscimento del matrimonio solo a quello tra eterosessuali non è incostituzionale. Quanto al primo tema, il Giudice Scalia contesta sia l'opinione di maggioranza (sez.A della parte I) sia l'opinione dissenziente del Giudice Alito (sez.B della parte I), le quali, sia pure con motivazioni diverse erano giunte alla conclusione che la Corte avesse la competenza di procedere al giudizio. Sulla seconda questione (parte II) il Giudice Scalia afferma che nella limitazione del matrimonio al solo matrimonio tra eterosessuali non vi è alcuna violazione del principio di eguale protezione e che il riconoscimento o meno del matrimonio tra omosessuali è una questione di competenza degli organi legislativi, non solo di quelli statali, ma anche, per quanto di propria competenza di quello federale; una questione che deve essere oggetto del dibattito e del confronto politico, espressione della sovranità popolare, e che quindi non deve essere decisa dai magistrati delle Corti.

2. L'opinione dissenziente del Giudice Antonin Scalia nella causa Stati Uniti vs. Windsor: la Corte Suprema non ha un ruolo predominante sulla costituzionalità di una legge poiché il potere giudiziario ha il compito innanzitutto di decidere sulle pretese contestate dalle parti e solo a tale scopo enunciare il diritto applicabile. L'esistenza di un contenzioso non è un "requisito prudenziale" ma un elemento essenziale della controversia ex art. III.

Si riporta di seguito l'opinione del giudice Scalia.

CORTE SUPREMA DEGLI STATI UNITI, n.ro 12-307 Stati Uniti, ricorrente v. Edith Schlain Windsor, nella sua veste di esecutrice testamentaria di Thea Clara Spyer, et al. Sull'ordine di certi orari (2) alla Corte d'Appello degli Stati Uniti per il Secondo Circuito (26 giugno 2013). Opinione dissenziente del Giudice Scalia, alla quale aderisce il Giudice Thomas, e alla quale aderisce, limitatamente alla parte I, il Presidente della Corte Roberts. Questa causa riguarda il potere sotto diversi aspetti. Riguarda il potere del nostro popolo di governarsi, e il potere di questa Corte di enunciare il diritto (3). La pronuncia di oggi accresce il secondo, con la prevedibile conseguenza di diminuire il primo. Noi non abbiamo alcun potere di decidere questa causa. Ed anche se lo avessimo, noi non abbiamo alcun potere in base alla Costituzione di invalidare questa normativa democraticamente adottata. Gli errori della Corte su entrambi i punti scaturiscono dalla stessa radice malata: una concezione troppo elevata del ruolo di questa istituzione in America.

I

A

La Corte è desiderosa - bramosa, direi - di esporre a tutti il suo punto di vista sulla questione giuridica che sta al centro di questa causa. La necessità dell'esistenza di una lite è un ostacolo, un tecnicismo di poco interesse, per chiunque ma non per la gente di "Noi il popolo" (4), coloro i quali lo crearono come una barriera contro l'intrusione dei giudici nelle loro vite. Essi attribuirono ai giudici, nell'Articolo III, solamente il "potere giudiziario," un potere non di decidere su que-

stioni astratte, ma su concrete e specifiche "cause" e "controversie" (5). In questo processo, invece, la parte attrice ed il Governo - sono completamente d'accordo su quale debba essere l'esito. Essi sono d'accordo sul fatto che la Corte di grado inferiore abbia agito correttamente, ed erano d'accordo di fronte alla Corte di grado inferiore sul fatto che la Corte di grado ancora inferiore avesse agito altrettanto correttamente. Allora, noi cosa ci stiamo a fare qui?

La risposta giace nel cuore della parte relativa alla competenza giurisdizionale della pronuncia di oggi, dove una singola frase esprime in maniera scoperta la visione della maggioranza del nostro ruolo. Dice la Corte che noi abbiamo il potere di decidere questa causa perché se noi non lo avessimo, allora il nostro ruolo predominante nel determinare la costituzionalità di una legge (almeno di una legge che "abbia inflitto danno concreto ad un ricorrente") "diventerebbe solamente accessorio rispetto a quello del Presidente." Un attimo però, si chiede il lettore, la Windsor ha vinto nel grado inferiore, e così ha posto rimedio alla lesione dei suoi diritti, ed il Presidente è stato ben lieto di constatare tutto ciò. Vero, dice la maggioranza, ma il riesame giudiziario deve procedere incurante di ciò, affinché noi non "miniamo il chiaro dettame del principio di separazione dei poteri, secondo cui quando una legge del Congresso è impugnata per contrasto con la Costituzione, è indubbiamente compito e dovere dell'apparato giudiziario dichiarare quale sia il diritto applicabile" (6).

Tutto ciò lascia a bocca aperta. È una rivendicazione di supremazia del Giudiziario sui Rappresentanti del popolo riuniti nel Congresso e sull'Esecutivo. Essa prevede una Corte Suprema collocata (o meglio intronizzata) all'apice del potere pubblico, dotata della potestà di decidere tutte le questioni costituzionali, sempre e comunque "predominante" nel suo ruolo.

Questa immagine della Corte sarebbe stata irricognoscibile a quelli che scrissero e approvarono il nostro atto costitutivo nazionale. Costoro conoscevano bene i pericoli del potere "predominante", e pertanto crearono degli apparati del potere pubblico che fossero "coordinati perfettamente in virtù del loro comune mandato", e nessuno dei quali potesse "vantare un diritto speciale o esclusivo per tracciare i confini tra le loro rispettive facoltà." Cfr.: Il federalista, n. 49 (J. Madison) (7). Essi fecero questo per proteggere sé stessi. Lo fecero per garantire il loro diritto di autogovernarsi (8) contro il predominio dei togati che la maggioranza di oggi trova così attraente. Di conseguenza lo stesso Madison poteva fiduciosamente affermare, senza tema di essere smentito, che non c'era niente di "più grande e intrinseco valore" o "che possa vantare tanti e così autorevoli fautori tra coloro che si sono distinti come paladini della libertà" che una forma di governo dai poteri separati e coordinati. Id., n. 47 (9).

Per questa ragione non ci è affatto consentito (come invece afferma l'odierna pronuncia) dichiarare quale sia il diritto applicabile ogni qualvolta "un Atto del Congresso è impugnato per contrasto con la Costituzione". Noi possiamo farlo solamente quando quell'impugnazione determinerà l'esito di una controversia giudiziaria, e quando ad essa si opponga un'altra parte. Il "Potere giudiziario" non è, come crede la maggioranza, il potere "di dichiarare quale sia il diritto applicabile", un potere che attribuisce alla Corte Suprema la "funzione predominante di determinare la costituzionalità di leggi." La maggioranza deve avere in mente qualcuna delle costituzioni straniere che prevedono una tale funzione predominante per le loro corti costituzionali e che consentono che questa funzione possa essere esercitata in contesti diversi da quello di una controversia giudiziaria. Si veda ad es. la Legge Fondamentale della Repubblica Federale di Germania, Art. 93 (10). Il potere giudiziario come gli americani lo hanno inteso (ed i loro antenati inglesi prima di loro) è il potere di decidere, con effetto definitivo, sulle pretese contestate (civili o penali) del potere pubblico nei confronti di soggetti privati, e sulle pretese contestate dei soggetti privati nei confronti del potere pubblico

o nei confronti di altri soggetti privati. A volte (sebbene non sempre) le parti comparse di fronte ai giudici sono in disaccordo non riguardo ai fatti della causa (o non solo riguardo ai fatti) ma riguardo al diritto applicabile - in tal caso (e solo in tal caso) diviene "compito e dovere dell'apparato giudiziario dichiarare quale sia il diritto applicabile".

In altre parole, dichiarare la compatibilità delle leggi statali o federali con la Costituzione non solo non è la "funzione predominante" di questa Corte, ma non è nemmeno una funzione autonoma, indipendente. Noi adempiamo a questo compito incidentalmente - per così dire occasionalmente - quando ciò è necessario per decidere la controversia di fronte a noi. Allora e solo allora diventa "compito e dovere dell'apparato giudiziario dichiarare quale sia il diritto applicabile". Ecco perché, nel 1793, noi declinammo cortesemente la richiesta dell'Amministrazione Washington di "dichiarare quale sia il diritto applicabile" riguardo ad una particolare questione relativa ad un trattato che non era oggetto di una controversia giudiziaria concreta. Cfr.: Epistolario e scritti pubblici di John Jay, 3. Ed ecco anche perché, come hanno affermato le nostre pronunce, alcune questioni giuridiche non saranno mai presentate a questa Corte, perché non ci sarà mai qualcuno legittimato a proporre un'azione legale. Si vedano le sentenze: *Schlesinger v. Comitato dei Riservisti per fermare la guerra* (1974); *Stati Uniti v. Richardson* (1974). Come ammise il Giudice Brandeis, noi non possiamo "dare un giudizio sulla costituzionalità di una normativa nell'ambito di un procedimento di tipo consensuale non contenzioso"; in assenza una "controversia concreta, seria ed effettiva tra individui", noi non abbiamo alcun compito da svolgere né abbiamo alcun potere di svolgerlo. cfr. la sentenza *Ashwander v. TVA* (1936), opinione concordante, che cita la sentenza *Chicago & Grand Trunk R. Co v. Wellman*, (1892). La nostra autorità comincia e finisce con l'esigenza di giudicare sui diritti di una parte lesa che sia comparsa in giudizio di fronte a noi chiedendo di essere tutelata (11). Cfr.: la sentenza *Lujan v. Difensori della Natura* (1992).

Tutto ciò è qui completamente assente. Alla lesione subita dalla Windsor è stato posto rimedio con la sentenza in suo favore. E mentre, in circostanze ordinarie, gli Stati Uniti sarebbero lesi da un ordine di rimborsare le imposte incamerate, questa causa è ben lontana dall'ordinario. Qualunque sia la lesione che gli Stati Uniti subiscano, sicuramente non troverà risarcimento con la decisione che gli stessi, in qualità di parte processuale, ci chiedono di adottare. La finale frase della memoria contenente le conclusioni di merito dell'Avvocato Generale recita: "Per le ragioni suddette, la sentenza della Corte d'Appello deve essere confermata." Cfr.: Memoria per gli Stati Uniti (conclusioni di merito) (corsivo aggiunto). Il che non rimedierà alla lesione a carico del Governo, ma renderà tale lesione irreversibile. Si potrebbero passare inutilmente molti pomeriggi rovistando nella nostra biblioteca alla ricerca di un'altra memoria nella quale un ricorrente chieda la conferma di un giudizio a lui sfavorevole. (Per una ancora più estesa indagine a tappeto, si potrebbero esaminare gli annali del diritto Angloamericano alla ricerca di una altra "istanza di rigetto" come quella presentata dagli Stati Uniti alla Corte distrettuale di primo grado: in essa si affermava che la Corte doveva concordare "con la parte attrice e con gli Stati Uniti" e "non doveva rigettare" la domanda giudiziale. Quindi, avendo ottenuto esattamente quello che avevano richiesto, gli Stati Uniti hanno prontamente presentato appello). Ciò che i ricorrenti Stati Uniti ci chiedono di fare nel caso in esame è esattamente quello che ci chiede di fare la resistente Windsor: non annullare la sentenza di grado inferiore ma dichiarare che quella sentenza era corretta. Lo stesso discorso era vero in sede di Corte d'Appello: nessuna delle parti in causa chiedeva di annullare la sentenza di primo grado favorevole alla Windsor, di modo che la Corte avrebbe dovuto rigettare il ricorso (così come noi dovremmo rigettarlo) per mancanza di giurisdizione. Poiché en-

trambe le parti concordavano con il giudizio della Corte distrettuale del Distretto meridionale di New York, la causa avrebbe dovuto finire lì. I successivi gradi del processo rappresentano un artificio, che non ha altro obiettivo in vista che quello di trasformare il giudizio di una Corte distrettuale che non ha efficacia di precedente di fronte alle altre Corti, in un giudizio che ha efficacia di precedente in tutto il Secondo Circuito, e quindi (in questa Corte) in uno che ha efficacia di precedente in tutti gli Stati Uniti.

Prima d'ora noi non abbiamo mai acconsentito a pronunciarci - a "dichiarare quale sia il diritto applicabile" - quando non siamo di fronte ad alcun contenzioso. Negli oltre due secoli in cui questa Corte esiste come istituzione, noi non abbiamo mai sostenuto di avere il potere di decidere su una questione quando ogni parte concorda con la propria controparte e con la Corte di grado inferiore riguardo alla risposta da dare a quella questione. Gli Stati Uniti hanno peraltro ammesso, di malavoglia, tutto ciò durante la discussione orale. (Si veda il verbale di trascrizione).

Tra le pronunce alle quali siamo pervenuti, la più simile a quella alla quale la Corte dà oggi la sua benedizione è quella della causa *INS v. Chadha* (1983) (12). In quel caso però, due delle parti processuali non concordavano con la posizione degli Stati Uniti e con quella della Corte di grado inferiore: la Camera e il Senato che erano intervenuti nel processo. Poiché la causa Chadha concerneva la validità di un tipo di atto del Congresso - il provvedimento di veto da parte di ciascuna singola Camera legislativa - la Camera e il Senato rischiavano di vedere vanificata quella che affermavano essere una delle facoltà a loro istituzionalmente spettanti. Avendo scelto l'Esecutivo di non agire in giudizio a tutela di tale facoltà (In quel caso il rifiuto del Ministero della Giustizia di non difendere in giudizio tale normativa era in accordo con la sua tradizionale (e pienamente giustificata) prassi di declinare la difesa della normativa che dal suo punto di vista intacca i poteri Presidenziali. Nel presente caso non c'è alcuna giustificazione per la decisione del Ministero della Giustizia di rinunciare alla difesa della legge. L'opinione di maggioranza si sente in dovere di fare una ramanzina al Presidente per la sua "mancata difesa della costituzionalità di una legge del Congresso sulla base di un'interpretazione della Costituzione non ancora consolidata nelle decisioni giudiziarie". Ma è un rimprovero per modo di dire, dato che la maggioranza concede volentieri al Presidente quello che lui richiede. Contrariamente a tutti i precedenti, essa decide questo caso (ed inoltre lo decide nel modo in cui il Presidente desidera) nonostante la rinuncia di quest'ultimo alla difesa della legge e l'assenza conseguente di una causa o controversia (13)), noi consentimmo alla Camera e al Senato di intervenire. Nulla di simile a ciò è presente nel nostro caso.

A dire il vero, la Corte nella causa Chadha affermò che lo status di una parte lesa dalle disposizioni di una legge "non è alterato dal fatto che l'Esecutivo possa concordare con l'affermazione che la legge in oggetto è incostituzionale." Ma in una nota in calce a tale affermazione, la Corte riconobbe la validità del distinto requisito previsto dall'Articolo III costituito dall'esistenza di una "causa o controversia giudiziaria," ed affermò che quest'ultimo requisito era soddisfatto "a motivo della presenza delle due Camere del Congresso in qualità di controparti." Più oltre nella sua opinione, la Corte della causa Chadha osservò che la sola dichiarata intenzione da parte degli Stati Uniti di applicare la legge era sufficiente di per sé a permettere il riesame giudiziario, anche in assenza della partecipazione dei rappresentanti del Congresso. Tale osservazione è vera, in quanto riferita al giudizio operato in sede Corte d'Appello, nel quale le Camere del Congresso non erano intervenute. (La causa ebbe origine in Corte d'Appello (14), dinanzi alla quale era stato impugnato il provvedimento dell'agenzia governativa in base al §1105a (15)(a) del Codice n.8 degli Stati Uniti (16)). In quella sede, in assenza di una sentenza che dichiarasse illecito l'ordine dell'INS, il Chadha sarebbe

stato condannato all'espulsione. Si deve ritenere che questo passaggio della nostra opinione faccia riferimento alla situazione processuale davanti alla Corte d'Appello, come risulta dalla sua citazione dell'opinione della suddetta Corte. Se infatti facesse riferimento alla situazione processuale verificatasi nella fase successiva del processo, l'osservazione da un lato sarebbe un puro dictum (poiché a quel punto l'intervento dei rappresentanti del Congresso aveva creato "oltre ogni dubbio" il contenzioso richiesto), e dall'altro sarebbe alquanto scorretto. Quando una parte ha saldamente in mano un provvedimento giudiziario che la tutela da una lesione a suo carico, ogni ulteriore attività giudiziaria presuppone che un'altra parte, lesa da quel provvedimento, richieda che lo stesso sia annullato. Nella causa *Chadha*, la Camera e il Senato intervenendo in giudizio realizzarono quel presupposto. Cosa che in questo caso non accade.

L'analisi che la maggioranza fa dei requisiti previsti dall'Articolo III non trova riscontro nella nostra giurisprudenza. Essa accusa l'*amicus curiae* (17) (nominato per argomentare contro l'esistenza della nostra giurisdizione) di "elidere la distinzione tra i requisiti previsti dall'Articolo III per l'esercizio del potere giurisdizionale ed i limiti prudenziali a tale esercizio". Quindi passa a definire il requisito della contenziosità (18) un aspetto "prudenziale" della legittimazione ad agire. Tutto ciò è incomprensibile. Una parte attrice (o appellante) può avere tutta la legittimazione ad agire del mondo - e soddisfare tutti i tre requisiti della causa *Lujan* che la maggioranza cita in maniera così precisa - e tuttavia è possibile che la Corte non si trovi di fronte ad alcuna controversia ex Articolo III. L'Articolo III non richiede solamente l'esistenza di una parte attrice (o appellante) legittimata ad agire, ma anche di una parte avversa che neghi la validità della pretesa della prima. Non è stato l'*amicus ad elidere la distinzione*, ma la maggioranza che definisce il requisito tutt'affatto autonomo, previsto dall'Articolo III, della contenziosità tra le parti come un elemento (che inoltre essa dichiara essere un "prudenziale" elemento) della legittimazione ad agire. La questione qui non è, come la maggioranza ritiene, se "gli Stati Uniti conservino un interesse ad agire sufficiente a supportare l'esercizio della giurisdizione in base all'Articolo III", ma se esista una qualche controversia (la quale comporta una contrapposizione) tra gli Stati Uniti e la Sig.ra Windsor. In questo caso non esiste alcuna controversia.

Io trovo ironicamente divertente che la maggioranza cerchi di liquidare il requisito della contenziosità tra le parti come nulla più che un "prudenziale" aspetto di un unico requisito previsto dall'Articolo III, quello della legittimazione ad agire. (Il relegare un requisito della giurisdizione allo status di elemento "prudenziale" costituisce uno strumento fantastico, che consente alle corti di ignorare, ogni qualvolta lo ritengano "prudente", tale requisito - decisamente è una bella trovata, come si suol dire. Mezzo secolo fa, una Corte ugualmente protesa a proclamare il suo punto di vista riguardo alla costituzionalità di una legge federale raggiunse tale obiettivo effettuando una distorsione notevolmente simile, anche se di segno completamente opposto, dei principi che delimitano la nostra giurisdizione. La famigerata pronuncia della Corte nella causa *Flast v. Cohen* (1968), stabilì che la legittimazione ad agire era soltanto un elemento (che inoltre essa dichiarò essere un "prudenziale" elemento) dell'unico requisito previsto dall'Articolo III, quello della contenziosità. Da allora noi stiamo coabitando con il caos creato da quella decisione bramosa di potere, si veda la causa *Hein v. Fondazione per la libertà di Religione* (2007), così come dovremo coabitare con il caos creato da questa.

I precedenti che la maggioranza cita sono ben lontani dal supportare la nozione controintuitiva che una "controversia" ex Articolo III possa sussistere senza un disaccordo tra le parti. Nella causa *Banca Naz. di Avallo su Deposito v. Roper* (1980), la Corte distrettuale, basandosi sull'offerta della banca di pagare l'intera somma contestata, aveva pronunciato una sentenza che riconosceva il diritto spettante

a titolo individuale alla parte attrice. Quest'ultima tuttavia aveva appellato la sentenza a motivo del rifiuto della Corte distrettuale di rilasciare la certificazione in vista una futura class action prevista dalla Regola Federale di Procedura Civile n. 23. In quel caso esisteva una perdurante controversia tra le parti riguardo al problema evidenziato con l'appello. La stessa cosa vale per l'altra causa citata dalla maggioranza, *Camreta v. Greene* (2011). In quel caso la Corte Distrettuale reputò che i pubblici funzionari convenuti avessero oggettivamente violato il Quarto Emendamento (19), ma decise ugualmente a loro favore riconoscendo la giustificazione dell'aver agito nell'adempimento di un dovere, ciò in quanto all'epoca del fatto non era chiara l'applicazione del Quarto Emendamento riguardo alla loro condotta. I pubblici funzionari proposero appello verso il punto della decisione relativo alla violazione oggettiva del Quarto Emendamento, in quanto limitava la legittimità della loro condotta futura; la parte attrice continuò a sostenere che vi era stata una illecita violazione del Quarto Emendamento. La discrezionalità "prudenziale" alla quale si rifanno entrambi i casi consiste nella discrezionalità di rifiutare un ricorso anche quando una controversia vitale esiste, non nella discrezionalità di accettarne uno quando essa non esiste. La maggioranza non può citare nessun precedente nel quale questa Corte abbia preso in considerazione un ricorso nel quale entrambe le parti ci esortavano a confermare la sentenza del giudice di grado inferiore. Questo è perché l'esistenza di un contenzioso non è un requisito "prudenziale" che noi abbiamo inventato, ma un elemento essenziale di una causa o controversia ex Articolo III. La concezione della maggioranza secondo cui una causa tra parti in accordo tra loro può essere presa in considerazione purché la "presentazione contenziosa delle questioni sia assicurata dalla partecipazione di amici curiae (20) preparati a difendere energicamente" la posizione opposta, comporta una rivoluzione sbalorditiva nella nostra giurisprudenza relativa all'Articolo III.

Si potrebbe sostenere che, se quello che noi affermiamo è vero, in alcuni casi le valutazioni presidenziali di incostituzionalità delle leggi non sarebbero soggette al nostro giudizio di riesame. Questo è ciò che dovrebbe accadere, quando il Presidente e l'interessato siano d'accordo sul fatto che la legge è incostituzionale. Laddove l'Esecutivo applichi una legge incostituzionale, sarà naturalmente ammissibile una causa; ma se, come in questa causa, l'Esecutivo riconosce l'incostituzionalità della legge, la lite dovrebbe terminare con un provvedimento, o con un atto di conciliazione tra le parti, nel quale si vieti l'applicazione della suddetta legge. Questa causa ha visto la luce del giorno solamente perché il Presidente, pur ritenendola incostituzionale, ha applicato la legge (e così facendo ha conferito alla Windsor la legittimazione ad intentare la causa). Egli avrebbe potuto ugualmente (più opportunamente direbbe qualcuno) decidere né di applicare né di difendere in giudizio la legge che riteneva essere incostituzionale, si veda il parere del 2 novembre 1994 del Consiglio Legale Governativo (21), intitolato: "L'autorità presidenziale di rifiutare l'esecuzione delle leggi incostituzionali" - nel qual caso la Windsor non avrebbe subito alcuna lesione, la Corte distrettuale avrebbe potuto evitare di fare da arbitro in questo scontro amichevole, e la valutazione di incostituzionalità dell'Esecutivo sarebbe sfuggita alla brama di questa Corte di raccontare a tutti il suo punto di vista sulla legge in esame. La soluzione della questione sarebbe stata affidata, come così molte questioni devono essere, all'esito di una sorta di tiro alla fune tra il Presidente ed il Congresso, il quale dispone di innumerevoli modi (che giungono sino all'impeachment compreso) per costringere il Presidente ad applicare le leggi che esso ha approvato. Oppure il Presidente avrebbe potuto evitare di proporre la questione di costituzionalità a questa Corte semplicemente rinunciando ad impugnare le decisioni della Corte distrettuale e della Corte d'Appello con le quali concordava. Un cosa è certa: se un Presidente vuole tutelare il suo giudizio di incostituzionalità dal nostro ri-

esame, può farlo. La questione che le osservazioni espresse in questa opinione dissenziente vogliono mettere in evidenza non è quella della tutela dal riesame giudiziario, ma quella della tutela dagli stragemmi dell'Esecutivo.

La maggioranza brandisce la famosa frase tratta dalla sentenza *Marbury vs. Madison* (1803), secondo la quale “è indubbiamente compito e dovere dell'apparato giudiziario dichiarare quale sia il diritto applicabile” (22). Ma quella frase né afferma né implica che è sempre compito e dovere della Corte dichiarare quale sia il diritto applicabile - né tanto meno che la sua responsabilità a questo riguardo è una responsabilità “predominante”. La frase immediatamente successiva dell'opinione del Presidente della Corte Marshall contiene una precisazione di importanza cruciale di cui la maggioranza odierna non tiene conto: “Coloro che applicano la norma ai casi particolari debbono di necessità esporre e interpretare quella norma”. *Ibid.* Solamente quando ci troviamo di fronte ad un “caso particolare”, cioè ad una controversia che tocca a noi risolvere in base all'Articolo III - noi abbiamo il compito e il dovere di enunciare il diritto (24). Quanto alle affermazioni precedenti della nostra Corte che fanno riferimento in maniera più specifica al problema che stiamo affrontando, la maggioranza avrebbe piuttosto dovuto consultare l'opinione di Presidente della Corte Taney nella causa *Lord vs. Veazie* (1850): “L'inconveniente nel caso che stiamo trattando è che il ricorrente ed il resistente hanno lo stesso interesse giuridico, e che questo interesse è contrario ed in conflitto con l'interesse di parti terze, i cui diritti sarebbero gravemente lesi se la questione di diritto fosse decisa nella maniera che ambo le parti in causa desiderano. Una sentenza emanata in tali circostanze e per tali finalità, è una vuota formalità (25). Il procedimento intero si è svolto in oltraggio alla Corte ed in modo estremamente riprovevole Una formale sentenza ottenuta in questo modo, dal punto di vista giuridico, non è una sentenza giudiziaria. È un atto nullo, e quindi nessun ordine di revisione (26) potrà basarsi su di esso. La relativa procedura deve pertanto considerarsi estinta.”

Non nostro caso, per usare le parole della sentenza *Marbury*, non c'è alcuna nessuna “necessità” di “esporre e interpretare” la legge; solo un desiderio di porre questa Corte al centro della vita pubblica nazionale.

B

Poche parole di commento alla tesi sulla giurisdizione contenuta nell'opinione dissenziente del Giudice Alito. Pur avendo essa una portata minore quanto alle sue conseguenze rispetto alla trasformazione, operata dalla maggioranza, del requisito della contenziosità richiesta dalla Costituzione in un elemento facoltativo della legittimazione ad agire, anche la suddetta opinione parimenti eleva la Corte al ruolo di arbitro “predominante” rispetto alle questioni costituzionali che riguardano la separazione dei poteri, e per giunta incrementa il potere del ramo più pericoloso: l'“apparato legislativo,” il quale per sua natura “attira ogni attività entro il proprio impetuoso vortice.” Cfr.: *Il federalista*, n. 48 (J. Madison) (27). Fino a questo punto della nostra storia nazionale, l'inadempimento del Presidente al suo dovere di “avere cura della piena osservanza delle leggi”, Cfr.: Costituzione degli Stati Uniti, Art. II §3, può essere portato all'esame di un tribunale giudiziario solamente da qualcuno i cui interessi concreti siano danneggiati da tale afferito indampimento ritenuto venir meno. Il Giudice Alito vorrebbe creare un sistema nel quale il Congresso potrebbe trascinare l'Esecutivo di fronte alle corti non solo per rivendicare le proprie competenze istituzionali a legiferare, ma anche per correggere una presunta inadeguatezza da parte di quest'ultimo nell'applicazione delle proprie leggi (Il Giudice Alito cerca di attenuare la portata della propria tesi, affermando che il Congresso subisce una lesione (e quindi può impugnare la decisione giudiziaria)

quando la sua legge sia giudicata incostituzionale senza che la stessa sia stata difesa in giudizio dal Presidente, mentre non la subisce quando la sua legge sia giudicata incostituzionale nonostante che la stessa sia stata difesa in giudizio dal Presidente. Io non comprendo questa posizione. La lesione ai danni del Congresso è la stessa sia che il Presidente abbia difeso in giudizio la legge sia che non lo abbia fatto. Se vi fosse il pericolo di una lesione, perché il Congresso non dovrebbe essere legittimato ad agire in giudizio già dall'origine, così come lo è il Presidente? E se il fatto che una legge sia dichiarata incostituzionale (e quindi inefficace) da una corte costituisca una lesione, perché non si avrebbe una lesione quando una legge fosse dichiarata incostituzionale dal Presidente e fosse resa inefficace dal suo venire meno al compito di applicarla? O quando il Presidente semplicemente si rifiutasse di applicarla senza pronunciarsi sulla sua costituzionalità? Se è nell'inefficacia che consiste la lesione - la “menomazione della funzione [legislativa]”, come sostiene il Giudice Alito - allora non dovrebbe fare alcuna differenza quale fosse degli altri due rami del potere pubblico ad infliggere la lesione stessa, e se la Costituzione fosse o meno il pretesto di ciò. Un sistema giuridico basato su principi certi e prevedibili non può basarsi su un concetto variabile di lesione, destinato a supportare la legittimazione ad agire quando lo riteniamo opportuno. Se questa Corte avesse fatto propria la distinzione del Giudice Alito, la sua opinione nella causa *Raines v. Byrd* (1997), che riguardava un'azione promossa da alcuni membri di minoranza del Congresso i quali avevano impugnato una legge ritenuta incostituzionale, sarebbe stata redatta in maniera alquanto differente; e le sottili distinzioni del Giudice Alito riguardo a quella causa, basate peraltro su argomenti del tutto irrilevanti per la sua teoria della legittimazione ad agire, non sarebbero state necessarie). Questo manderebbe per sempre in soffitta l'elogio che “lega intimamente il processo fatto alla legge al processo fatto all'uomo,” un sistema nel quale la legge “non è più esposta alle quotidiane aggressioni dei partiti”, ed in cui “la questione politica da risolvere [da parte del giudice] si riconnette all'interesse” delle singole parti in causa. Cfr.: A. de Tocqueville, *La Democrazia in America* (28). Esso sarebbe rimpiazzato da un sistema nel quale il Congresso e l'Esecutivo, nella loro veste istituzionale, potrebbero immediatamente ritrovarsi davanti alle corti, ogni qualvolta il Presidente rifiutasse di applicare una legge che ritiene incostituzionale, ed ogni qualvolta applicasse una legge in una maniera che non è di gradimento del Congresso.

In modo corrispondente, la nozione di legittimazione ad agire del giudice Alito restringerebbe enormemente l'area alla quale “la censura giudiziaria, esercitata dai tribunali sulla legislazione, non può estendersi”, *Ibid.* (29). Ad esempio, la maggioranza semplice di entrambe le Camere potrebbe adire il giudice affermando che l'attuazione da parte dell'Esecutivo dei programmi di welfare è troppo generosa rispetto alla normativa - una difformità che nessun'altra parte avrebbe la legittimazione a contestare. Inoltre, come noi abbiamo rilevato nella causa *Raines v. Byrd* (1997), se il Congresso potesse citare in giudizio l'Esecutivo per l'erronea applicazione di una legge, in quanto “lesione” del suo potere di legiferare, sicuramente l'Esecutivo potrebbe citare in giudizio il Congresso per l'erronea adozione di una legge incostituzionale, in quanto “lesione” del potere dell'Esecutivo di amministrare - o anche per il prolungato ritardo nel decidere su una delle nomine di sua spettanza. Le opportunità di trascinare le corti in controversie sino ad oggi rimesse ad una soluzione politica sono infinite.

L'opinione del Giudice di Alito è corretta nel dire che il dispositivo della sentenza *Raines* non ha deciso la questione in esame, la sua motivazione però lo ha fatto. L'opinione spende tre pagine ad analizzare celebri e decennali dispute tra il Presidente e Congresso - relative al potere del Congresso di impedire la rimozione da parte del

Presidente di alcuni dirigenti pubblici; al potere di veto esplicito del Presidente sulle leggi; alla nomina da parte del Congresso di alcuni dirigenti pubblici; al potere di veto implicito del Presidente sulle leggi (30) - dispute che senza dubbio sarebbero state prontamente risolte grazie ad una lite giudiziaria Congresso v. Presidente, se la sola menomazione delle funzioni di uno dei poteri conferisse la legittimazione ad iniziare una vertenza. Essa però non conferisce e non ha mai conferito una tale legittimazione; il "potere enorme che il giudiziario acquisirebbe" grazie alla capacità di giudicare tali cause priverebbe di ogni valore la citazione di Montesquieu [da parte di Hamilton], relativa al fatto che "dei tre poteri che si sono menzionati poc'anzi quello giudiziario è quasi nullo". Cfr.: l'opinione dissenziente del Giudice Bork nella causa Barnes v. Kline (1985), la quale cita Il federalista n. 78 (A. Hamilton) (31).

Di conseguenza, dal momento che il Congresso non può invocare la nostra autorità nella maniera che ritiene il Giudice Alito, il suo unico mezzo di tutela consiste nel confrontarsi direttamente con il Presidente. Ciò non rappresenta un male inconcepibile. Il nostro sistema è progettato per il confronto. In esso si manifesta quella "ambizione usata come antidoto all'ambizione", cfr.: Il federalista n. 51 (J. Madison) (32), che costituisce la sua essenza. Se le maggioranze di entrambe le Camere del Congresso tengono a tal punto ad una questione, hanno a disposizione innumerevoli modi per forzare l'azione dell'Esecutivo senza ricorrere ad una lite giudiziaria - dal rifiuto dell'approvazione delle nomine presidenziali, al taglio dei finanziamenti (non esiste nulla che intimi: "applica una legge!" quanto la condizione: ".... o tu avrai il denaro per fare poche altre cose."). La premessa è però fondamentale; il Congresso deve tenere ad una questione sino al punto di agire contro il Presidente in prima persona, non soltanto sino al punto di dare istruzioni ai suoi legali di chiedere a noi di farlo. Porre il braccio di ferro tra soggetti politici, pienamente previsto dalla Costituzione, sotto una permanente tutela giudiziaria non farebbe un favore al sistema. Peraltro, se il Presidente perdesse una causa di questo genere, ma non attuasse fedelmente il provvedimento della Corte, così come non aveva attuato fedelmente la legge del Congresso, cosa succederebbe? Solamente il Congresso potrebbe costringerlo ad adempiere, tramite cosa si può ipotizzare? Tramite un confronto diretto col Presidente.

II

Per le ragioni di cui sopra, io ritengo che questa Corte non abbia, e che la Corte d'Appello non avesse, alcun potere di decidere questa causa. Noi dovremmo annullare la decisione impugnata e rinviare la causa alla Corte d'Appello per il Secondo Circuito, con la disposizione di dichiarare inammissibile l'appello verso la sentenza di primo grado. Dato però che la maggioranza ha voluto per forza esprimere il suo punto di vista sul merito della causa, anch'io procedo in tal senso.

3. La concezione della separazione dei poteri: in Europa la funzione pubblica è rivolta ad esercitare (discrezionalmente) un dovere laddove negli Usa è piuttosto il diritto (rinunciabile) di amministrare nell'interesse pubblico. Il vero significato del principio no taxation without representation (al diritto dell'esecutivo di svolgere determinate attività si oppone il diritto del legislatore di negare i finanziamenti).

L'opinione del Giudice Scalia che risulta sorprendente agli occhi di un giurista, ma anche di un semplice cittadino, di uno stato europeo continentale quale l'Italia, è quella secondo cui l'Esecutivo, il Presidente, non è di per sé giuridicamente obbligato ad applicare una legge approvata dal Congresso se la ri-

tiene incostituzionale. I giudici infatti possono costringerlo a farlo se la mancata applicazione determini la lesione di un diritto individuale e solo su istanza del soggetto leso. Né si tratta di un'opinione "personale": a prescindere dal diverso orientamento sulla soluzione della causa particolare, le stesse affermazioni sarebbero sicuramente condivise non solo dalla maggioranza, e da tutti componenti della Corte, ma da tutti i giuristi americani. Quella che emerge con eccezionale chiarezza dal testo riportato sopra, che unisce in sé la profondità delle conoscenze teoriche e la concretezza delle finalità pratiche, è la concezione del potere giudiziario, e più in generale del ruolo e dei rapporti reciproci fra i poteri dello stato moderno, che caratterizza il diritto americano (e che è in larga misura comune a tutti i diritti anglosassoni cosiddetti di *common law*), e lo caratterizza a tal punto di costituire il principio fondamentale della vita pubblica negli Stati Uniti. Di conseguenza, ogni descrizione delle competenze spettanti ai vari organi legislativi, esecutivo-amministrativi e giudiziari degli Stati Uniti non può essere pienamente compresa se non viene valutata alla luce e sulla base di questa concezione della separazione dei poteri. Viceversa istituti apparentemente analoghi o comunque comparabili da punto di vista formale, quali i poteri del Presidente, le procedure legislative del Congresso, l'indipendenza della magistratura, il controllo di costituzionalità diffuso presso tutti i giudici piuttosto che accentrato presso un'unica Corte, ecc., esistenti sia nel diritto americano che in quello europeo continentale ed italiano in particolare, vengono posti sullo stesso piano, magari sottilizzando sulle analogie e sulle differenze, senza tenere conto della profonda diversità di ruolo e di funzione che assumono nella vita politica e giuridica, proprio in quanto basati a monte su una diversa concezione della separazione dei poteri dello Stato, e sulla stessa configurazione del diritto e del potere pubblico.

Vediamo di spiegarci meglio, partendo proprio dal fatto che abbiamo definito sorprendente dal punto di vista degli ordinamenti giuridici (e alla cultura civica) degli stati europeo continentali, e cioè che, per fare riferimento alla causa *Windsor*, l'Amministrazione pubblica non abbia giuridicamente l'obbligo di riscuotere le imposte previste dalla legge. Chi non ritiene un fatto pacifico, non solo dal punto di vista giuridico ma anche civile, in Francia, Germania ecc. che la riscossione delle imposte costituisca un dovere primario dell'Amministrazione? E che la corrispondente attività amministrativa svolta da quest'ultima sia finalizzata fondamentalmente ad assolvere a quel dovere? Secondo la concezione americana invece l'attività pubblica dell'Amministrazione (del Presidente, dei diversi organi dell'esecutivo, delle agenzie federali ecc.) non è finalizzata principalmente ad assolvere un dovere, ma ad esercitare un diritto spettante all'Amministrazione. Intendiamoci, entrambi gli aspetti, quello del dovere e quello del diritto sono ugualmente presenti nel concetto di funzione pubblica, sia al qua che al di là dell'Atlantico, ma mentre nella concezione europeo continentale è prevalente il momento del dovere, per cui il potere pubblico è visto come l'adempimento del dovere di perseguire l'interesse generale (in questo caso quello fiscale); negli Stati Uniti è decisamente prevalente il momento del diritto, per cui il potere pubblico è visto come l'esercizio del diritto di amministrare in nome e per conto dell'interesse generale. Da questo deriva una diversificazione sostanziale tra i due tipi di sistemi giuridici che viene quasi occultata dietro l'analisi degli aspetti comuni ad entrambi, che pure esistono. Per restare innanzi tutto all'azione amministrativa, (non solo in campo fiscale, ma soprattutto in altri settori, che vanno dalla pianificazione urbanistica, alla politica economica ecc.) e presenta in ogni Paese de-

gli aspetti discrezionali (che in Italia assume carattere patologico), riguardo ai quali i funzionari pubblici possono scegliere se, come e quando agire, ma mentre nei sistemi europeo continentale tale scelta è vista come il modo più corretto di adempiere al dovere pubblico, in quello americano è considerata una semplice modalità di esercitare il diritto di amministrare. Da tutto ciò discendono alcune differenze fondamentali, che riguardano i rapporti del potere esecutivo con gli altri due poteri dello stato, e i limiti intrinseci all'esercizio del potere.

Dal primo punto vista notiamo la diversità strutturale che esiste, nel rapporto tra il potere legislativo e quello esecutivo. Negli ordinamenti europeo-continentali (anche in Gran Bretagna) gli organi legislativi hanno la funzione di dirigere e controllare l'azione di quelli esecutivi e delle Amministrazioni da loro dipendenti, cioè di controllare il fatto che adempiano al loro dovere di amministrare, nel sistema americano (che in ciò si rivela come il più fedele erede della tradizione anglosassone) hanno il compito di consentire (ed eventualmente di limitare) agli organi esecutivi ed amministrativi l'esercizio del loro diritto di amministrare. Nel primo caso, infatti, il rapporto tra il legislativo e l'esecutivo si basa sul potere del primo di imporre a quest'ultimo degli obblighi giuridicamente vincolanti (e più o meno determinati) contenuti nelle norme di legge, nel secondo il legislativo può attribuire e/o limitare legislativamente il diritto di svolgere determinate attività e soprattutto può, secondo uno dei principi fondamentali del diritto pubblico anglosassone, *no taxation without representation*, concedere o meno i finanziamenti necessari allo svolgimento delle stesse. Si pensi a quanto affermato in tal senso dal Giudice Scalia, ma anche ai recenti scontri tra la Camera dei Rappresentati a maggioranza repubblicana e l'Amministrazione Obama relative alla problematica delle assicurazioni sanitarie obbligatorie.

4. La funzione pubblica come dovere negli ordinamenti europei e come diritto negli Usa.

Il tema del controllo sull'attività amministrativa e, più in generale, su quella dell'esecutivo, ci porta a quello del rapporto tra quest'ultimo e il potere giudiziario. Nei sistemi europeo continentali il potere giudiziario, da questo punto di vista, comporta un potere di verifica da parte dei giudici sul rispetto da parte dell'Amministrazione dei doveri imposti dalla legge e sono caratterizzati dalla presenza di organi particolari formalmente indipendenti dall'esecutivo preposti al controllo anche preventivo sulla rispondenza degli atti amministrativi ai doveri legislativamente previsti (in Italia abbiamo la Corte dei Conti), vuoi soprattutto dall'esistenza di giudici speciali (i Tar e il Consiglio di Stato in Italia) competenti a valutare che l'azione dell'Amministrazione non vada oltre i limiti previsti dalla normativa, intaccando le posizioni giuridiche individuali dei cittadini. Queste ultime assumono un ruolo subordinato a fronte dei doveri dell'Amministrazione, e sono tutelate se la loro violazione costituisca anche una violazione dei doveri degli organi amministrativi di svolgere determinate attività. In genere, *i diritti dei cittadini iniziano nel punto in cui finiscono i doveri del potere pubblico*, (il diritto di proprietà inizia dove finisce il dovere di esproprio; il diritto a non versare denaro allo stato inizia dove finisce il dovere di riscuotere le imposte ecc.): è la legge a tracciare quel confine, secondo i principi dello "stato di diritto". Una situazione particolare si verifica nel nostro Paese, dove quel confine è mobile ed è lasciato alla discrezionalità dell'Amministrazione che può "degradare" con i suoi atti i diritti dei singoli a semplici "interessi legittimi" (concetto giuridico sconosciuto non solo agli ordinamenti anglosassoni, ma anche alla maggior parte di quelli europeo continentali), cioè ad interessi che pos-

sono essere tutelati solo in quanto nel suo agire l'Amministrazione, non faccia un uso irragionevole del suo potere discrezionale, (il cosiddetto "eccesso di potere") realtà diversa da quella formalmente analoga del *détournement de pouvoir* del diritto francese, che consiste invece in una violazione di doveri ben definiti a monte facenti capo agli organi pubblici, anche nel caso di attività discrezionali. Viceversa nel mondo anglosassone il controllo giudiziario sulla P.A. consiste nella verifica che quest'ultima si mantenga entro i limiti dell'esercizio dei suoi diritti senza ledere quelli dei privati, di modo che il rapporto tra i potenziali espropriati, e/o contribuenti) e l'Amministrazione si configura come un rapporto paritario, conflittuale e non dialettico tra libertà e autorità.

Laddove la funzione pubblica è considerata un dovere, al potere attribuito ai soggetti pubblici deve corrispondere a tutto ciò che serve per attuarlo; se è considerata un diritto, il potere attribuito agli organi pubblici deve corrispondere solo al potere necessario per il suo esercizio. Da questo diverso fondamento culturale discende il fatto che, mentre negli *stati a diritto amministrativo* i soggetti pubblici agiscono in base ad una normativa speciale che consente loro di adempiere unilateralmente ai propri doveri con atti che hanno efficacia anche nei confronti dei privati (cosiddetta *imperatività* degli atti amministrativi), e che in molti casi consentono anche la loro esecuzione forzata ad opera dell'Amministrazione (cosiddetta *esecutorietà degli atti*), negli stati anglosassoni i soggetti pubblici agiscono esercitando i diritti loro attribuiti dalla normativa e questa azione può comportare delle conseguenze negative sulle posizioni dei privati solo in quanto questi ultimi non rispettino tali diritti. Ad es. mentre la P.A. continentale decide di espropriare con un atto unilaterale (anche se convalidato da un giudice quanto alla sua regolarità o almeno quanto all'indennizzo da corrispondere), quella americana agisce in giudizio chiedendo al giudice di riconoscere il suo diritto ad acquisire il bene. Si tratta di una differenza non da poco: *nel primo caso è l'esercizio (corretto) del potere che determina o fa venire meno il diritto; nel secondo è il corretto esercizio del diritto che determina o fa venir meno il potere*. Da questo punto di vista, il caso *Windsor* si è sviluppato in maniera anomala in quanto l'interessata aveva preferito pagare le imposte richieste e poi agire in giudizio, mentre avrebbe potuto rifiutare il pagamento e costringere l'Amministrazione federale ad adire i giudici per costringerla a farlo. Esiste nell'ordinamento americano un complesso di norme chiamato con il nome, fuorviante nella sua analogia, di *administrative law*, ma si tratta di norme che non derogano a quelle che disciplinano l'esercizio dei diritti dei singoli, ma si aggiungono ad esse, nel senso che dettagliano ulteriormente le modalità (ed i limiti) dell'esercizio dei propri diritti (e quindi dei propri poteri) da parte dei soggetti pubblici. Anche la presenza di organi speciali di riesame dell'azione amministrativa, dei quali si ha un esempio nel caso *INS v. Chadha* citato nell'opinione (si vedano le note [k] e [l] poste a conclusione), unita magari a regole particolari relative all'individuazione della Corte competente in caso di avvio di una causa giudiziaria vera e propria, non comporta sostanzialmente una modifica del principio secondo il quale l'attuazione coattiva dei diritti dell'Amministrazione non può avvenire che tramite un provvedimento giudiziario e solo in quanto non sia in contrasto con i diritti degli interessati.

5. L'attività giudiziaria non consiste nel mondo nord-americano nell'applicazione della legge ma nell'arbitrare e decidere una lite tra diversi soggetti (pubblici o privati) in contrapposizione tra loro. Il controllo diffuso non è un'affermazione solo organizzativa: il giudizio di costituziona-

lità assume carattere “occasionale” rispetto alle decisioni sui diritti individuali oggetto della controversia.

Con queste ultime considerazioni siamo di fatto giunti ad occuparci di un altro dei tre poteri dello stato, quello giudiziario: anche qui troviamo differenze concettuali e strutturali profonde. Il ruolo del potere giudiziario costituisce il centro dell'opinione del Giudice Scalia, un'opinione come si suol dire di quelle che comportano una “autorestrizione” (*self-restraint*) della propria competenza, ma una autorestrizione che, al di là che possa essere o meno condivisa la loro applicazione al concreto caso *Windsor*, è basata su un concetto fondamentale per il diritto americano (e per il *common law* in genere): *l'attività giudiziaria consiste nell'arbitrare e decidere una lite tra diritti di diversi soggetti (pubblici o privati) in contrapposizione tra loro*. Come il Giudice Scalia afferma, l'attività giudiziaria non consiste principalmente nell'applicazione della legge, ma l'applicazione della legge è un aspetto secondario, anche se necessario, dell'attività di giudizio che ha per oggetto i diritti individuali. L'importanza dei due aspetti si inverte negli ordinamenti europeo continentali, nei quali l'attività giudiziaria consiste nella applicazione della legge, e solo conseguentemente nella decisione sui diritti individuali delle parti in causa. Questa fondamentale differenza si esprime non tanto nella giurisdizione civile, nella quale l'attuazione della legge è in entrambi i tipi di ordinamento pur sempre rimessa all'iniziativa e al comportamento in giudizio delle parti interessate, quanto nella giurisdizione amministrativa (tipica degli ordinamenti europeo continentali) e soprattutto in quella penale. Che il Giudice Scalia possa mettere sullo stesso piano giuridico le “pretese contestate (civili o penali) del potere pubblico nei confronti di soggetti privati” costituisce un'altra affermazione ben poco comprensibile ad un giurista (e ad anche ad un cittadino) italiano. Per i diritti europeo-continentali infatti la giurisdizione penale consiste innanzi tutto nella decisione di applicare o meno le sanzioni previste dalla legge per la violazione di una norma (appunto penale) che le prevede: a questa attività partecipano, ovviamente da ruoli contrapposti la pubblica accusa ed il giudice. *Ciò avviene sia nell'ordinamento tedesco, che sostanzialmente colloca il ruolo della pubblica accusa nell'ambito del potere esecutivo, sia in quello francese che oltre a ciò prevede anche il principio della discrezionalità dell'esercizio dell'azione penale*. Negli ordinamenti europeo-continentali abbiamo, infatti, pur sempre un giudice penale che giudica sul rapporto tra due doveri: quello dell'imputato di osservare la legge, e quello del pubblico ministero di procedere (magari discrezionalmente) alla sua punizione. Questa concezione, incentrata sull'applicazione della legge, nella giurisdizione penale trova un'attuazione ancora più accentuata, e per molti aspetti esasperata nel nostro Paese, dove i rappresentanti della pubblica accusa sono posti al di fuori del potere esecutivo ed assumono un ruolo para-giudiziario, e dove l'esercizio dell'azione penale è formalmente obbligatorio. Nel diritto americano invece il giudice penale decide (in diritto, dato che in fatto il giudizio è rimesso, cosa anche questa di importanza fondamentale, ad una giuria autonoma) non sul rapporto fra due doveri, ma sul conflitto fra due diritti, quello di libertà dell'imputato e quello dell'esecutivo statale di punirlo a motivo della violazione della norma. Il giudice americano non mira tanto ad accertare una verità se pure processuale, ovvero se l'imputato abbia commesso il fatto, sulla base di quanto prospettato dal pubblico ministero, ma a decidere un contenzioso (una “causa” o “controversia” direbbe il Giudice Scalia) tra il pubblico accusatore e il privato accusato. Tutto

questo ha conseguenze importanti sul processo penale e determina radicali differenze, nel regime probatorio e istituti che hanno in comune solo il nome: si pensi alla differenza tra il *patteggiamento della pena americano, che corrisponde ad una specie di transazione tra accusa e difesa*, analoga a quella che chiude o previene una lite civilistica, e la *applicazione della pena su richiesta* del diritto italiano, che consiste invece in una sorta di *sentenza senza processo* con la quale il giudice penale discrezionalmente decide di applicare la pena richiesta congiuntamente dal pubblico ministero e dall'imputato.

La struttura del potere giudiziario si ripercuote sul rapporto con gli altri due poteri dello stato. Il diverso modo di sindacare giudizialmente l'attività dell'Amministrazione fa sì che nei paesi europei il giudizio consista in una *revisione di legalità dell'azione amministrativa*, mentre in quelli anglosassoni *comporti un giudizio su diritti in conflitto*. Divergenze esistono nei rapporti tra i rappresentanti del potere giudiziario e quelli del potere esecutivo e amministrativo nei reati contro la pubblica amministrazione. Mentre negli ordinamenti continentali l'esercizio dell'accusa e lo svolgimento del giudizio penale nei confronti di pubblici funzionari (dai rappresentanti del Governo agli amministratori di grado meno elevato) sono visti come un dovere rispettivamente del pubblico ministero e del giudice (spesso discrezionali, di diritto o di fatto), e proprio nell'esercizio effettivo di tali doveri di accusa e di giudizio penale verso i pubblici funzionari viene spesso riscontrata (e talora, eccessivamente sbandierata) l'esistenza della separazione dei poteri, nell'ordinamento americano di fronte al pubblico amministratore che commette un reato, è innanzi tutto l'Amministrazione (anche se non lo stesso ufficio) che decide se esercitare o meno il suo diritto di punirlo penalmente, mentre al giudice spetta decidere sulla fondatezza di tale pretesa. La separazione tra i poteri si ha pertanto in sede di giudizio, non in sede di accusa, il che determina una curiosa (ai nostri occhi) inversione dei momenti sanzionatori a carico di un funzionario pubblico (di nomina politica o professionale) che abbia violato una norma penale. Negli ordinamenti continentali la condanna penale viene anteriormente, e solo come conseguenza di questa si ha la rimozione dall'incarico (interdizione da pubblici uffici o istituti analoghi); negli Stati Uniti il rapporto è invertito, nel senso che prima di esercitare l'azione penale tramite gli uffici della pubblica accusa, e in quanto si decida di esercitarla, gli organi competenti dell'Amministrazione provvedono a rimuovere il funzionario dal suo incarico. Com'è noto per i funzionari più importanti, a partire dal Presidente, il potere di rimozione dall'incarico a motivo (anche ma non solo) della presunta commissione di reati e in vista di una azione penale futura è attribuito al Senato (art. I §3 Costituzione degli Stati Uniti), secondo la procedura dell'*impeachment*. Quest'ultima impostazione, che agli occhi di molti osservatori europei sembrerebbe poco rispettosa della separazione dei poteri dato che lascia all'Amministrazione la scelta se rimuovere il funzionario o il politico accusato, ha invece, il pregio di separare nettamente il piano per così dire “politico” della violazione da quello penale e di separare altrettanto nettamente i poteri dello Stato, dato che impedisce in tal modo che il giudizio penale si trasformi automaticamente anche in un giudizio politico-amministrativo, fatto questo invece che caratterizza in particolare la realtà italiana. Nel nostro ordinamento, infatti, da un lato la discrezionalità di fatto (ad onta dell'obbligatorietà formale) nel perseguire i reati “contro la pubblica amministrazione” è molto ampia, data la formulazione vaga delle norme penali in materia, che consentono di punire comportamenti di diversissima natura tra loro (alcuni dei quali assolutamente “bagattellari”: così l'errata ritinteggiatura del piano del colore è punita con la reclusione fino a cin-

que anni, quasi quanto l'effettiva pena scontata da un omicida), il che consente che nelle scelte dei magistrati penali si possano insinuare concezioni politiche riguardo alla punibilità di un determinato fatto, e dall'altro il puro e semplice esercizio dell'azione penale nei confronti di un pubblico amministratore, per non parlare della sentenza di condanna, hanno effetti (la seconda di diritto, il primo di fatto) sulla legittimazione politica a mantenere un incarico, il che rappresenta una commistione tra i due piani, e quindi tra i due poteri (esecutivo e giudiziario) che non si verifica nel sistema americano.

Che il potere giudiziario negli Stati Uniti consista nel decidere sui diritti in conflitto tra loro e non in quello di applicare la legge, risulta in maniera ancora più chiara se prendiamo in considerazione il suo rapporto con il potere legislativo. In Europa il giudice ha il compito di applicare la legge emanata dal Parlamento, verificando peraltro che sia in accordo con le norme di rango superiore; nel sistema americano il potere del giudice consiste invece nel potere di verificare se nell'emanare un atto legislativo il Congresso si sia attenuto nella sfera delle sue attribuzioni o se abbia violato i diritti di altri individui. È vero che ormai nei tutti i sistemi europeo continentali esiste un controllo più o meno esteso di costituzionalità delle leggi (solo in Francia ha una portata più ridotta) e che ad esso si aggiunge per i Paesi aderenti all'Unione Europea un controllo sulla compatibilità delle leggi nazionali con il diritto comunitario, ma il controllo di costituzionalità diverge concettualmente e strutturalmente da quello che avviene nel sistema americano. La differenza viene presentata come un'alternativa solamente organizzativa, e si contrappone al controllo di costituzionalità "diffuso" presso tutti i giudici degli Stati Uniti, quello "concentrato" in una Corte apposita degli ordinamenti europeo continentali. Ma l'esistenza di un giudice *ad hoc* competente alla valutazione della compatibilità delle leggi con le fonti giuridiche di livello superiore, rappresentato dalla Corte costituzionale in Italia, dal Tribunale costituzionale federale in Germania, dal Consiglio costituzionale in Francia, e a livello europeo dalla Corte di giustizia dell'Unione, è ben più di un fatto organizzativo. È infatti espressione di una concezione del potere giudiziario come il potere di applicare la legge, in questo caso la legge gerarchicamente superiore (ad es. la Costituzione italiana), decide sulla compatibilità delle norme di livello inferiore. In questo senso l'esistenza di una controversia sulla costituzionalità di una legge, su cui tanto insiste il Giudice Scalia, non è necessaria, come giustamente rileva, negli ordinamenti continentali, e la necessità che la decisione sulla legge debba essere rilevante per la soluzione di una causa (al di là del fatto che la cosa non è sempre richiesta, ad esempio nel nostro ordinamento che prevede anche l'impugnazione delle leggi "in via principale" da parte dello Stato e delle Regioni) rappresenta, essa, un elemento "occasionale" dello svolgimento della funzione: si pensi al fatto che nell'ordinamento italiano la questione di costituzionalità può essere sollevata d'ufficio. Viceversa, come afferma il Giudice Scalia (e al di là della decisione nella causa *Windsor* nessun giurista americano potrebbe essere in disaccordo), è il giudizio di costituzionalità che negli Stati Uniti assume carattere "occasionale" rispetto alla decisione sui diritti individuali oggetto della controversia. Da tutto ciò deriva la differenza tra un giudizio di costituzionalità centrato principalmente sul rispetto e sull'attuazione dei doveri previsti dalle norme (quello europeo continentale) e uno centrato essenzialmente sulla tutela dei diritti individuali, il che corrisponde peraltro al diverso tipo di costituzioni in vigore nei due tipi di sistemi. Mentre le carte fondamentali europee contengono in genere norme di portata elevata, che cercano di conciliare i diritti individuali con un assetto ritenuto ideale dei rap-

porti sociali e giuridici, nel sistema americano le norme fondamentali prevedono un puntuale elenco dei diritti individuali da tutelare, quei diritti individuali sviluppatasi nella tradizione del *common law* inglese che in Gran Bretagna, patria del costituzionalismo, non sono mai stati fissati organicamente per iscritto, ma sono rimessi alla tradizione interpretativa da parte del potere giudiziario, incaricato, come in America, di tutelare tali diritti (e non di applicare le leggi).

6. Il potere legislativo europeo emana un diritto completo, assoluto (nessun diritto soggettivo può stare al di fuori del diritto oggettivo); negli Usa i diritti dei singoli soggetti, pubblici o privati, sono il fondamento della convivenza civile.

Del resto (e con questo passiamo ad analizzare il potere legislativo), lo stesso contenuto delle norme, e a ancora più a monte, la loro funzione e quindi il ruolo del potere legislativo, divergono nei sistemi europeo continentali e in quelli di *common law* (in particolare in quello americano), dove appare incomprendibile il fatto che una legge conferisca solo ad alcuni soggetti il potere di richiedere (o di non richiedere) ai giudici la sua applicazione. Questo fa comprendere che il concetto di legge o di norma giuridica cambia nei due tipi di sistemi. Su questo tema, dopo avere parlato di analogie ingannevoli, ci possiamo basare sul linguaggio, che costituisce l'espressione più autentica della cultura, anche giuridica, di un popolo. Mentre nei Paesi europeo continentali l'insieme delle norme viene designato con il termine "diritto" (o *droit*, *Recht*, *derecho* ecc.), che viene usato per indicare sia le posizioni individuali che quelle dei cittadini (e si distingue tra diritto in senso oggettivo e in senso soggettivo), nei Paesi anglofoni il termine "right" è riservato alle posizioni individuali giuridicamente tutelate, e il provvedimento normativo emanato dal Parlamento viene denominato *act* o *statute* e non "legge" (o *lois* o *Gesetz* o *ley*). Tutto ciò è specchio di una differenza culturale fondamentale: negli ordinamenti europeo-continentali il "diritto" rappresenta la fonte dei diritti, sia che si identifichi *tout court* con la legislazione vigente, anche se di rango costituzionale (cosiddetto *positivismo giuridico*) sia che venga identificato, almeno a livello di principi fondamentali, con una serie di norme universalmente valide desumibili razionalmente (cosiddetto *giusnaturalismo razionalistico-universale*). In questo tipo di ordinamenti, tra cui rientra quello italiano, il carattere fondamentale del diritto è costituito dalla sua completezza e "assolutezza" (e non per nulla tali stati sono eredi delle monarchie assolute): nessun rapporto giuridico, nessun diritto soggettivo può stare al di fuori del diritto (positivo o naturale; ordinario o costituzionale), e se anche l'applicazione porta ad esiti diversi e opposti in casi disciplinati in maniera analoga della legge, cosa che com'è noto caratterizza in particolare il diritto italiano, pieno di norme vaghe, inapplicabili e comunque soggette ad applicazioni amministrative e giudiziarie discrezionali, rimane il fatto che ogni diritto e ogni potere pubblico trovano il loro fondamento nel diritto oggettivo. Per la concezione americana (e per quella dei Paesi di *common law* in genere) invece i diritti (*rights*) dei singoli soggetti, privati e pubblici, sono il fondamento della convivenza civile, mentre il diritto (*law*) è la risultante della loro sommatoria, sempre in evoluzione e basata sull'esperienza accumulata in precedenza. Nel dare continuamente forma a questa sommatoria di diritti che costituisce il diritto, il ruolo fondamentale è svolto dal potere giudiziario che nel giudicare i conflitti tra gli individui "occasionale", come afferma il Giudice Scalia, contribuisce a definire il diritto. Ciò sulla base dell'esperienza frutto delle decisioni precedenti, il che non comporta una sorta di "sacraliz-

zazione” del precedente (come erroneamente si crede) ma piuttosto dell’esperienza per cui il precedente è confermato se lo si ritiene adatto a risolvere il caso in esame, altrimenti può essere, come talora avviene, modificato nella sua portata se non addirittura rovesciato, a volte riprendendo quelle che erano state in passato delle opinioni dissenzienti, le quali non hanno un valore puramente accademico. Quanto alle leggi del Parlamento (gli *acts* o *statutes*) il loro ruolo consiste nel precisare i diritti dei singoli privati e quelli dei soggetti pubblici (che coincidono con i loro poteri) senza però incidere sul contenuto fondamentale dei diritti individuali quale risulta dalle decisioni giudiziarie, di modo che la legge ordinaria trova in America il suo limite non tanto in una norma superiore, cioè nella Costituzione, quanto nei diritti individuali che in essa sono trascritti. La stessa Costituzione americana costituisce, in particolare nei primi dieci emendamenti e in alcuni di quelli successivi, nulla più che la messa per iscritto dei diritti che in base all’esperienza giudiziaria sono stati ritenuti fondamentali per la vita associata, secondo le concezioni proprie del *giusnaturalismo storico-individualista*. Tutto questo si esprime da un lato nella complessità delle procedure previste per le modifiche costituzionali (art. V della Costituzione degli Stati Uniti), che dovrebbero garantire un consenso largamente maggioritario, e dall’altro nel fatto che norme scritte riportate nella Costituzione si inseriscono pur sempre in una concezione rappresentata dalla esperienza giuridica precedente (non di rado molto antica) e che sono applicate in relazione al caso concreto alla luce di questa esperienza, per cui vi sono sentenze della Corte Suprema che, nel definire la portata dei diritti costituzionalmente previsti, fanno riferimento a precedenti del diritto inglese risalenti a secoli prima.

7. Nel diritto europeo l’Esecutivo e l’Amministrazione attuano i precetti che impone la normativa, il giudiziario applica le sanzioni. Sono tre momenti di un’unica funzione. Da un lato l’esigenza di un potere predominante che abbia l’ultima parola esercitabile nelle diverse contingenze, dal legislativo, dall’esecutivo e dal giudiziario. Nel sistema americano non esiste un centro e nessuno dei tre poteri può dire la parola definitiva secondo il pensiero di Montesquieu, le *pouvoir arrête le pouvoir*: il necessario confronto sembra essere più proprio negli Usa che in Europa.

Se quindi vogliamo provare a delineare un quadro complessivo del potere pubblico americano, troviamo da un lato il Legislativo che emana le norme che disciplinano le modalità con le quali i cittadini possono esercitare i propri diritti individuali e quelle con le quali i soggetti pubblici possono esercitare il loro diritto - potere di provvedere agli interessi collettivi; l’Esecutivo e l’Amministrazione che perseguono nella loro azione gli interessi generali e svolgono quelle attività che non possono essere realizzate dai singoli (dalla difesa militare, alla polizia, alle attività sociali ecc.), e che rientrano in quel potere che nel Medioevo era definito di *gubernaculum*; e infine il Giudiziario che è competente a tutelare i diritti dei privati e quelli dei soggetti pubblici in caso di contestazione (a questo proposito è esemplare la sintesi del Giudice Scalia posta all’inizio dell’opinione esaminata), funzione coincidente con quella di *iurisdictio*. Tre attività “ontologicamente” separate per natura, cioè per il modo con cui sono concepite e disciplinate nel sistema americano: una realtà opposta a quella che si ha, pur nell’ottica dello “stato di diritto”, negli ordinamenti europeo continentali. Una impostazione quest’ultima secondo la quale il Legislativo emana una serie di norme che contengono i precetti giuridici e prevedono le relative sanzioni (cioè le conseguenze per la vio-

lazione dei precetti); l’Esecutivo e l’Amministrazione attuano i precetti che loro impone la normativa in vista dell’interesse generale; il Giudiziario applica le sanzioni in caso di violazione dei precetti. Una separazione dei poteri attenuata per il fatto che *i tre poteri rappresentano in sostanza tre momenti di un’unica funzione*, che consente nella disciplina giuridica della vita sociale, disciplina che passa attraverso l’elaborazione in astratto dei precetti normativi e delle sanzioni, l’applicazione fattuale dei precetti e delle sanzioni. Una separazione dei poteri che si attenua ancora di più nel nostro Paese nel quale il carattere indeterminato e la portata irrealizzabile delle norme determinano una confusione dei ruoli, con gli amministratori e/o i giudici che applicano in maniera variabile da caso a caso l’identica norma, oltre ad una confusione tra amministrativo e giudiziario, con quest’ultimo che agisce “in supplenza” rispetto alle vere o presunte disfunzioni e illegalità del primo. *Nei sistemi europeo continentali, il fatto che i tre poteri rappresentino momenti di un’unica funzione richiede quasi di necessità l’esistenza, per usare le parole del Giudice Scalia, di un potere “predominante”, che abbia l’ultima parola riguardo al modo in cui il diritto debba venire applicato e al modo in cui il potere pubblico debba essere esercitato. Tale potere può essere rappresentato dal legislativo, oppure dall’esecutivo (o meglio dal suo vertice politico), come accade in Francia, o dal giudiziario, e in particolare dai giudici costituzionali, oppure da un potere ora dell’uno ora dell’altro, cosa quest’ultima che avviene in particolare in Italia, dove talora sono gli organi politici legislativi o esecutivi ad avere l’ultima parola (atti politici, leggi riferite a casi concreti cioè “leggi provvedimento” ecc.); talora lo sono i membri dell’esecutivo, quando i loro atti sono considerati inoppugnabili; talaltra lo è la magistratura (composta da giudici e da pubblici ministeri) quando il solo avvio delle indagini determinano conseguenze paralizzanti riguardo all’attività amministrativa, e riguardo i pubblici funzionari in caso di azione penale. Peraltro, nel nostro ordinamento, dal punto di vista strettamente formale (ma anche dal punto di vista sostanziale) il ruolo di organo predominante, titolare della “competenza sulle competenze” dei vari poteri è svolto dalla Corte costituzionale, la quale, al di là delle differenze di dettaglio, analogamente a quanto afferma Scalia riguardo al Tribunale costituzionale tedesco, ha il compito di decidere non solo riguardo ai conflitti tra i poteri ma anche per quanto concerne la costituzionalità di una legge in sé considerata. Infatti, a parte i casi di impugnazione di una legge per presunta incostituzionalità in assenza di un contenzioso, anche nei giudizi cosiddetti “in via incidentale” non è necessario che le parti in causa siano in disaccordo sulla costituzionalità di una legge, essendo la questione sollevabile d’ufficio da qualunque giudice, e persino dalla stessa Corte costituzionale che in tal modo può adire sé stessa. In Italia l’opinione del Giudice Scalia nella causa *Windsor* e quelle corrispondenti dell’opinione di maggioranza non avrebbero avuto motivo di essere scritte, dato che, posta la sua rilevanza in un giudizio, la questione di costituzionalità di una legge può essere sollevata d’ufficio dal giudice e decisa dalla Corte indipendentemente dall’accordo o dal disaccordo delle parti (cfr., Art. 23 c. 2 L.n. 87 del 1953). Proprio l’assenza, anzi *la necessaria assenza di un potere, di un organo “predominante” costituisce invece il carattere fondamentale del sistema di diritto pubblico americano*, e su di essa giustamente insiste il Giudice Scalia, in quello che può essere considerato il cuore delle sue tesi. Il Legislativo emana le norme che disciplinano l’esercizio dei diritti individuali e del potere pubblico, ma né può diminuire tali diritti, tutelati dal Giudiziario, né può esercitare in concreto il suddetto potere pubblico, cosa di competenza dell’Esecutivo. Quest’ultimo persegue i fini*

ritenuti, a livello politico e/o amministrativo, di interesse generale, ma da un lato può farlo solo in quanto il Legislativo gli attribuisca il diritto di farlo tramite una legge e gli assegni i relativi finanziamenti, e dall'altro non può imporre al cittadino nemmeno il più piccolo sacrificio ai suoi diritti (né in campo civile né in campo penale) se non dopo un contenzioso deciso dal Giudiziario, il quale a sua volta non può imporre i propri precetti giuridici se non in relazione a casi specifici (a "cause e controversie" per riprendere l'espressione più volte citata da Scalia) e il suo potere può esercitarsi (come parimenti Scalia sottolinea) solo a seguito di un contenzioso instaurato dai singoli privati (a fini civili) o dall'Esecutivo (a fini civili o penali), né le sue decisioni possono essere attuate ancora una volta solo mediante l'azione dell'Esecutivo. Il sistema americano si configura *senza un potere predominante ovvero senza un centro* nel quale gli istituti previsti dalla Costituzione americana di coordinamento tra i diversi poteri, che vanno dal veto presidenziale (sospensivo) sulle leggi, alla approvazione da parte del Congresso delle nomine dei più alti dirigenti pubblici, alla nomina presidenziale con approvazione del Senato dei giudici della Corte suprema ecc., rappresentano dei correttivi destinati a garantire un equilibrio nel quale le attività pubbliche sono autenticamente scollegate, "separate", un equilibrio tra i poteri garantito non dal coordinamento (affidato ad un'istanza "predominante") ma dal loro conflitto, dal fatto che nessuno dei tre può in sostanza dire la parola definitiva su una qualsiasi questione, né può occuparsene dall'inizio alla fine, ma deve pur sempre confrontarsi con gli altri due. D'altro canto anche territorialmente se è vero che la capitale dell'Unione è Washington, neppure si potrebbe dire che di fatto è New York, pure capitale finanziaria del globo: ciò deriva dalla struttura davvero federale degli Usa, laddove negli altri Stati che pure chiamiamo federali, gli Stati federati sembrano più decentramenti amministrativi forti o, viceversa, Stati ai limiti della separazione (la qual cosa è avvenuta in Jugoslavia, in Cecoslovacchia e potrebbe avvenire in Belgio o in Spagna). Abbiamo osservato all'inizio che tutti gli ordinamenti giuridici occidentali si basano sul principio della separazione dei poteri e si rifanno al pensiero di Montesquieu, pensiero spesso brandito per sostenere il ruolo "predominante" di un potere o dell'altro. Che vi sia una separazione dei tre poteri ormai nei moderni stati occidentali è indubbiamente vero, e ciò rappresenta un elemento importante della civiltà odierna e un presupposto fondamentale della vita civile, ma (e ciò risulta dall'opinione del Giudice Scalia), uno scollegamento, una "separazione" fra i tre poteri esiste autenticamente solo negli Stati Uniti, che in questo (più della stessa Gran Bretagna) sono i veri eredi dalle tradizioni di *common law* che nella separazione tra i poteri vede il mezzo fondamentale per far sì che il potere pubblico in genere sia limitato e non possa prevaricare sui diritti dei cittadini. Proprio a questa tradizione si rifaceva del resto lo stesso Montesquieu, il quale peraltro riteneva la separazione dei poteri non adatta a tutti i popoli ma solo a quelli con un sistema politico simile a quello inglese, e che a sua volta vedeva il fulcro di un sistema che ammette la separazione dei poteri proprio nel fatto che "il potere limita il potere" (*le pouvoir arrête le pouvoir*), cioè in quel necessario "confronto" tra i diversi poteri che, in assenza di un'autorità "predominante", caratterizza a tutt'oggi pienamente il (solo) sistema americano, come lo splendido brano giuridico che abbiamo preso in esame ci fa capire. Un sistema tutt'altro che perfetto, non immune da deviazioni ideologiche e partigiane, o da errori più o meno evidenti, ma che ha il grande pregio di basarsi proprio sull'imperfezione

umana e di partire da quella per delineare i compiti e i poteri delle istituzioni. Volendo riprendere anche noi una frase di J. Madison, tratta da *Il federalista n. 51*, la "Bibbia" del costituzionalismo americano, possiamo dire che la separazione dei poteri negli Stati Uniti si basa sulla constatazione che *se gli uomini fossero angeli non occorrerebbe alcun governo*, e che, poiché non lo sono, il miglior modo di costringere il potere pubblico ad "autocontrollarsi", consiste nell' "accorgimento di ovviare alla mancanza dei più alti ideali con il contrasto e la rivalità di interessi" (Cfr.: H. Hamilton - J. Jay - J. Madison, *Il federalista*, ediz. ital. cit., p. 458). Una concezione del potere pubblico come "diritto", necessariamente limitato dai diritti degli altri poteri e soprattutto dai diritti dei singoli individui, che pur con le sue degenerazioni ha in generale dato buona prova di sé, come mezzo di salvaguardia delle libertà individuali e della democrazia, meglio di quanto abbia fatto quella propria degli stati europei continentali, ieri preda di aberranti totalitarismi di destra e di sinistra e oggi di un asfissiante potere tecnocratico, la quale essendo basata sul diritto (in senso oggettivo) inteso come dover essere e sul potere come attuazione di quel dovere, si presta maggiormente ad essere piegata all'ideologia e alle visioni di parte, propagandate come l'unico mezzo "doveroso" e necessario per realizzare l'interesse pubblico.

8. Conclusioni: check and balances e gioco del poker. Il possibile effetto boomerang di istituti nord americani trapiantati in sistemi giuridici economici e culturali antitetici.

In conclusione, se ci è consentito il paragone, il *check and balance* nord americano assomiglia al gioco del *poker* dove non vi è mai la sicurezza di non venire superati da un avversario per cui l'abilità del giocatore risulta decisiva: si può *aprire* il gioco, si può *vedere* magari *rilanciando* cioè aumentando la posta; rilancio che può continuare all'infinito.

Trasportare, tuttavia, gli istituti anglosassoni nei sistemi europeo continentali raramente ne migliora la qualità, anche se è certo utile confrontarsi con essi. Si è accennato al diverso valore del patteggiamento negli USA e in Italia. Così le *Authorities* in Europa definiscono più che altro le quote spettanti agli operatori in mercati dominati da cartelli mentre i consumatori sono spesso penalizzati. I sistemi selettivi ricopiati acriticamente con l'attribuzione di punteggi premiali a riviste, a libri, a numeri di pagine e di battute (vedi la proliferazione di tonnellate di volumi di poca utilità), a test scarsamente attendibili ecc., non aumentano né la trasparenza né la produttività, *non essendo legati al libero mercato e tantomeno al merito*. Non è un caso che ogni riforma peggiora la situazione e lo scimmiettare da parte dell'Unione Europea di istituti anglosassoni non è forse l'ultima causa della sua crisi. Nel nostro Paese, dove la P.A. ha fundamentalmente *un ruolo mediatore e di ammortizzatore sociale*, anche le innovazioni tecnologiche che altrove semplificano la vita al cittadino aumentano in modo esponenziale (per non dire arbitrario) il potere tecnocratico dei burocrati.

Per paradosso (quantomeno, ma non solo, nell'impiego pubblico) si passa più tempo a documentare informaticamente che a lavorare effettivamente in funzione di un improbabile raggiungimento di obiettivi di efficienza e di economicità. Si pensi, per tutti, all'utilizzo di forme privatistiche in settori monopolisti pubblici (il caso limite è Equitalia) e al dissesto finanziario delle quarantamila s.p.a., controllate (che pure dovevano costituire momenti di economicità) in totale dominio di un personale politico e/o clientelare. A voler tacere delle fon-

dazioni bancarie, per la verità più ispirate al modello tedesco. Le c.d. “leggi Bassanini”, costituzionalizzate nel Titolo V della Costituzione ci esime da ogni ulteriore commento. Per finire ancora una volta con il Montesquieu le leggi e le loro riforme dovrebbero adattarsi alla natura dei popoli: con molta amarezza per ragioni storiche, politiche ed economiche, la separazione dei poteri sia nella versione americana che in quella francese o tedesca è da noi improponibile. *Il vero problema italiano è la confusione dei poteri* da cui deriva quel perverso intreccio tra pubblico e privato da sempre presente nel nostro ordinamento, dall’unità d’Italia in poi e che ora ha raggiunto punte non più sostenibili. Sperare che altri, l’Unione Europea, risolvano i problemi è pia illusione. Non si tratta di “euroscetticismo” ma di una riflessione elementare: la “cultura civica” italiana deforma ogni auspicabile cambiamento.

Note:

- (1) Molto nota è la bibliografia per comprendere la sentenza. Si veda almeno A. Hamilton - J. Jay - J. Madison, *Il federalista*, ediz. ital. a cura di M. D’Addio e G. Negri, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 449 e p. 435. Sul fondamento giuspolitico dei c.d. checks and balances v. P. Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford. Oxford, University Press, 1997; M.N.S. Sellers, *The Sacred Fire of Liberty: Republicanism, Liberalism and the Law*. Basingstoke and New York. Macmillan and New York University Press, 1998; sul modello della Costituzione nordamericana in generale, e del principio dei checks and balances in particolare, nell’ambito del dibattito tra i suoi fondatori v. John Adams, *Defence of the Constitutions of Government of the United States of America*. London. C. Dilly, 1787-1788, at I.3-4; per un’analisi del principio tra rule of law e separation of powers v. R. Reinstein - M. Rahdert, *Reconstructing Marbury*, 57 *Ark. Law Rev.*, 2004-2005, 729 ss.; sulla applicazione del principio nella giurisprudenza nordamericana v. M. Elizabeth Magill, *The Real Separation in Separation of Powers Law*, 86 *VA. L. Rev.* 1127, 1132 (2000); Richard A. Brisbin, Jr., *The Judiciary and the Separation of Powers*, in *The Judicial Branch* 89, 89-90 (Kermit L. Hall & Kevin T. McGuire eds., 2005); Deanell Reece Tacha, *Judges and Legislators: Renewing the Relationship*, 52 *Ohio St. L. J.* 279, 279-83 (1991).
- Per una più estesa indagine a tappeto sulla sentenza, si esaminino gli *Annali del diritto Angloamericano* alla ricerca di un’altra “istanza di rigetto” come quella presentata dagli Stati Uniti alla Corte Distrettuale di primo grado: in essa si affermava che la Corte doveva concordare “con la parte attrice e con gli Stati Uniti” e “non doveva rigettare la domanda giudiziale”. Quindi avendo ottenuto esattamente quello che avevano richiesto, gli Stati Uniti hanno prontamente presentato appello.
- (2) Tale ordine consiste nel provvedimento con il quale una Corte superiore decide di procedere al riesame di una sentenza di una Corte di grado inferiore, provvedimento che comporta la trasmissione degli atti della causa ai giudici superiori affinché gli stessi possano “essere messi al corrente” (espressione che corrisponde al termine latino “certiorari”) dello svolgimento della medesima.
- (3) to pronounce the law
- (4) espressione con la quale com’è noto inizia il Preambolo della Costituzione americana “Noi il popolo degli Stati Uniti...”
- (5) L’art.III §2 della Costituzione degli Stati Uniti usa i termini “cause” e “controversie” (“cases” e “controversies”) per descrivere le competenze del potere giudiziario.
- (6) when an Act of Congress is alleged to conflict with the Constitution, it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is.
- (7) Cfr.: A.Hamilton - J.Jay - J.Madison, *Il federalista*, ediz.ital. a cura di M.D’Addio e G.Negri, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 449.
- (8) to self-rule.

- (9) Cfr.: A.Hamilton - J. Jay - J.Madison, *Il federalista*, ediz.ital.cit., p.435.
- (10) Per quanto riguarda la Corte costituzionale italiana, si veda l’art. 134 della Costituzione.
- (11) Our authority begins and ends with the need to adjudge the rights of an injured party who stands before us seeking redress.
- (12) Nel caso citato era in questione la costituzionalità di una legge federale che, nell’attribuire ad un’agenzia federale, l’*Immigration and Naturalization Service*, o *INS* (Servizio per l’Immigrazione e la Naturalizzazione) la competenza a consentire il soggiorno stabile di uno straniero nel territorio degli Stati Uniti, prevedeva un potere di veto in senso contrario da parte di ciascuna delle due Camere.
- (13) La causa era iniziata in Corte di Appello, poiché in precedenza il Chadha aveva impugnato il provvedimento di espulsione non di fronte ad una Corte Distrettuale, ma, come imposto dalla normativa, di fronte agli uffici federali competenti a valutare le controversie sull’immigrazione, uffici che non hanno il potere di sindacare la costituzionalità di una legge, e che, ragionando in base alle nostre categorie giuridiche, potremmo considerare più simili a degli organi giudicanti specializzati (e autonomi) della pubblica amministrazione che a dei giudici amministrativi.
- (14) I “Codici” degli Stati Uniti rappresentano delle raccolte di leggi federali raggruppate in base alle materie trattate: il Codice n.8 contiene anche le norme sull’immigrazione.
- (15) Il ruolo dell’*amicus curiae* nel processo civile americano è più ampio di quello di un consulente giuridico della Corte, e corrisponde a quello di una sorta di “parte fittizia”, a cui è affidato il compito di sostenere una determinata tesi.
- (16) Adverseness
- (17) Il Quarto Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti tutela i cittadini, nella persona e nelle cose, contro gli atti arbitrari del potere pubblico, quali arresti, sequestri e perquisizioni. Nel caso descritto, ai pubblici funzionari veniva ovviamente contestata, da parte dei soggetti privati interessati, una violazione di tipo civilistico.
- (18) V. la nota [n].
- (19) Il Consiglio Legale Governativo (Office Legal Counsel) è un organo del Ministero della Giustizia che svolge funzioni consultive in materia giuridica nei confronti del Presidente, delle strutture dipendenti dall’Esecutivo e delle agenzie federali. I suoi pareri, salvo casi assolutamente eccezionali, sono considerati vincolanti dai loro destinatari, anche se tale valore non è riconosciuto in sede giudiziaria.
- (20) V. la nota [e].
- (21) must of necessity expound and interpret that rule
- (22) V. la nota [b].
- (23) a mere form
- (24) writ of error
- (25) Cfr.: A.Hamilton - J.Jay - J.Madison, *Il federalista*, ediz.ital.cit., p.443
- (26) Cfr.: A. De Tocqueville, *La democrazia in America*, in *Scritti politici*, vol.II, ediz.ital. a cura di N.Matteucci, UTET, Torino, 1991, pp.126-127.
- (27) Cfr.: A.De Tocqueville, *La democrazia in America*, ediz.ital.cit., p.127.
- (28) L’art. I §7 della Costituzione degli Stati Uniti prevede che se il Presidente, pur non approvandola espressamente, entro dieci giorni dalla presentazione di una legge non appone sulla stessa il suo veto esplicito (il quale obbliga le Camere a riapprovare la stessa a maggioranza qualificata), la legge entra in vigore, salvo che il Congresso abbia aggiornato i suoi lavori, nel qual caso la semplice mancata approvazione presidenziale assume il valore di una sorta di veto implicito (cosiddetto “pocket veto”) all’entrata in vigore della legge stessa.
- (29) Cfr.: A. Hamilton - J. Jay - J.Madison, *Il federalista*, ediz.ital.cit., p.623 in nota.
- (31) Cfr.: A. Hamilton - J. Jay - J.Madison, *Il federalista*, ediz.ital.cit., p.458.

Recensioni e segnalazioni

Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo

LARA TRUCCO

Giappichelli, Torino, 2013, pp. X-238, ISBN 9788834872956

Lo studio, di carattere monografico e condotto in un'ottica prettamente costituzionalistica, ha lo scopo di analizzare la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Viene, dunque, esaminato il peculiare processo di formazione di questo documento che, com'è noto, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati eurounitari. Ma ciò che presenta uno spiccato interesse sono le originali riflessioni dell'autrice sull'impatto della Carta, sulle strategie argomentative e sulle tecniche decisorie dei diversi giudici della Corte di giustizia, nella prospettiva della tutela dei diritti nello spazio europeo e, più in generale, sul processo stesso di integrazione e di costituzionalizzazione dell'Unione. Più particolarmente, può osservarsi come lo studio, muovendo addirittura dal momento fondativo dell'ordinamento comunitario, pervenga a mettere a fuoco le varie "fasi evolutive" della tutela dei diritti per giungere, più nello specifico, a concentrare l'attenzione sul percorso applicativo, sinora compiuto, della Carta.

In ciascun capitolo, premessa una ricostruzione della situazione storico-istituzionale riguardata, si passa ad analizzare le tecniche di impiego della Carta, sia da un punto di vista qualitativo che quantitativo. Giova, al proposito, l'articolato e perspicuo corredo di grafici elaborati sulla base dei risultati della ricerca. La relativa documentazione giurisprudenziale e bibliografica è quindi segnalata nella parte finale del volume (insieme ad una ricca serie di "indici", utili per lo studio e per la pratica del foro). Inoltre, l'opera si propone di continuare, in certo modo, a "vivere" in sinergia con l'Osservatorio sulla Carta dei diritti agevolmente "navigabile" sul sito "Consulta OnLine" (raggiungibile alla pagina web http://www.giurcost.org/casi_scelti/CartaUE.html).

Venendo ai più specifici contenuti del libro, si è già detto come, nel capitolo introduttivo, l'autrice metta a fuoco il retroterra giuridico, particolarmente normativo e giurisprudenziale, che, di pari passo al progressivo estendersi delle competenze comunitarie, ha contribuito a comporre un quadro sempre più ricco in materia, preparando, così, il terreno, nel tempo, alla Carta (a quel tempo ancora "inesistente").

È, quindi, nel primo capitolo, in cui si prende in considerazione il periodo che va dalla "proclamazione" della Carta di Nizza (nel dicembre del 2000), sino a quello del suo tentativo di incorporazione nel "Trattato Costituzionale europeo" (fallito, poi, nella primavera del 2005), che viene evidenziato come, la Carta stessa, benché fosse stata semplicemente proclamata (e, dunque, fosse

per così dire, "invisibile" dal punto di vista giuridico) abbia, tuttavia, mostrato da subito di possedere un'efficacia apprezzabile sia sul piano politico-istituzionale, sia su quello interpretativo. Il periodo che segue all'insuccesso del "Trattato costituzionale" e che va fino alla (ri)proclamazione della Carta a Strasburgo (nel dicembre 2007) è oggetto di analisi critica nel secondo capitolo, da cui emerge come, a dispetto del suo *status*, ancora, per così dire, "dimezzato", il catalogo dei diritti dell'Unione europea non abbia cessato di costituire un "laboratorio" delle tecniche di richiamo ed altresì delle strategie argomentative della Corte di giustizia, non senza importanti ricadute sulla stessa fisionomia costituzionale dell'Unione.

Con l'ultimo capitolo la ricerca si spinge sino ai nostri giorni, facendo emergere come, all'indomani dalla sua entrata in vigore, si sia registrato un aumento esponenziale del numero di richiami della Carta, ora "di Strasburgo-Lisbona", potendo, questa, finalmente contare sugli apporti maggiormente "a tutto tondo" della Corte di Giustizia dell'Unione europea. In una tale, nuova, configurazione è risultata percepibile la straordinaria attitudine della Carta, definita "rampante", a crearsi una nuova e specifica strada nel paesaggio giurisprudenziale eurounitario, "in attesa" di incrociare l'adesione diretta dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, messa in cantiere dal Trattato di Lisbona.

Impossibile non condividere gli auspici conclusivamente formulati nella ricerca di una gestione di questo comune destino per il conseguimento dell'obiettivo di un più elevato livello di tutela dei diritti fondamentali e del consolidamento dell'identità costituzionale europea.

Alessandro Barca

Si rimanda gli interessati alla lettura dello studio e se ne anticipa qui di seguito l'indice:

Introduzione.

LA CARTA "INESISTENTE". Dalle Carte in Europa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

I. LA CARTA "INVISIBILE". Dalla "proclamazione" a Nizza all'"integrazione" nel "Trattato Costituzionale".

II. LA CARTA "DIMEZZATA". Dalla mancata ratifica del "Trattato costituzionale" alla (ri)proclamazione di Strasburgo.

III. LA CARTA "RAMPANTE". La Carta vigente e i diritti "in azione" da Lisbona e oltre. Conclusione.

LA CARTA, "IN ATTESA"... La Carta nella prospettiva dell'adesione dell'Unione alla CEDU.

INDICI

Indice delle opere citate.

Indice degli autori.

Indice cronologico dei testi normativi richiamati.

Indice cronologico dei documenti richiamati.

Indice cronologico della giurisprudenza citata.

Indice dei grafici.

Sezione di Diritto tributario

Massime

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 1 ottobre 2013 - Pres. Caputo - Rel. Averoldi - G.M. (Avv. Delfini) c. Agenzia delle Entrate Dir. Prov. Genova.

ACCERTAMENTO - società in accomandita semplice - pretesa impositiva - società e socio accomandante - soggettività - sussistenza - socio accomandatario - esclusione.

Nel caso di società in accomandita semplice, la pretesa impositiva può essere rivolta solo alla Società ed al socio accomandatario e non anche nei confronti del socio accomandante nel cui caso sussisterebbe un difetto di legittimazione passiva.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 14 novembre 2013 - Pres. Caputo - Rel. Chiti - S.L. S.r.l. c. Agenzia delle Entrate Dir. Prov. Genova.

ACCERTAMENTO - studio di settore - scostamento - giustificazione - crisi del settore - genericità - incidenza sull'attività aziendale - dimostrazione - necessità.

Nel caso di accertamento fondato sugli studi di settore, il contribuente non può giustificare lo scostamento rilevato dall'Ufficio attraverso il mero richiamo alla "crisi del settore": trattasi infatti di riferimento generico che richiede comunque la dimostrazione di circostanze concrete proiettate nella realtà aziendale.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 17 luglio 2013 - Pres. Ghigliazza - Rel. DelVigo - C.G. (Avv. Mori) c. Agenzia delle Entrate Dir. Prov. Genova.

ACCERTAMENTO - metodologia sintetica - elementi e circostanze di fatto certi - possesso - maggiore capacità contributiva - presunzione - giudice tributario - valutazione - contribuente - prova contraria - incombenza

Ai sensi dell'art. 38, d.p.r. n. 600/1973, l'Ufficio può determinare sinteticamente il reddito di un contribuente sulla base di "elementi e circostanze di fatto certi" comunque venuti in suo possesso; il Giudice Tributario, una volta accertata l'esistenza di tali elementi, non può toglier loro la capacità contributiva presuntiva che il legislatore ha connesso alla loro disponibilità, ma può soltanto valutare la prova contraria che il contribuente offra in ordine alla loro inidoneità a dimostrare una maggior capacità contributiva (nella specie, gli indicatori di una presunta maggiore capacità contributiva erano stati individuati nella presenza di un collaboratore familiare e nel possesso di due immobili; la Commissione ha annullato l'accertamento alla luce della dimostrata circostanza: che la spesa per il collaboratore era stata sostenuta con la pensione della madre del contribuente cui il collaboratore prestava assistenza; che un immobile era adibito ad abitazione principale ed era oggetto di mutuo le cui ultime rate erano state pagate dal contribuente attraverso il ricorso ad un finanziamento ed al prestito da parte di un familiare; che il secondo immobile, proprio per far fronte alla situazione di disagio economico in cui versava il contribuente, era stato ceduto l'anno successivo a quello oggetto di accertamento).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 6 agosto 2013 - Pres. e Rel. Mignone - C.M. (Dott.sa Romanengo) c. Agenzia delle Entrate Dir. Prov. Genova.

ACCERTAMENTO - accertamento "bancario" - elementi risultanti dai conti correnti del soggetto accertato - utilizzabilità - prova contraria - contribuente - estraneità all'attività di impresa - ammissione.

ACCERTAMENTO - accertamento "bancario" - esame dei conti correnti di soggetti terzi - ammissibilità - movimentazioni riconducibili al contribuente accertato - prova - anche per presunzioni qualificate - necessità - Ufficio - incombenza.

I dati e gli elementi risultanti dai conti correnti bancari del contribuente accertato possono essere posti a base degli accertamenti e delle rettifiche eseguite nei suoi confronti, senza la necessità di ulteriori elementi di riscontro, ma fatta salva la possibilità per il contribuente di offrire la prova contraria in relazione all'estraneità delle movimentazioni bancarie alla sua attività od al loro assoggettamento ad imposizione a titolo di acconto o definitivo.

È sempre consentito all'Amministrazione finanziaria acquisire copia dei conti correnti bancari di soggetti terzi rispetto al contribuente accertato, di cui lo stesso possa avere avuto la concreta ed effettiva disponibilità, indipendentemente dalla loro formale intestazione, purché l'Ufficio dimostri anche per mezzo di presunzioni gravi, precise e concordanti, le circostanze che siano potenzialmente idonee a far desumere la difformità dell'intestazione sostanziale del conto.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 2 ottobre 2013 - Pres. Caputo - Rel. Averoldi - P.A. (Dott.sa Sepe) c. Agenzia delle Entrate Dir. Prov. Genova.

IRPEF - "incentivo all'esodo" - trattamento differenziato uomini e donne - Corte di Giustizia - incompatibilità con il diritto comunitario - giudice nazionale - disapplicazione della norma incompatibile - somme erroneamente trattenute - rimborso - spettanza.

IRPEF - "incentivo all'esodo" - rimborso somme erroneamente trattenute - dies a quo per la presentazione dell'istanza di rimborso - sentenza della Corte di Giustizia - data di pubblicazione - decorrenza.

La Corte di Giustizia, con la sent. n. 21/07/2005, C-207/04, "Vergani", ha dichiarato incompatibile con il diritto comunitario il regime di cui all'art. 19, c. 4-bis, d.p.r. n. 917/1986 che introduceva un'agevolazione fiscale trattando diversamente uomini e donne in ragione della loro età; ma è solo con la successiva ordinanza della Corte di Giustizia, 16 gennaio 2008, che la questione relativa al trattamento fiscale degli emolumenti corrisposti in ragione dell'età dei percipienti ha trovato una definitiva soluzione comportando per il Giudice nazionale l'obbligo di disapplicare qualsiasi disposizione discriminatoria, senza dover attendere la previa rimozione di tale disposizione da parte del legislatore ed estendendo anche ai componenti della categoria sfavorita il regime agevolato precedentemente loro precluso.

In caso di pronuncia della Corte di Giustizia che riconosca il diritto al rimborso, i termini per la relativa richiesta cominciano a decorrere dalla data di pubblicazione di tale pronuncia e non dalla data del pagamento dell'imposta erroneamente versata.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 15 luglio 2013 - Pres. Brusco - Rel. Del Vigo - A.S.D.M. c. Agenzia delle Entrate Dir. Prov. Genova.

IMPOSTE SUI REDDITI - Associazione sportiva - ente non commerciale - benefici fiscali - fruizione - atto costitutivo e statuto - clausole - democraticità dell'associazione - partecipazione degli associati alle scelte dell'ente - dimostrazione - necessità.

Gli enti di tipo associativo possono godere del trattamento agevolato previsto dagli artt. 148 del d.p.r. n. 917/1986 e 4 del d.p.r. n. 633/1972 a condizione, non solo dell'inserimento nei loro atti costitutivi e statuti, di tutte le clausole indicate dall'art. 5 del D.lgs. n. 460/1997, ma anche che la loro attività si svolga, in concreto, nel pieno rispetto delle prescrizioni contenute nelle clausole stesse. Pertanto, è legittimo l'accertamento emesso nei confronti di una Associazione sportiva che non sia stata in grado di ricostruire la rendicontazione delle entrate e delle uscite, che non sia stata in grado di dimostrare la sua democraticità e la partecipazione degli associati alle scelte dell'ente, nonché la regolarità delle votazioni del presidente e dei membri direttivi.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 27 febbraio 2014 - Pres. Giaccardi - Rel. Icardi - B.C. S.r.l. (Avv. Lovisolò) c. Agenzia delle Entrate Dir. Prov. Savona.

IMPOSTE SUI REDDITI - reddito di impresa costi -deducibilità - disconoscimento - inerenza - collegamento ad un componente attivo del reddito - non necessità - attività - produzione di utili - potenzialità correlazione - sufficienza.

In tema di imposte sui redditi, affinché un costo sostenuto dall'imprenditore sia fiscalmente deducibile dal reddito di impresa in quanto "inerente" non è necessario che esso sia stato sostenuto per ottenere una ben precisa e determinata componente attiva di quel reddito, ma è sufficiente che esso sia correlato in senso ampio all'impresa in quanto tale, cioè sia stato sostenuto al fine di svolgere una attività potenzialmente idonea a produrre utili (nella specie, la Commissione ha annullato l'accertamento con cui l'Ufficio aveva disconosciuto i costi sostenuti da una unità locale della società ricorrente sul solo presupposto che, in base ad una interrogazione effettuata presso l'Anagrafe Tributaria e la Camera di Commercio, tale unità locale non risultava riconducibile alla società: la Commissione ha infatti ritenuto che la ricorrente avesse comunque pienamente dimostrato la sussistenza di tali costi e la loro riconducibilità al programma imprenditoriale svolto dalla società ricorrente).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova 24 gennaio 2013 - Pres. Loffredo - Rel. Simonazzi - L.M.G. S.r.l. c. Agenzia delle Entrate Dir. Prov. Genova.

IVA - operazioni di manutenzione e riparazione navale - non imponibilità - sussiste - natura oggettiva delle operazioni - rilevanza - appalto o subappalto dei lavori - indifferenza.

Le attività di manutenzione e riparazione navali godono del regime IVA di non imponibilità in forza della natura oggettiva di tali operazioni ed a prescindere dai particolari requisiti soggettivi degli assuntori dei lavori o dagli schemi contrattuali posti in essere per la realizzazione dell'opera, e, quindi, indipendentemente dalla circostanza che tali lavori siano eseguiti direttamente dall'appaltatore od affidati ad altre imprese subcontraenti.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 26 giugno 2013 - Pres. Brusco - Rel. Graziano - I. S.p.A. c. Agenzia delle Entrate Dir. Prov. Genova.

IVA - fallimento - crediti - rimborso - modello VR - avvenuta compensazione - carichi tributari anteriori all'apertura del fallimento - inopponibilità.

Ad una società fallita che domandi, tramite la presentazione del modello VR, il rimborso di crediti IVA, l'Ufficio non può opporre l'avvenuta compensazione con crediti afferenti carichi tributari anteriori alla data del fallimento del contribuente: non è infatti configurabile quel nesso di reciprocità nei rapporti dare/avere del debitore e del creditore che deve necessariamente sussistere affinché possa legittimamente operarsi una compensazione ai sensi dell'art. 1243 c.c. e dell'art. 56 L.F.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 30 gennaio 2013 - Pres. Di Napoli - Rel. Simonazzi - P. S.r.l. (Avv. Massa) c. Agenzia delle Entrate Dir. Prov. Genova.

IVA - operazioni soggettivamente inesistenti - acquirente - conoscenza - frode - intermediario - prestanome - prova - incombenza - Ufficio - dichiarazioni dell'intermediario - assenza di struttura aziendale - rilevanza - esclusione.

Ai fini della dimostrazione dell'esistenza di operazioni soggettivamente inesistenti, attuate mediante l'interposizione di un soggetto supposto fittizio, l'Ufficio deve provare che il contribuente accertato era, quantomeno, a conoscenza delle frodi commesse dal proprio fornitore, non essendo a tal fine sufficiente il mero richiamo alle dichiarazioni rese dal soggetto supposto interposto e dal fatto che quest'ultimo fosse privo di una struttura aziendale laddove tale mancanza può essere compatibile con la natura degli incarichi assunti dall'intermediario, né potendo ascrivere al contribuente i mancati versamenti dell'IVA commessi da quest'ultimo (nel caso di specie, un autosalone incaricava un soggetto di recarsi all'estero per procurarsi veicoli che poi lo stesso autosalone avrebbe posto sul mercato; secondo l'Ufficio, ravvisata l'assenza di alcuna struttura aziendale in capo all'intermediario e riscontrate irregolarità, commesse da quest'ultimo, nel versamento dell'IVA, doveva presumersi l'esistenza di una frode coinvolgente l'autosalone e volta a procurargli indebiti crediti IVA).

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 24 luglio 2013 - Pres. e Rel. Brusco - I.M.C. S.p.A. c. Agenzia delle Entrate Dir. Prov. Genova.

IMPOSTA DI REGISTRO - procedimento ex artt. 702 bis e ss. c.p.c. - ordinanza - definitiva del procedimento - efficacia esecutiva - assoggettabilità - sussiste.

È assoggettabile ad imposta di registro anche l'ordinanza emessa ai sensi degli artt. 702 bis e ss. c.p.c. trattandosi di un provvedi-

mento conclusivo di una fase di un procedimento o di un sub procedimento avente efficacia esecutiva, da ricondurre all'art. 8, lett. b) della parte I della tariffa allegata al T.U.R..

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 23 luglio 2013 - Pres. e Rel. Brusco - E.P. S.p.A. (Avv. Di Maggio) c. Agenzia delle Entrate Dir. Prov. Genova.

IMPOSTA DI REGISTRO - processo civile - riscossione coattiva di tributi - sentenza - presupposto del tributo - inesistenza.

IMPOSTA DI REGISTRO - atto per cui non sussiste l'obbligo di registrazione - cancelliere - trasmissione all'Ufficio del registro - art. 7 d.p.r. n. 131/1986 - presupposto del tributo - inesistenza.

Non sono soggette all'imposta di registro le sentenze civili emesse in relazione alle procedure coattive di riscossione dei tributi.

Dall'art. 7 del d.p.r. n. 131/1986 (in forza del quale "per gli atti indicati nella tabella allegata al presente testo unico non vi è l'obbligo di richiedere la registrazione neanche in caso d'uso; se presentati per la registrazione, l'imposta è dovuta in misura fissa") non può farsi discendere il principio per cui l'imposta è comunque dovuta anche nel caso in cui il cancelliere abbia discrezionalmente ed erroneamente inviato all'Ufficio del registro un atto per cui non vi era alcun obbligo di registrazione.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova 6 agosto 2013 - Pres. Loffredo e Rel. Penna - O.B. (Avv. Maraini) c. Agenzia delle Entrate Dir. Prov. Genova.

IMPOSTA DI REGISTRO - sentenza - omessa sottoscrizione da parte del relatore - assoggettabilità - sussiste - diritto al rimborso - imposta versata in misura superiore all'imposta fissa - impugnazione - nullità od annullamento - passaggio in giudicato - condizione.

La sentenza che sia priva della sottoscrizione da parte del Giudice relatore deve essere comunque assoggettata a registro in forza della previsione di cui all'art. 38, comma 2, del D.p.r. n. 131/1986, restando salva la possibilità per le parti di ottenere il rimborso dell'imposta eccedente la misura fissa di 168,00 euro, tuttavia solo dopo che la sentenza oggetto di registrazione sia stata dichiarata nulla od annullata con sentenza passata in giudicato.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 18 dicembre 2013 - Pres. Cardino - Rel. Chiti - F.C. S.p.A. (Dott. Buonfantino) c. Agenzia delle Entrate Dir. Prov. Genova.

IMPOSTA DI REGISTRO - provvedimento di assegnazione - giudice dell'esecuzione - imposta in misura proporzionale - assoggettabilità - esclusione.

Non è dovuta l'imposta di registro in misura proporzionale in relazione ad un provvedimento di assegnazione emesso dal giudice dell'esecuzione, trattandosi non di provvedimento avente il contenuto di condanna al pagamento di somme, bensì di mera assegnazione disposta sulla base di un prodromico provvedimento

(decreto ingiuntivo) già assoggettato ad autonoma e specifica impostazione in base all'importo in esso liquidato.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 14 novembre 2013 - Pres. e Rel. Caputo - I.&P. S.r.l. (Dott. Picco) c. Agenzia delle Entrate Dir. Prov. Genova.

IMPOSTA DI REGISTRO - immobile - cessione - valore - rettifica - accertamento eseguito nei confronti del venditore - acquirente - successiva rivendita - prezzo superiore al valore effettivo - rilevanza nei confronti del primo venditore - esclusione.

La rettifica del valore di un immobile effettuata dall'Ufficio nei confronti della parte venditrice deve avere ad oggetto solamente il valore dichiarato nell'atto di cessione, il quale può essere rettificato sulla base dei valori OMI, così come dei valori indicati nella stampa specializzata ed in atti di compravendita di immobili similari; tuttavia, ai fini di tale rettifica è assolutamente irrilevante la circostanza che l'acquirente di tale immobile il giorno successivo a quello del suo acquisto (dal contribuente-venditore accertato) lo abbia a sua volta rivenduto ad un prezzo palesemente sproporzionato rispetto al suo valore effettivo, trattandosi di circostanza non opponibile al primo.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 13 novembre 2013 - Pres. Caputo - Rel. Chiti - B. (Dott.sa Caso) c. Agenzia delle Entrate Dir. Prov. Genova.

IMPOSTA DI REGISTRO - immobile - cessione - rettifica - disconoscimento natura pertinenziale - imposta - "complementare" - qualificazione.

La maggiore imposta di registro - ipotecaria e catastale recuperata dall'Ufficio in relazione alla cessione di un box di cui è disconosciuta la natura pertinenziale dichiarata dalle parti, deve ritenersi "complementare"; è infatti "complementare", e non "principale", la maggiore imposta richiesta dall'Ufficio nel caso in cui questo intenda disconoscere il beneficio della tassazione con aliquota ridotta determinando il tributo con l'aliquota ordinaria, trattandosi infatti di pretesa non avanzata al momento della registrazione dell'atto, o che comunque trova giustificazione in fatti o riscontri successivi; del pari, l'imposta non può definirsi "suppletiva" in quanto non rivolta ad emendare sviste od omissioni commesse in sede di registrazione.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 6 agosto 2013 - Pres. e Rel. Mignone - V.L. (Avv. Repetti) c. Agenzia del Territorio Genova.

PROCESSO TRIBUTARIO - classamento - istanza di annullamento in autotutela - diniego - impugnazione - ammissibilità.

Il diniego dell'Agenzia del Territorio, emesso in relazione alla richiesta di annullamento in autotutela del classamento attribuito dall'Ufficio ad un immobile, costituisce atto impugnabile ai sensi della lettera h) del comma 1 dell'art. 19 d.lgs. n. 546/92, essendo assimilabile ad un "diniego di agevolazione".

Sezione di Diritto penale

Sentenze e ordinanze

Tribunale di Genova, sez. VII civ., ord. 10 febbraio 2014 - Giudice Bianchi - Avv. M.B. (in proprio) c. Ministero della Giustizia (contumace).

PATROCINIO a spese dello Stato - prescrizione - eccezione da parte del debitore - necessità - prescrizione presuntiva rilevabile dal giudice - inapplicabilità - contumacia del ministero - carenza di eccezioni di prescrizione - liquidabilità della richiesta di pagamento.

(Art. 2954 e segg. c.c., art. 82 D.L. n. 115/2002)

È erroneo il decreto di liquidazione emesso ex art. 82 D.L. n. 115/2002 che ha dichiarato la non liquidabilità della richiesta di pagamento del compenso spettante al difensore ai sensi della normativa sul patrocinio legale a spese dello Stato ritenendo applicabile d'ufficio la prescrizione presuntiva ex art. 2956 c.c.

Ciò in quanto la Cassazione ha chiarito come l'estinzione per prescrizione del diritto del difensore alla liquidazione del compenso non può essere rilevata d'ufficio dal giudice ma deve essere eccepita dal debitore e come tale prescrizione presuntiva operi in relazione a procedure di pagamento del debito informali che non sono ravvisabili nel caso di liquidazione dei compensi avanzata dal difensore di soggetto ammesso al patrocinio a spese dello Stato, procedura contraddistinta da un significativo grado di formalizzazione processuale.

Ne discende che, laddove si riscontri la contumacia del ministero della giustizia con la conseguente assenza di eccezioni di prescrizione la richiesta di pagamento del difensore deve essere accolta.

Letti gli atti, scioglimento della riserva, rilevato:

- che va dichiarata la contumacia di Ministero della Giustizia, non costituitosi in giudizio malgrado la ritualità della notifica;

- che nel merito il ricorso va accolto;

- che il ricorrente allega l'erroneità del decreto di liquidazione ex art. 82 Dlvo 115/2002 reso dal Tribunale di Genova in data 15.10.2013 sotto il duplice profilo:

1. della insuscettibilità del rilievo d'ufficio della prescrizione;

2. dell'inapplicabilità della prescrizione presuntiva ex art. 2956 cc ai crediti del professionista per attività di patrocinio legale a spese dello Stato;

- che entrambe le doglianze sono fondate;

- che infatti - in relazione a quanto sub 1) - è noto che la S.C. ha espressamente statuito che "In tema di patrocinio a spese dello Stato, l'estinzione per prescrizione del diritto del difensore alla liquidazione del compenso non può essere rilevata d'ufficio dal giudice ma deve essere eccepita dal debitore." (cfr. Cassazione penale sez. IV 26/11/2008 n. 3647, relatore BRUSCO Cassazione Penale 2010, 3, 1068; idem, Cass. sez. IV penale 02/07/2008 n. 37539, CED Cass. pen. 2008, in motivazione);

- che la dichiarata contumacia del Ministero della Giustizia (leggittimato passivo nella presente controversia, cfr. Cass. SU 8516/12) in questa sede processuale implica l'assenza di qualsivoglia eccezione di prescrizione;

- che in relazione a quanto sub 2), è noto che le prescrizioni presuntive, disciplinate dall'art. 2954 c.c. e ss., si distinguono da quella ordinaria in quanto quella presuntiva non determina l'estinzione della obbligazione ma si limita a stabilire una presun-

zione iuris tantum di avvenuto pagamento del debito (cfr. Cass. civ. Sez. 2, 21 Febbraio 2005 n. 3443);

- che coerentemente a ciò, la S.C. ha già avuto modo di affermare che la prescrizione presuntiva opera soltanto in ambiti in cui è prassi che l'estinzione del debito avvenga contestualmente all'esecuzione della prestazione e senza che il debitore abbia normalmente cura di richiedere e di conservare una quietanza (si pensi ad esempio, alla somministrazione di cibi al ristorante (art. 2954 cod. civ.), al compenso delle lezioni impartite da un insegnante, al prezzo delle merci vendute al dettaglio (art. 2595 c.c.) (Cass. sez. IV penale 02/07/2008 n. 37539, CED Cass. pen. 2008);

- che in conseguenza di ciò, la S.C. ha quindi affermato che le citate modalità informali di pagamento del debito non sono ravvisabili nel caso di liquidazione dei compensi avanzata dal difensore di soggetto ammesso al patrocinio a spese dello Stato, procedura contraddistinta da un significativo grado di formalizzazione processuale (Cass. sez. IV penale 02/07/2008 n. 37539, it);

- che in modo più che perspicuo infatti, il citato arresto della S.C. afferma - in motivazione - che il credito in questione in tanto può, invero, essere riconosciuto e soddisfatta in quanto sia stata presentata, ed accolta, una richiesta di liquidazione che va rivolta ad un giudice, sicché detto particolare credito professionale presenta pertanto una specifica connotazione che è tale da sottrarlo ragionevolmente dal novero di quelli che di regola vengono soddisfatti contestualmente alla effettuazione della prestazione e che proprio per tale ragione sono assoggettati alla prescrizione presuntiva" (in termini, cfr. Cassazione penale sez. IV 26/11/2008 n. 3647, cit. e Cassazione civile sez. II 03/02/1995, n. 1304, in Giustizia Civile Massimario 1995, 282);

- che quindi in relazione al credito in parola non è invocabile la prescrizione presuntiva;

- che nel merito, letti gli atti del procedimento penale (docc. 12-17), la richiesta di liquidazione avanzata dal ricorrente appare conforme ai limiti tariffari applicabili rationes temporis e di quelli di cui al Dlvo 115/2002, risultando l'istanza quantificata nei minimi;

- che il ricorrente ha tentato infruttuosamente di escutere il proprio cliente (C.M., di cittadinanza Rumena) ex art. 117 Dlvo 115/02, come emerge dal decreto monitorio la cui notifica è avvenuta con il rito degli irreperibili (art. 143 cpc);

- che le spese seguono la soccombenza, come da dispositivo;

P.Q.M.

1) dichiara la contumacia di Ministero della Giustizia;

2) accoglie il ricorso e, in riforma del decreto ex art. 82 Dlvo 115/2002 emesso dal Tribunale di Genova in data 15.10.2013, liquida in favore del ricorrente l'importo di Euro 960,75 per spettanze professionali del giudizio penale di primo grado (RGNR 3236/05), oltre IVA e cpa;

3) condanna Ministero della Giustizia al pagamento di quanto indicato al precedente capo di questo dispositivo;

4) condanna Ministero della Giustizia alla rifusione, in favore di Avv. MB (...)

Massime

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 15 gennaio 2013 - Giudice Bossi.

ARMI - custodia - diligenza - definizione - fattispecie - custodia in mobile non chiuso a chiave - negligenza - sussistenza.

(Art. 20 comma 1 Legge 110/75)

Tra gli eventi che l'art. 20 comma 1 della Legge 110/75 mira a prevenire vi è anche quello di evitare o, comunque, ostacolare la sottrazione di armi ad opera di terzi. La locuzione "ogni diligenza", utilizzata dal legislatore nel delineare il livello di cautela a carico del possessore di un'arma, comporta che l'obbligo di diligenza richiesta sia particolarmente prudenziale, superiore a quella esigibile in relazione ad oggetti in sé meno pericolosi (nel caso di specie è stata ritenuta negligente la condotta dell'imputato che, sebbene nell'abitazione fosse presente una cassaforte, custodiva l'arma, rubata da ignoti, in un cassetto non chiuso a chiave, collocato sotto il letto e quindi facilmente accessibile, tenuto altresì conto che la porta d'ingresso veniva abitualmente chiusa senza mandate).

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 19 aprile 2013 - Giudice Bolelli.

CIRCOSTANZE del reato - circostanze attenuanti generiche - confessione - inerzia e neutralità probatoria - evidenza quadro probatorio - finalità meramente utilitaristica - inapplicabilità.

(Art. 62 bis c.p.)

Se è vero che tra gli elementi positivi che possono essere considerati per attenuare la pena inflitta rientrano la confessione spontanea del colpevole ed ogni altra situazione di manifesto ravvedimento, il Giudice può escludere la positiva valenza di tali elementi e negare l'applicazione delle attenuanti generiche quando la confessione si sostanzia nel prendere atto della ineluttabilità probatoria dell'accusa o sia volta esclusivamente all'utilitaristica attesa della riduzione della pena e la collaborazione giudiziaria o processuale sia comunque probatoriamente inerte o neutra.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 3 maggio 2013 - Giudice Cusatti.

COMPETENZA - competenza per territorio - competenza per connessione - reato associativo - reato fine - sussistenza vincolo continuazione - luogo commissione reato fine - irrilevanza - luogo commissione reato associativo - rilevanza - competenza funzionale.

(Artt. 12 lett. b) e c), 16, 51 co. 3bis e 22 co. 3 c.p.p.)

Nell'ipotesi di indagini relative a due capi d'accusa, uno ex art. 74 DPR 309/90, e l'altro ex artt. 73-80 DPR 309/90, - ove l'associazione sia finalizzata alla consumazione, tra le altre, delle medesime condotte delittuose oggetto dell'altra imputazione -, va

ravvisata una stretta connessione ab origine tra tali reati, avvinti tra loro sia dal vincolo della continuazione - per l'evidente identità del disegno criminoso ad essi sotteso -, sia da quello teleologico, posto che la consumazione del reato continuato ex artt. 73-80 DPR 309/90 risulta palesemente finalizzata, nell'ottica accusatoria, a dare esecuzione all'accordo criminoso associativo che, storicamente e logicamente, l'avrebbe preceduta.

Ne consegue che, qualora l'associazione sia localizzata a Brescia, nonostante il sequestro dei due ingenti carichi di stupefacenti (provenienti dal Sud America e diretti a società con sede nel bresciano) sia avvenuto presso la Dogana di Genova, la competenza funzionale spetta all'A.G. bresciana, ai sensi dell'art. 51 co. 3bis cpp, in ordine al delitto associativo, che attrae anche il reato fine a quello indissolubilmente avvinto dalla continuazione e dal nesso teleologico.

Ne deriva che il GIP genovese, cui venga presentata richiesta di rinvio a giudizio in ordine al solo reato di cui agli artt. 73-80 DPR 309/90, dovrà con sentenza dichiarare la propria incompetenza funzionale ai sensi degli artt. 12 lett. b) e c), 16, 51 co. 3bis e 22 co. 3 c.p.p. e ordinare la trasmissione degli atti all'ufficio del PM presso il Tribunale di Brescia, al cui giudice per l'udienza preliminare è funzionalmente devoluta la cognizione, a fronte della connessione con il delitto associativo, del reato fine continuato.

Non ostano a tale decisione né il provvedimento di separazione di procedimenti adottato dal PM genovese - che non può operare sulla competenza -, né una precedente pronuncia del Tribunale del riesame di Brescia che aveva riconosciuto viziata da incompetenza per territorio l'ordinanza cautelare emessa dal GIP bresciano. Tale ultimo provvedimento, infatti, la cui incidenza è rimasta ristretta allo status libertatis, non ha comportato il trasferimento in capo all'A.G. genovese della competenza "di merito", ma semplicemente il rinnovo dell'ordinanza cautelare nel capoluogo ligure a norma dell'art. 27 c.p.p. a seguito della trasmissione del fascicolo processuale da parte del PM lombardo, senza quindi una formale dichiarazione di incompetenza da parte del giudice bresciano riguardo al merito.

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 8 maggio 2013 - Giudice Giacalone.

CONCORSO materiale di reati - armi - arma comune da sparo - detenzione abusiva - porto abusivo - condotte disgiunte - soluzione di continuità temporale - sussistenza concorso.

(Artt. 2 e 4, L. 895/1967)

DELITTO tentato - reato di lesione - atti diretti in modo non equivoco - distanza di diverse decine di metri - presenza di ostacoli - insussistenza.

(Artt. 56 e 582 c.p.)

I reati inerenti alla detenzione e al porto in luogo pubblico di arma comune da sparo concorrono poiché attengono a condotte disgiunte, dotate ciascuna di una propria autonoma fisionomia, fra le quali è intercorsa una soluzione di continuità temporale idonea ad attribuire a ciascuna condotta la valenza offensiva dell'interesse giuridico protetto dalla norma di riferimento. La

giurisprudenza della Suprema Corte, in materia di assorbimento del delitto di detenzione di arma in quello di porto, che esclude il concorso materiale dei reati, riguarda la diversa ipotesi in cui la detenzione dell'arma inizi contestualmente al porto della medesima in luogo pubblico e sussista altresì la prova che l'arma non sia stata in precedenza detenuta (Nella specie, l'arma era già illegalmente detenuta nell'abitazione dell'imputato, condotta autonoma che integra il reato di cui all'art. 2, L. 895/1967, ed è stata in un secondo tempo portata fuori dall'abitazione così da integrare la diversa fattispecie di cui all'art. 4 legge citata).

In tema di tentativo di lesioni, nel caso in cui la visione dello stato dei luoghi mostri una distanza di diverse decine di metri tra il tiratore e la vittima e la presenza di ostacoli (alberi, lampione), elementi che non consentono di chiarire con sufficiente certezza la dinamica dello sparo e l'idoneità dell'azione a colpire la vittima, non vi sono sufficienti elementi per ritenere che l'azione sia stata idonea e univocamente rivolta a colpire la vittima e quindi ad integrare il tentativo del reato.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 27 settembre 2013 - Giudice Bolelli.

DELITTI contro il patrimonio mediante violenza - morte della vittima della rapina evento prevedibile e determinato dall'azione violenta degli imputati - accettazione del rischio - dolo eventuale - omicidio volontario - configurabilità.

(Artt. 628; 586; 575 c.p.)

Qualora l'evento morte della vittima del delitto di rapina sia prevedibile e sia stato determinato dall'azione violenta degli imputati i quali, pur non avendo l'intenzione diretta di provocarlo, abbiano accettato il rischio della verifica dello stesso e non sia quindi stata una mera conseguenza non voluta della rapina, l'imputato risponderà di omicidio volontario a titolo di dolo eventuale e non di morte o lesioni come conseguenza di altro delitto.

L'art. 586 c.p. richiede, infatti, per la sua configurabilità, che la morte sia una conseguenza non voluta, ossia non presente nella coscienza determinazione del reo, neanche a livello di evento possibile.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 19 aprile 2013 - Giudice Cusatti.

DELITTI contro il patrimonio - ricettazione - ipotesi di particolare tenuità - scarsa rilevanza economica - insufficienza.

(Art. 648, c. 2 c.p.)

Al fine di poter ritenere sussistente l'ipotesi di particolare tenuità di cui al comma 2 dell'art. 648 c.p., non è sufficiente di per sé l'irrilevanza o la scarsa rilevanza economica della cosa oggetto di ricettazione, ma occorre avere riguardo al fatto nella sua globalità storico-giuridica apprezzandone l'incidenza antigiuridica sulla base di tutti gli elementi che, a parte il valore economico dell'oggetto ricettato, entrano nella componente dell'azione delittuosa, ivi compresa la personalità dell'agente.

(Fattispecie nella quale il Giudice non ha considerato possibile ritenere di speciale tenuità una condotta caratterizzata dall'impiego di un documento falso nell'atto di imbarcarsi per l'estero, dove il relativo possessore si sarebbe garantita una sostanziale irricoscibilità).

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 6 maggio 2013 - Giudice Baldini.

DELITTI contro il patrimonio - riciclaggio - condotta - autoveicoli e motoveicoli - attività per ostacolare identificazione - falsi certificati di vendita - sussistenza.

(Art. 648 bis c.p.)

Integra il reato di riciclaggio lo spostamento in territorio estero extracomunitario, a fine di successiva vendita e/o reimmatricolazione, di un autoveicolo (o motoveicolo) di provenienza furtiva qualora l'agente ponga in essere altre attività idonee ad ostacolare l'identificazione della provenienza del bene.

(Fattispecie nella quale l'imputato era stato trovato anche in possesso di falsi certificati di vendita idonei a rendere maggiormente difficoltoso l'accertamento della loro reale provenienza).

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 8 maggio 2013 - Giudice Bossi.

DELITTI contro la famiglia - maltrattamenti in famiglia - comportamento aggressivo e violento - regime vessatorio - stato di avvilito e di sofferenza fisica e morale continuativa - quotidianità e gravità delle condotte minacciose e violente - elemento psicologico unitario - coscienza e volontà di sottoporre abitualmente i familiari a sofferenze fisiche e morali.

(Art. 572 c.p.)

DELITTI contro il patrimonio - causa di non punibilità per i fatti commessi a danno di congiunti - fattispecie escluse - soli delitti consumati - reato tentato - figura criminosa autonoma - dizione letterale della norma - interpretazione estensiva in malam partem - esclusione - applicabilità della causa di non punibilità.

(Art. 649 c.p.)

È consentito affermare la responsabilità dell'imputato in ordine al reato di cui all'art. 572 c.p. quando è provato che, a causa del comportamento aggressivo e violento, anche psicologicamente prevaricatore, proseguito costantemente per un lungo periodo, l'imputato ha imposto un regime vessatorio alla propria famiglia, idoneo a determinare uno stato di avvilito e di sofferenza fisica e morale continuativa in capo alle vittime e una condizione di vita indubbiamente tormentosa. Né può dubitarsi, in considerazione della quotidianità e della gravità delle condotte minacciose e violente, che il comportamento posto in essere dall'imputato fosse sorretto da un elemento psicologico unitario e posto in essere con la coscienza e volontà di sottoporre abitualmente i familiari a sofferenze fisiche e morali.

Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità le ipotesi criminose che, ai sensi dell'art. 649 comma 3 c.p., rimangono escluse dalla operatività della clausola di non punibilità e che quindi prevedono la punibilità anche laddove commessi nei confronti degli ascendenti e discendenti, del coniuge e dei fratelli - concorrono solamente i delitti consumati, poiché, in primo luogo, il reato tentato costituisce una figura criminosa autonoma rispetto al corrispondente reato consumato e, secondariamente, la dizione letterale della norma ("delitti preveduti dagli artt. 628, 629, e 630"), non menzionando espressamente anche il tentativo - come avviene, ad esempio, nell'art. 157, c.2 c.p. in tema di prescrizione - non può essere interpretata estensivamente in malam partem.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 3 maggio 2013 - Giudice Bossi.

DELITTI contro la fede pubblica - false dichiarazioni a un pubblico ufficiale, attestanti il proprio stato o altre qualità personali - destinazione a essere riprodotte in un atto fidefacente idoneo a documentarle - idoneità a integrare false attestazioni - sussistenza - reato di falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri - configurabilità.

(Artt. 495; 496 c.p.)

Risponde del reato di cui all'art. 495 c.p. - e non di quello di minor gravità previsto dall'art. 496 c.p. - il soggetto che renda false dichiarazioni "attestanti" (e cioè tese a garantire) il proprio stato o altre qualità personali che siano destinate ad essere riportate in un atto fidefacente (come, ad esempio un verbale di identificazione).

Integra, infatti, il reato di cui all'art. 495 c.p., la condotta di colui che, privo di documenti di identificazione, fornisca ai carabinieri, nel corso di un controllo stradale, false dichiarazioni sulla propria identità, considerato che dette dichiarazioni - in assenza di altri mezzi di identificazione - rivestono carattere di attestazioni preordinate a garantire al pubblico ufficiale le proprie qualità personali e quindi, ove false, ad integrare la falsa attestazione che costituisce l'elemento distintivo del reato di cui all'art. 495 c.p., nel testo modificato dalla legge n. 125 del 2008, rispetto all'ipotesi di reato di cui all'art. 496 c.p..

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 4 aprile 2013 - Giudice Baldini.

DELITTI contro la persona - diffamazione a mezzo stampa - determinazione della competenza per territorio - giudice del luogo in cui è avvenuta la prima diffusione dello stampato.

(Artt. 8, 9 e 595 c.p.)

La competenza per territorio, nel caso di reati commessi con il mezzo della stampa, va determinata con riferimento al luogo di prima diffusione dello stampato, di regola coincidente con quello ove avviene la stampa, nella ragionevole presunzione che, una volta uscito lo stampato dalla tipografia, si verifichi l'immediata possibilità che esso venga letto da terzi e quindi la sua diffusione, intesa in senso potenziale.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 30 luglio 2013 - Giudice Bossi.

DELITTI contro la persona - pornografia minorile - nozione di diffusione - condivisione di files - programma e-mule - prova del dolo di diffusione - consapevolezza dell'utilizzatore di un determinato programma di condivisione - presenza di un titolo esplicito del contenuto pornografico - sussistenza.

(Art. 600 ter c.p.)

La condotta ascritta all'imputato sotto il profilo oggettivo consiste nell'immissione in rete del materiale pedopornografico, rendendolo accessibile ad un numero indeterminato di persone, in conformità alla nozione di "diffusione", accreditata dalla giurisprudenza di legittimità.

Poiché la caratteristica del programma e-mule sta proprio nel consentire automaticamente la condivisione dei files che vengono scaricati da parte di un utente, la giurisprudenza ha affermato il principio che la prova del dolo di procurarsi un file illecito utilizzando un simile programma non può altrettanto automaticamente implicare la prova del dolo di diffusione dello stesso. Ha quindi richiesto l'individuazione di elementi specifici che consentano di raggiungere certezza in ordine alla consapevolezza dell'utilizzatore di un determinato programma di condivisione. La Corte di Cassazione opportunamente chiarisce che, ad esempio, la prova della consapevolezza è raggiunta quando, provata la conoscenza del contenuto illecito del file che il soggetto ha inteso acquisire, costui lo abbia completamente scaricato e abbia volontariamente inserito o lasciato il file in una cartella condivisa. In particolare, la presenza di un titolo senza alcuna ambiguità, specie se accanto ad altri di diversa natura, rende inverosimile l'inconsapevolezza della selezione per il download.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 3 maggio 2013 - Giudice Borzone.

DELITTI contro la persona - rissa - condotta.

(Art. 588 c.p.)

Ai fini della configurazione del delitto previsto e punito dall'art. 588 c.p. è necessario e sufficiente che, nella violenta contesa, siano coinvolti due gruppi contrapposti con vicendevole volontà di attentare all'altrui incolumità personale.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 17 aprile 2013 - Giudice Orsini.

DELITTI contro la pubblica amministrazione- abuso d'ufficio - elementi costitutivi - ingiusto vantaggio patrimoniale - dolo.

(Art. 323 c.p.)

L'indagine sull'esistenza dell'ingiusto vantaggio patrimoniale (richiesto dal reato previsto dall'art. 323 c.p.), quale conseguenza diretta della condotta abusiva, deve riguardare il complesso dei rapporti giuridici a carattere patrimoniale, per cui tale requisito sussiste non solo nel caso in cui l'abuso sia diretto a procurare beni materiali o altro, ma anche nell'ipotesi in cui sia volto a creare un accrescimento della situazione giuridica soggettiva a favore di colui nel cui interesse l'atto è stato posto in essere.

La prova dell'intenzionalità del dolo, richiesto dal reato di abuso d'ufficio, può dedursi da due elementi principali: l'evidente condotta abusiva dell'imputato che ha palesemente violato la legge e l'esistenza di rapporti interpersonali tra l'imputato e la persona che trae il vantaggio. Trasformato l'abuso d'ufficio da reato di pura condotta a dolo specifico in reato di evento, il dolo richiesto assume una connotazione articolata e complessa: è generico, con riferimento alla condotta (coscienza e volontà di violare norme di legge o di regolamento, ovvero di non osservare l'obbligo di astensione), assume la forma del dolo intenzionale rispetto all'evento (vantaggio patrimoniale o danno) che completa la fattispecie. Intenzionalità ovviamente non significa esclusività del fine che deve animare l'agente, ma preminenza data all'evento tipico rispetto al pur concorrente interesse pubblico, che finisce con l'assumere un rilievo secondario e, per così dire,

“derivato” o “accessorio”. La prova dell'intenzionalità non si può rivenire esclusivamente dal comportamento non iure tenuto dall'agente, ma deve trovare conferma anche in altri elementi sintomatici, che evidenzino la effettiva ratio ispiratrice del comportamento, quali la specifica competenza professionale dell'agente, l'apparato motivazionale su cui riposa il provvedimento, i rapporti personali tra l'agente ed il soggetto o i soggetti che dal provvedimento ricevono vantaggio patrimoniale o subiscono danno.

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 24 luglio 2013 - Giudice Carpanini.

DELITTI contro la pubblica amministrazione - frode nelle pubbliche forniture - inadempimento - insufficienza - artifici e raggiri - non necessità - consegna di materiale scaduto - difformità qualitativa intrinseca - sussistenza delitto.

(Art. 356 c.p.)

L'utilizzazione di reagenti con termine di validità scaduto da parte del titolare di un laboratorio di analisi che operi in regime di convenzione con gli organi del servizio sanitario nazionale, integra la condotta punita dall'art. 356 c.p. in quanto realizza una esecuzione del rapporto non conforme ai patti, con modalità tali da rendere l'inadempimento non percepibile o non agevolmente percepibile dalla controparte e ciò per giunta in un settore in cui la natura degli interessi che il servizio fornito deve garantire è tale da imporre standard qualitativi sempre molto alti, in funzione del primario obiettivo di tutela della salute dei cittadini che deve ispirare l'attività del sanitario e del laboratorio convenzionato. Ne deriva la necessità di una valutazione particolarmente rigorosa della qualità di ciò che il titolare del laboratorio era tenuto a predisporre per garantire i risultati ai quali era tenuto in base al rapporto di convenzione. Del resto la consegna di aliud pro alio si verifica non soltanto quando la cosa sia materialmente diversa per genere o specie da quella pattuita, ma anche quando presenti difformità qualitative intrinseche, tali da renderla del tutto inadatta alla funzione economico sociale del contratto, quale conosciuto e voluto dalle parti contraenti.

Quindi, il rispetto dei termini di scadenza, in considerazione della natura delle prestazioni rese e degli interessi coinvolti, era condizione essenziale e imprescindibile della idoneità del servizio fornito e, per converso, la prova dell'uso di reattivi oltre il periodo di validità indicato dalle aziende produttrici, realizzava pienamente la malafede nella esecuzione del contratto richiesta dalla disposizione incriminatrice.

Pertanto, ai fini della configurabilità del delitto di frode nelle pubbliche forniture non è sufficiente un semplice inadempimento del contratto, ma non sono neppure necessari veri e propri artifici o raggiri e quel quid pluris richiesto dalla norma incriminatrice va individuato nella malafede contrattuale, ossia nella presenza di un espediente malizioso o di un inganno, tali da far apparire l'esecuzione del contratto conforme agli obblighi assunti.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 8 maggio 2013 - Giudice Orsini.

LAVORO - somministrazione abusiva di manodopera - somministrazione di manodopera da parte di soggetto non autorizzato - illiceità - accertamento in ordine alla

mancanza di autonomia di gestione e di organizzazione in capo all'appaltatore - necessità.

(Art. 18, comma 5 bis; art. 29, comma 1, d.lgs. 276/2003)

In tema di appalto di manodopera ed interposizione nelle prestazioni di lavoro, la circostanza che l'imprenditore fornisca all'interposto capitali, macchine ed attrezzature non esaurisce ogni possibile forma di interposizione vietata, in quanto l'illecito ben può configurarsi anche in mancanza della fornitura degli anzidetti fattori di produzione. In particolare, nel caso di prestazione di servizi, fondamentale è il riferimento al requisito dell'autonomia di gestione e di organizzazione, la cui mancanza non può che collocare il negozio tra quelli vietati. La verifica deve sicuramente riguardare l'assunzione del rischio economico d'impresa in capo all'appaltatore, ma deve altresì concernere la configurazione delle organizzazioni imprenditoriali dell'appaltante e dell'appaltatore al fine di riscontrare se i lavoratori impiegati per il raggiungimento dei risultati cui si ricollega il servizio contrattualmente assunto siano effettivamente diretti dallo stesso appaltatore ed agiscano realmente alle sue dipendenze e nel di lui interesse.

Il D.lgs. 276 del 2003 non si pone in netto contrasto con il sistema previgente, caratterizzato dai principi sopra riportati, poiché non si è ispirato al principio della liceità della interposizione o intermediazione di manodopera, ma ha solo ampliato le deroghe già esistenti per adeguare la normativa alle mutate condizioni del mondo del lavoro.

La somministrazione di manodopera da parte di soggetti non autorizzati corrisponde, infatti, nei suoi elementi costitutivi, alla fattispecie già prevista dall'art. 1 della legge n. 1396 del 1960 - oggi abrogata -, per cui non si è avuta alcuna abolitio criminis, ma è stata solo ampliata l'area sottratta alla rilevanza penale dell'illecito.

Con la riforma, in altre parole, si è specificato che la somministrazione di manodopera, prima sempre illecita, ora è tale solo se compiuta da soggetto non autorizzato, ma gli elementi costitutivi del reato sono identici, giacché la somministrazione non autorizzata di cui all'art. 18 del d.lgs. 276 del 2003 corrisponde alla vecchia fornitura di prestazioni lavorative.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 26 marzo 2013 - Giudice Petri.

PROVE - mezzi di prova - ricognizioni - ricognizione di persona - riconoscimento fotografico - assenza di altre fotografie - non riconducibilità al mezzo di prova di cui all'art. 213 C.p.p. - elemento di attendibilità della deposizione - valutabilità.

(Artt. 213, 214 c.p.p.)

L'individuazione fotografica effettuata sulla base di uno stampato al quale è allegato soltanto il cartellino foto segnaletico dell'imputato, senza altre fotografie di comparazione, da parte di una persona offesa che, pur nell'immediatezza dei fatti, aveva descritto in maniera vaga e imprecisa gli autori della rapina ai suoi danni, senza alcun apporto autonomo da parte della teste oculare, non può considerarsi individuazione certa dell'imputato quale uno degli autori del reato.

La certezza della prova relativa al riconoscimento fotografico, invero, non discende dal riconoscimento come strumento probatorio, ma dall'attendibilità accordata alla deposizione di chi si dica certo dell'individuazione.

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 19 dicembre 2012 - Giudice Orsini.

REATI fallimentari - bancarotta documentale fraudolenta - elemento soggettivo - dolo generico - sussistenza.

(Art. 216, c. 1, n. 2, R.D. n. 267/1942).

Ai fini del reato di bancarotta fraudolenta documentale, la condotta di irregolare tenuta delle scritture contabili deve rivelare la volontà di celare uno stato di dissesto già presente e deve essere stata effettuata con la piena consapevolezza che ciò avrebbe reso impossibile la ricostruzione delle vicende del patrimonio della società (dolo generico).

PA.PITT.

Tribunale Penale di Genova, sez. I, 7 novembre 2013, Giudice Vignale.

SPORT - manifestazioni sportive - reati - armi e materiali esplosivi - possesso - responsabilità.

È responsabile del reato di cui all'art. 6 ter l. n. 401/89 colui che, in occasione di una partita di calcio, all'interno dello stadio ove deve svolgersi la competizione, nel corso delle operazioni di primo controllo dei tifosi dopo il superamento dei tornelli, venga trovato in possesso di fumogeni occultati all'interno degli indumenti intimi.

ST.FR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 20 febbraio 2013 - Giudice Borzone.

STUPEFACENTI - coltivazione di piante di cannabis - nozione di coltivazione - destinazione all'uso personale - irrilevanza - attenuante di cui all'art. 73 comma 5 DPR 309/90 - coltivazione domestica - compatibilità.

(Artt. 28 e 73 commi 1, 1bis e 5 DPR 309/90)

Elementi utili per valutare l'esistenza di una coltivazione vera e propria sono il numero di piante, la loro altezza, la presenza di radici, rami, foglie ed infiorescenze, la presenza di principio attivo stupefacente, la loro collocazione in una stanza adibita a serra, la presenza di impianto di riscaldamento e di ventilazione, nonché di appositi fertilizzanti.

Il tenore letterale dell'art. 73 DPR 309/90 non lascia spazio a dubbi circa l'irrilevanza della destinazione del prodotto vietando la condotta di coltivazione alla sola condizione che quanto coltivato possieda effetto drogante. Conferma ne sia che l'art. 75 medesimo decreto, tra le condotte penalmente lecite in rapporto alla destinazione, elenca unicamente la detenzione, l'acquisto, la ricezione, l'importazione e l'esportazione di sostanze stupefacenti in quanto destinate, per l'appunto, all'uso personale.

L'attività di coltivazione è compatibile con l'attenuante di cui al comma 5 dell'articolo contestato che, infatti, postula la lieve entità dei fatti, in tutte le forme di rilievo, in rapporto a più parametri, quali i mezzi, le modalità o le circostanze dell'a-

zione, ovvero la quantità e qualità delle sostanze. La circostanza è ravvisabile allorché le modalità depongono per una coltivazione domestica, sia pur attrezzata ed avviata da tempo, atteso che quella imprenditoriale richiede un numero maggiore di piante [nel caso di specie 43, n.d.a.], un luogo deputato esclusivamente alla coltivazione (in genere terreni o serre), nonché strumenti ed attrezzature che, unitamente alle risorse investite, tratteggino un'attività di tipo imprenditoriale con ritorni economici significativi.

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 15 aprile 2013 - Giudice Orsini.

STUPEFACENTI - patteggiamento - espulsione dello straniero condannato - accertamento pericolosità sociale.

(Artt. 444 e 445, c. 1, c.p.p.; art. 86 D.P.R. 309/1990)

La misura di sicurezza dell'espulsione dal territorio dello Stato a pena espia in ordine al reato di spaccio di sostanze stupefacenti dal D.P.R. n. 309, art. 86, comma 1, può essere applicata con la sentenza di patteggiamento "allargato" ai sensi dell'art. 444 c.p.p., comma 1, (novellato dalla L. n. 134 del 2003, ex art. 1) e art. 445 c.p.p., comma 1, quando la pena irrogata superi i due anni di pena detentiva sola o congiunta a pena pecuniaria; in tal caso, il giudice di merito deve effettuare, in virtù della statuizione contenuta nella sentenza n. 58 del 1995 della Corte costituzionale, l'accertamento della sussistenza in concreto della pericolosità sociale dello straniero.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 7 maggio 2013 - Giudice Giacalone.

STUPEFACENTI - produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti - detenzione finalizzata alla cessione a terzi - superamento dei limiti quantitativi - presunzione circa la finalità di spaccio - esclusione - dovere accentuato di motivazione - sussistenza.

(Art. 73 D.P.R. n. 309/1990)

Il superamento dei limiti quantitativi massimi consentiti con riferimento alla detenzione di sostanze stupefacenti non determina una presunzione circa la destinazione della droga all'uso non esclusivamente personale, ma impone soltanto al giudice un dovere accentuato di motivazione nella valutazione del parametro quantitativo.

(Nel caso di specie il giudice, a seguito della valutazione, unitamente al dato quantitativo, di altre circostanze quali il valore commerciale dello stupefacente e la mancata prova in ordine allo svolgimento di un'attività lavorativa, aveva ritenuto provata, oltre ogni ragionevole dubbio, la detenzione finalizzata - quantomeno in parte - alla cessione a terzi).

S.LIG.