

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.)

Collaborano**Sezione di diritto civile:**

Alessio Abbene (AL.AB.), Roberta Anania (R.A.), Marco Baghino (M.BAG.), Francesca Bagnasco (F.BGN.), Francesca Bartolini (F.BART.), Alexander Beecroft (A.BEE.), Massimo Benoit Torseno (M.B.T.), Elisa Benvenuto (EL.BNV.), Silvio Bertieri (SB), Enrico Bet, Marzio Bini (MA.BN.), Antonio Bisignani, Tiziana Blengino (T.BLE.), Nicola Boggiano (NIC.BO.), Costanza Bracciforti (C.BC.), Elisa Brigandi (EL.BR.), Cesare Bruzzone (C.BRU.), 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.), Annamaria De Luca (A.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 Gu-

glielminetti, 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.), Ottavia Raschi (O.R.), Andrea Rava (A.RAV.), Federico Repetti (F.RPT.), Francesca Ricca (FR.RIC.), Francesca Ricco, Mario Riccomagno, Enrico Righetti, Raffaella Romoli (R.RO.), Guia Rovegno (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 Toriello, Serena Torri (S.T.), Andrea Trucchi, Elisabetta Varni (E.VAR.), Jenny Verduci (J.V.), Valeria Vignolo (V.VGN.), Giacomo Viotti, Andrea Vistosi (A.VST.), Fabio 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.), Luca Leonardi (L.L.), 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 Piccardò (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

Sezione di diritto civile

Sentenze e Ordinanze

- Tribunale di Genova, sez. lav., 8 novembre 2013 **3**
Con nota di Antonio Fontana
L'azione di regresso dell'Inail: a chi compete la legittimazione passiva? **4**
- Tribunale di Genova, sez. IV, 21 febbraio 2014 **4**
- Corte d'Appello di Genova, sez. I, 12 febbraio 2014 **6**
Con nota di Stefano Dominelli
L'incidenza della giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia nell'ordinamento interno e internazionale in materia di immunità statale per la commissione di crimina iuris gentium **7**
- Tribunale di Genova, sez. lav., 10 dicembre 2013 **14**

Massime **17**

Documenti

- *Inaugurazione dell'anno giudiziario del Consiglio Nazionale Forense*
Guido Alpa **30**
- *La pubblicità dei servizi legali. Linee di un'analisi comparata*
Andrea Fusaro **39**
- *Il riconoscimento degli effetti delle adozioni straniere in Italia alla prova della giurisprudenza CEDU: il caso dei single*
Chiara Enrica Tuo **48**
- *La definizione del compenso. Norme di legge e nuovo Codice deontologico*
Alessandro Barca **52**

- *Brevi cenni sui sistemi alternativi di composizione dei conflitti: l'arbitrato e la conciliazione*
Carlo Alberto Calcagno **57**

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Sentenze e Ordinanze

- Tar Liguria, 20 febbraio 2014
- Consiglio di Stato, 6 marzo 2014
- Consiglio di Stato, 7 aprile 2014 **62**
- Con nota di Lara Trucco
Annullamento del commissariamento della Provincia di Genova... tanto rumore per nulla? **64**

Massime **67**

Sezione di diritto tributario

Massime **69**

Sezione di diritto penale

Sentenze e Ordinanze

- Tribunale di Genova, 13 febbraio 2013 **73**
- Tribunale di Genova, 9 novembre 2012 **74**

Massime **76**

L'Ordine degli Avvocati di Genova ringrazia



BANCA PASSADORE & C.

BANCA PRIVATA INDIPENDENTE FONDATA NEL 1888

Sezione di diritto civile

Sentenze e Ordinanze

Tribunale di Genova, sez. lav., 8 novembre 2013, n. 1214 - Est. Magnanensi - Inail c. S.

ASSICURAZIONE (contratto di) - assicurazione contro gli infortuni sul lavoro - azione di regresso dell'Inail a norma degli artt. 10 e 11 del t.u. approvato con dpr 30 giugno 1965 n. 1124 - legittimazione passiva - compete solo al datore di lavoro dell'infortunato.

La normativa speciale in tema di regresso, ora contenuta negli artt. 10 e 11 del T.U. approvato con DPR 30 giugno 1965 n. 1124, è applicabile nella sola ipotesi di reato perseguibile d'ufficio commesso dal datore di lavoro o dai suoi dipendenti del cui fatto debba rispondere secondo il Codice civile, e non anche nel caso di danno cagionato da terzi estranei al rapporto di lavoro; contro questi ultimi l'Inail potrà esperire, come ogni altro assicuratore, l'azione di surrogazione prevista dal diritto comune (art. 1916 c.c.). (1)

A.FONT.

(... Omissis...)

Diritto

L'Inail ha convenuto in giudizio Antonio Secci, Luigi Paolo Grassi e Giuseppe Del Piano, allegando che:

il giorno 19 marzo 2001 Persico Armando, dipendente di Sama s.n.c. subiva un grave infortunio, durante l'allestimento e posa in opera delle condotte fognarie all'interno di un cantiere sito in Magenta;

i lavori erano stati appaltati dal Comune di Magenta alla Bartoni s.r.l.; quest'ultima aveva, a sua volta, subappaltato l'allestimento della rete fognaria alla Sama s.n.c. e gli scavi per la collocazione di tale rete alla Edispe s.a.s.;

l'infortunio si era verificato per la frana della parete di uno scavo all'interno del quale si era calato il lavoratore, con il proposito di rimuovere le rimanenze di terra e pulire il pozzetto d'acqua;

la parete non era stata adeguatamente puntellata e non erano state fatte le opportune verifiche a seguito delle modifiche apportate dalle imprese subappaltatrici al piano per la sicurezza e coordinamento redatto dall'ing. Grassi;

l'infortunio si è verificato in conseguenza di condotte omissive e / o commissive realizzate in cooperazione colposa dai convenuti con violazione della normativa antinfortunistica e delle disposizioni stabilite nei piani operativi per la sicurezza;

In seguito all'infortunio il Persico ha riportato gravi lesioni, ricevendo le conseguenti prestazioni previdenziali da parte dell'Inail per una somma complessiva di 204.910,70 euro;

per i fatti in questione si è svolto un procedimento penale dinanzi al Tribunale di Milano, procedimento che si è concluso, in primo grado, con sentenza di condanna a carico del Grassi e con patteggiamento per il Secci; il Del Piano è stato giudicato separatamente, ma l'Istituto non ha avuto notizia dell'esito;

In base al disposto degli artt. 10 e 11 del DPR . 1124 / 65 l'Inail è automaticamente creditore delle somme erogate sul presupposto dell'accertata responsabilità penale del soggetto condannato;

la responsabilità derivante dalla cooperazione colposa dei convenuti, coobbligati dalla legge alla progettazione e realizzazione delle misure di sicurezza nel cantiere, discende dalla violazione degli artt. 2087 cod. civ., 4, 5, e 7 DLgs. 626 / 94, 12 e 13 DPR 164 / 56.

Ha chiesto, pertanto, a questo Tribunale di accertare la respon-

sabilità dei convenuti per il fatto-reato dell'infortunio e di condannarli, in via alternativa e /o solidale a rimborsare all'Inail la suindicata somma, oltre interessi e rivalutazione.

Si è costituito in giudizio l'ing. Grassi Paolo, chiedendo la reiezione del ricorso e formulando diverse eccezioni preliminari, tra cui quella relativa alla propria carenza di legittimazione passiva in ordine alla domanda di regresso dell'Istituto, e, in via subordinata, quella d'incompetenza per territorio del Tribunale di Genova. I convenuti Secci e Del Piano, nonostante la regolare notifica del ricorso, sono rimasti contumaci. In accoglimento delle eccezioni preliminari, si è rilevato che le domande formulate dall'Inail nei confronti del Grassi (libero professionista incaricato dal Comune committente di redigere il piano per la sicurezza, nonché di seguire e coordinare i lavori) e di Del Piano (legale rappresentante dell'altra subappaltatrice, Edispe s.a.s.) non potevano qualificarsi come di regresso - azione esperibile soltanto nei confronti del datore di lavoro e dei suoi preposti - ma, piuttosto, come domande di surroga nei diritti dell'assicurato, in quanto tali estranee al novero delle cause previdenziali e, dunque, assoggettate alle regole ordinarie in materia di competenza per territorio. Pertanto, in relazione alla domanda proposta contro Grassi è stata dichiarata l'incompetenza per territorio in favore del Tribunale di Milano (ex artt. 18 e 20 cod.proc. civ.) mentre gli atti concernenti la domanda proposta contro Del Piano sono stati rimessi al Presidente del Tribunale, stante la competenza *ratione materiae* del giudice ordinario.

Il giudizio è quindi proseguito nei confronti del solo Secci, legale rappresentante della Sama s.n.c., datrice di lavoro. L'istruttoria è consistita nell'acquisizione di atti del procedimento penale (... Omissis...).

La domanda formulata dall'Inail deve trovare accoglimento per le ragioni che seguono. La dinamica dell'infortunio, non in contestazione, è ricostruibile, anche sulla base degli atti del relativo procedimento penale prodotti in questo giudizio, come segue. Il giorno 19 marzo 2001 il Persico, dipendente Sama, stava lavorando all'interno di un cantiere per la costruzione di una sottovia veicolare e ciclabile sottostante la linea ferroviaria Torino-Milano. Nell'ambito di tale lavorazione era stato realizzato uno scavo cosiddetto "di trincea", a pareti verticali, della profondità di oltre due metri; il Persico è sceso all'interno per rimuovere residui di terra e, mentre si apprestava a risalire, è stato travolto dalla frana di una delle pareti, riportando lesioni consistite in "frattura branca ileo ed ischio pubica bilaterale, rottura della vescica, rottura completa uretra membranosa, ematoma pelvico".

Secondo gli accertamenti compiuti in sede penale il distacco di un'ingente quantità di materiale terroso si è verificata poiché, nonostante lo scavo fosse a pareti verticali, le stesse non erano state adeguatamente consolidate con le opportune armature di sostegno o, comunque, con idonei puntelli, ciò in violazione della normativa antinfortunistica di settore. È, allora, in rapporto a tale violazione che occorre vagliare le eventuali responsabilità del Secci, in qualità di legale rappresentante della datrice di lavoro dell'infortunato, unica posizione rimasta nel presente giudizio.

In primo luogo, si deve rilevare che il Secci, in data 27 aprile 2006, ha chiesto e ottenuto l'applicazione della pena ex art. 444 cod.proc.pen., in relazione alla seguente imputazione: "in relazione agli artt. 4, 7, secondo comma, lett. a), 21 e 22 DLgs. 626 /94; 1, terzo comma, DLgs. 494 / 96, 13 DPR 164 / 56, per non

aver provveduto a consolidare preventivamente, con le necessarie misure di sostegno lo scavo...sul quale stava lavorando Persico Armando...omettendo pertanto di dare attuazione alle disposizioni contenute nel piano di sicurezza e coordinamento redatto ai sensi dell'art. 12 DLgs. 494/96 dal committente e sottoposto a successive revisioni nonché nel POS (redatto ai sensi dell'art. 2 DLgs. 494/96 in coordinamento con le società Bartoni s.r.l. ed Edispe s.a.s., e sottoscritto congiuntamente da tutte e tre le società) con riferimento alla necessità di consolidare ed armare il terreno con cassetture prefabbricate in ghisa denominate 'moduli tipo blindo'...oppure con cassetture tradizionali... per non aver, quindi, provveduto a cooperare con i datori di lavoro delle società coesecutrici dei lavori di scavo all'attuazione delle misure di prevenzione e protezione dai rischi sul lavoro incidenti sull'attività lavorativa oggetto dell'appalto..., per non aver adeguatamente e sufficientemente formato ed informato il lavoratore sui rischi specifici in relazione alle proprie mansioni ed al posto di lavoro”.

Per giurisprudenza di legittimità uniforme, “la sentenza penale di applicazione della pena ex artt. 444 cod.proc.pen. costituisce indiscutibile elemento di prova per il giudice di merito il quale, ove intenda disconoscere tale efficacia probatoria, ha il dovere di spiegare le ragioni per cui l'imputato avrebbe ammesso una sua insussistente responsabilità, ed il giudice penale abbia prestato fede a tale ammissione; detto riconoscimento, pertanto, pur non essendo oggetto di statuizione assistita dall'efficacia del giudicato, ben può essere utilizzato come prova nel corrispondente giudizio di responsabilità in sede civile “ (v., *ex multis*, Cass. 5 maggio 2005 n. 9358).

A ciò aggiungasi che la documentazione in atti conferma la responsabilità del Secci nella causazione dell'infortunio da cui origina la domanda di regresso dell'Inail. (*Omissis*).

Alla luce di tali considerazioni Secci Antonio, in qualità di legale rappresentante della Sama s.n.c., dev'essere ritenuto responsabile dell'infortunio occorso al proprio dipendente Persico Armando in data 19 marzo 2001. Il diritto dell'Inail di agire in regresso sussiste pacificamente nel caso di specie, stante il combinato disposto degli artt. 10 e 11 DPR. n. 1124/65. (...*Omissis*...).

(1) L'azione di regresso dell'Inail: a chi compete la legittimazione passiva?

Questa sentenza è una prova di come ancor oggi, fra i nostri giudici, trovi seguito, nell'ambito delle azioni genericamente dette di rivalsa attribuite all'Inail, la distinzione fra quella di regresso e quella di surroga, così com'è stata enunciata, nella sua forma più compiuta, da Cass. S.U. 6 maggio 1952 n. 1267 (in *Riv.inf.mal.prof.*, 1952, II, 109). Nello stesso senso si può ricordare, fra le decisioni più recenti della Suprema Corte, la n. 10649 del 26 giugno 2012, in *Banche dati Fori it.*, 1987-2012).

Non mancano però i segni d'insofferenza. Non mi riferisco solo alla pronunzia, anch'essa a Sezioni Unite, n. 3288 del 16 aprile 1997 (pubblicata dalle maggiori Riviste; vedila, ad es., in *Resp.civ.prev.*, 1997, pp. 362 ss., con Nota fieramente critica di Marando), che ha operato una vera e propria inversione di rotta nella giurisprudenza, ma anche alla dottrina. In un articolo (*Azione di regresso, 'fascicoli di ponti' e debito di sicurezza*, in *Riv.inf.mal.prof.*, 2011, I, pp. 739 ss.), in cui si coglie, forte e chiara, la voce del pratico, l'Arcidiacono ha ben messo in luce tutti gli inconvenienti cui si va incontro quando si è costretti a trattare, con riti diversi, e quindi davanti a diversi giudici, e magari anche in località diverse, questioni che, derivando da un unico e medesimo fatto, l'infortunio, si chiariscono a vicenda. Passando alle opere di carattere storico-sistematico, va ricordato, quantomeno, l'ultimo volume di Giubboni (in collaborazione con A.Rossi),

Infortuni sul lavoro e risarcimento del danno, (Milano, 2012, specialmente cap. IV, pp. 193 ss.) ov'è documentata l'opera con cui la Magistratura ha progressivamente ampliato le possibilità di ricorso al regresso, restringendo, d'altrettanto, lo spazio lasciato alla surroga. Né mancano indagini su punti più specifici, che denunciano le difficoltà derivanti dalla presenza, nello stesso cantiere, di lavoratori dipendenti da imprese diverse, come, per addurre un solo esempio, nel caso del “distacco”, di cui si è occupato De Matteis (*Obbligo assicurativo e contributivo, obbligazione di sicurezza ed azione di regresso dell'Inail, con particolare riferimento ai rapporti trilaterali*, in *Riv.inf.mal.prof.*, 2010, II, pp.118 ss.) E la rassegna potrebbe continuare a lungo.

Il problema di fondo, com'è intuitivo, sta tutto in un regolamento di confini. Di esso ho avuto occasione, alcuni anni or sono, di occuparmi anch'io, in una relazione presentata al Seminario degli Avvocati dell'Inail (Roma, 16 novembre 2010, pubblicata quindi, col titolo *Azione di regresso. Aspetti e problematiche attuali*, in *Riv.inf.mal.prof.*, 2011, I, 411 ss.). Da ciò l'interesse con cui seguo gli sviluppi del dibattito che, in proposito, si arricchisce continuamente di nuovi contributi, senza escludere ch'esso possa indurmi a rivedere le posizioni “conservatrici” assunte allora. Ma una eventuale “autocritica” avrebbe bisogno di spazi e tempi ben maggiori di quelli consentiti ad una breve nota. Per il momento, dunque, mi limito a quella che il lettore benevolo vorrà considerare come una sorta di premessa metodologica. Non so fino a che punto sia utile disquisire sulla figura del datore di lavoro, chiedendosi a chi tale qualifica possa essere attribuita, sulla base del diritto vigente, e a chi no, e se essa sia cambiata, ed in quale misura, rispetto a quella cui si riferivano le Sezioni Unite, sia nel 1952, sia nel 1997. Personalmente, preferirei un'impostazione più empirica. Sia l'azione di regresso sia quella di surroga sono date all'Inail per consentirgli di recuperare le somme che ha erogato nell'esercizio della sua funzione di ente pubblico, salvaguardando così, per quanto possibile, l'equilibrio del proprio bilancio. Se questo è esatto, la legge in prima battuta, e poi i giudici che sono chiamati ad applicarla, dovrebbero “privilegiare” - come oggi suol dirsi - quella, fra le due, che tale obiettivo gli permette di raggiungere nel modo più rapido ed economico.

Antonio Fontana

Tribunale di Genova, sez. IV civ., 21 febbraio 2014 - Giudice Unico Cresta - B. S.r.l. (Avv. Bassoli) c. Comune di B. (Avv. Vecchione).

DATI INFORMATICI - trattamento - esercizio di impresa su suolo demaniale - richiesta della P.A. di accedere ai dati di clienti e fornitori dell'impresa - legittimità - esclusione - indizione di nuova gara per il rinnovo concessioni - motivazione insufficiente - inibitoria ex art. 700 c.p.c. - sussistono i presupposti.

(Artt. 18 e 19 e ss. d.lgs. 196/2003)

La richiesta formulata dalla P.A. nei confronti di un'impresa esercente la propria attività su fondi demaniali per effetto di concessione, ancorché scaduta, di trasmettere un “elenco contenente tutti i contratti sottoscritti tra l'impresa ed i propri clienti ed in corso di validità, nonché dei contratti sottoscritti tra l'impresa ed i propri fornitori” deve reputarsi illegittima anche qualora la stessa sia giustificata dall'esigenza di indire nuova gara pubblica per il rinnovo delle predette concessioni.

Non sussiste alcun evidente motivo per cui la predetta richiesta sia

strumentale alla predisposizione di una nuova gara ad evidenza pubblica, anche atteso che l'indagine coinvolgerebbe dati sensibili di soggetti terzi.

A.VST.

(... Omissis...)

Ritenuta, in via preliminare, l'ammissibilità dell'invocata tutela ex art 700 c.p.c. al fine di ottenere l'accertamento dell'illegittimità del trattamento richiesto dal Comune di Bardonecchia alla società Bokki s.r.l., in forza del Codice in materia di protezione dei dati personali, con conseguente richiesta di inibitoria;

- ritenuta, per altro verso, l'inammissibilità del richiesto accertamento della titolarità dei dati in capo alla medesima società Bokki s.r.l., gestore del Campeggio;

- ritenuto infatti, conformemente alla prevalente giurisprudenza sul punto, che sia *"inammissibile il ricorso cautelare ex art. 700 c.p.c. preordinato ad ottenere una pronuncia interinale di mero accertamento, se, nel caso concreto, il provvedimento richiesto sia inidoneo ad evitare alla parte un pregiudizio imminente ed l'imparabili"* (v. Trib Roma 2.12,2009);

- ritenuto infatti che, dai tenore letterale dell'art. 700 c.p.c., non siano rinvenibili limiti in materia di domande di accertamento, cosicché appare possibile assicurare, temporaneamente ed in via interinale, l'accertamento, seppure nei confini strutturali della cautela e previa verifica dell'imminenza ed irreparabilità del pregiudizio nella fattispecie concreta, rimuovendo lo stato di incertezza pregiudizievole che si manifesta nella situazione di colui che, nel timore di compiere un atto illegittimo, si preclude la possibilità di gestire efficacemente i propri interessi sostanziali; che infatti se in sede cautelare non è possibile ottenere la certezza del giudicato di merito, peraltro, anche la pronuncia dichiarativa con funzione cautelare ritrova la propria utilità tutte le volte in cui il provvedimento d'urgenza serve ad eliminare una situazione giuridica d'incertezza, foriera di un pregiudizio imminente ed irreparabile (cfr. Tribunale di Bari, sezione terza, ordinanza del 9.11.2012);

- ritenuta pertanto l'ammissibilità della tutela cautelare, nell'ipotesi in cui l'azione di mero accertamento venga proposta unitamente ad una domanda accessoria di condanna, mentre, ove l'interesse perseguito con l'esercizio dell'azione di accertamento sia esclusivamente la certezza circa l'esistenza di un diritto, lo stesso non possa trovare tutela attraverso un provvedimento d'urgenza, caratterizzato per sua natura dalla sommarietà della cognizione e, quindi, dall'impossibilità di costituire fonte di certezza;

- che ciò viene in rilievo ove la richiesta di mero accertamento sia inidonea ad evitare un pregiudizio imminente ed irreparabile, mentre è possibile per il giudice intervenire con provvedimenti finalizzati ad impedire che la tutela ottenibile con la sentenza dichiarativa sia frustrata, nelle more del giudizio, ove vengano richiesti provvedimenti cautelati a carattere inibitorio e con funzione preventiva, diretti a impedire il protrarsi di situazioni e comportamenti che paiono lesivi del diritto, che saranno poi oggetto di accertamento, ma la cui esistenza è valutata in termini di probabilità;

- che pertanto inammissibile risulta la richiesta della ricorrente di mero accertamento, formulata al punto sub 4 delle conclusioni indicate in ricorso, in quanto volta ad ottenere la dichiarazione di titolarità, in capo ad essa esponente, dei dati personali oggetto di causa, domanda formulata in assenza di alcuna allegazione di pregiudizio imminente ed irreparabile;

- ritenuto, passando ad esaminare il merito della causa sotto il profilo del *fumus*, che correttamente parte resistente individuò i dati oggetto della reiterata richiesta formulata dal Comune di Bardonecchia alla ricorrente Bokki s.r.l. di *"trasmissione di un elenco contenente tutti i contratti sottoscritti ed in corso di validità dalla società Bokki s.r.l. con campeggiatori e/o gestori commerciali, ovvero la trasmissione degli atti medesimi"* quali dati personali e non sensibili secondo la definizione di cui alla legge sulla privacy;

- che infatti, dalla definizione ricavabile dall'art. 4 D. Lgs.vo 196/2003, sono dati personali *"qualunque informazione relativa a persona fisica, identificata o identificabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale"* mentre sono dati sensibili *"I dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati; associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché I dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale"*;

- che pertanto il trattamento dei dati richiesti dall'ente locale alla società Bokki s.r.l. trova la propria disciplina nell'art. 18 e, in particolare, nella previsione che *"Qualunque trattamento di (dati personali da parte di soggetti pubblici è consentito soltanto per lo svolgimento delle funzioni istituzionali"*, tenuto conto che il successivo art 19, al comma 1, prevede che *"Il trattamento da parte di un soggetto pubblico riguardante dati diversi da quelli sensibili e giudiziari è consentito, fermo restando quanto previsto dall'articolo 18, comma 2, anche in mancanza di una norma di legge o di regolamento che lo preveda espressamente"*;

- che, al contrario, alcun rilievo nel caso in esame assume l'art. 16 intitolato *"Cessazione del trattamento"* e che stabilisce, per la parte che qui interessa: *"1. In caso di cessazione, per qualsiasi causa, di un trattamento i dati sono: ... b) ceduti ad altro titolare, purché destinati ad un trattamento in termini compatibili agli scopi per i quali i dati sono raccolti..."*;

- che infatti la richiesta formulata dal Comune non avviene in ipotesi di previa cessazione del trattamento da parte della Bokki e, inoltre, non interviene a favore del subentrante nell'attività svolta dal precedente titolare, essendo pacifico fra le parti che il Comune abbia svolto detta richiesta al fine di predisporre una gara ad evidenza pubblica per la gestione del campeggio, già concesso in precedenza alla società ricorrente, e quindi in fase decisamente precedente l'avvio di analoga attività da parte di terzi, non ancora individuati; che, se è pur vero che il codice sulla privacy riconosce al soggetto pubblico la facoltà di compiere il trattamento di dati personali, ciò subordina allo svolgimento delle funzioni istituzionali dell'ente stesso (v. art 18);

- che nel caso in esame la richiesta formulata dal Comune, ed oggetto di richiesta di tutela d'urgenza, risulta, nella presente fase cautelare, ultronea rispetto all'esigenza —istituzionale — rappresentata dalla necessità di predisporre la gara ad evidenza pubblica per la gestione dei terreni comunali, già concessi in precedenza alla Bokki s.r.l.;

- che pertanto sussistono sufficienti elementi, sotto il profilo del *fumus boni iuris*, per ritenere illegittima la richiesta formulata dall'ente locale alla ricorrente Bokki s.r.l. di *"trasmissione di un elenco contenente tutti i contratti sottoscritti ed in corso di validità dalla società Bokki con campeggiatori e/o gestori commerciali, ovvero la trasmissione degli atti medesimi"*, in quanto dati, come detto, non necessari per fini istituzionali, non avendo, comunque, neppure la parte istante, precisato le motivazioni per cui tali informazioni sarebbero necessarie per le proprie finalità istituzionali;

- che infatti non è dato comprendere per quale motivo, ai fini della predisposizione della gara, occorra conoscere quali e quanti contratti vi siano in corso di validità fra la ricorrente e terzi;
- che sotto il profilo del *periculum* sussiste il rischio di un pregiudizio imminente ed irreparabile, In attesa della decisione sul merito, avendo il Comune prospettato il ricorso alla forza pubblica al fine di ottenere la trasmissione dei dati richiesti;
- che, pertanto, in accoglimento parziale delle domande svolte dalla società Bokki s.r.l., ritenuta l'illegittimità del trattamento richiesto dalla resistente, va inibito alla predetta di reiterare o comunque perseverare in detta Istanza;
- che, in conseguenza di detto accoglimento, vanno rigettate tutte le domande svolte in via riconvenzionale dalla resistente;
- che va pure rigettata l'istanza formulata ex art 614 bis c.p.c, dalla ricorrente, in mancanza dei presupposti richiesti (previa condanna per violazione degli obblighi di non fare);
- che in considerazione della complessità della questione trattata e del solo parziale accoglimento delle domande del ricorrente vanno integralmente compensate le spese di lite

P.Q.M.

letti gli artt. 669 ter, 669 sexies, 669 octies e 700 c.p.c. In accoglimento parziale del ricorso, *contrariis reiectis*, accerta, nella presente fase cautelare, l'illegittimità del trattamento conseguente all'adempimento alla richiesta formulata dal Comune di Bardonecchia alla società Bokki s.r.l, oggetto del presente procedimento, e, per l'effetto, inibisce al Comune di Bardonecchia di reiterare o comunque perseverare in detta richiesta.
(... *Omissis*...)

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 12 febbraio 2014, n. 233 - Pres. Bonavia - Rel. Silva - B.R. (Avv.ti Pini e Mastroianni) c. Presidenza del Consiglio dei Ministri e c. Repubblica Federale di Germania (Avv.ti Accolti e Dossena).

GIURISDIZIONE civile - stato straniero (giurisdizione sullo) - crimini contro l'umanità - immunità - sussistenza.

Alla luce dei principi di diritto internazionale in materia di immunità degli Stati esteri ricostruiti dalla Corte internazionale di giustizia, non sussiste la giurisdizione italiana in relazione alle domande risarcitorie promosse nei confronti della Repubblica federale di Germania con riguardo ad atti "iure imperii" integranti crimini contro l'umanità commessi dal Reich tedesco durante la seconda guerra mondiale. (1)

S.D.

(... *Omissis*...)

Ragioni in fatto e di diritto della decisione.

B.R. e P.L. hanno convenuto in giudizio la Repubblica Federale di Germania esponendo:

- che esse erano le eredi di Valentino P., deceduto il 25/7/2000;
- che durante l'ultimo conflitto mondiale il loro congiunto era stato fatto prigioniero da forze militari tedesche e deportato in Germania per essere rinchiuso nel campo di concentramento di Jena, dall'ottobre 1943 al novembre 1943, dove era stato costretto a lavorare gratuitamente per l'azienda Carl Zeiss, e sottoposto a turni massacranti, senza alcuna tutela sanitaria e di altro tipo;

- che la Corte di Cassazione, con la sentenza n.5044 del 11/2/2004, aveva statuito che tali condotte, a suo tempo tenute dalla Germania nazista, costituivano crimini di guerra e violazioni del diritto internazionale e che lo Stato responsabile di esse non poteva invocare l'immunità della giurisdizione;

- che la stessa Germania aveva riconosciuto la gravità dei crimini commessi dal Terzo Reich e, con la L.12/8/2000, aveva creato il programma tedesco dell'indennizzo ove si prevedeva per le vittime delle deportazioni e i loro eredi un indennizzo; chiedevano che il Tribunale, accertata la responsabilità civile e penale della Repubblica di Germania, la condannasse a risarcire i danni subiti dal loro dante causa.

Si costituiva la Repubblica di Germania eccependo:

- che la genericità delle allegazioni attoree, che non precisavano né dove fosse avvenuta la cattura né se Valentino fosse un civile o un militare, impedivano di appurare quale fosse il Giudice territorialmente competente;
- che la pronuncia della Corte di Cassazione invocata dalle attrici era stata seguita da diverse pronunce emesse da altri Corti Europee, che avevano statuito come le condotte che configuravano crimini di guerra non potevano essere sanzionate civilmente, vigendo nel diritto internazionale il principio dell'immunità dalla giurisdizione civile degli stati che se ne erano resi responsabili;
- che inoltre l'Italia, a nome suo e dei cittadini italiani, con il trattato di pace sottoscritto il 10/2/1947 (art.77, c.4), aveva rinunciato a qualsiasi pretesa risarcitoria verso la Germania per i fatti accaduti in tempo di guerra; sempre l'Italia aveva sottoscritto il 2/6/1961 il Trattato di Bonn, dove aveva ribadito l'impegno assunto con il predetto trattato, cosicché la domanda attrice risultava improponibile e/o inammissibile;
- che comunque il credito azionato in causa doveva ritenersi prescritto;
- che la domanda avversaria era nulla perché formulata in termini eccessivamente generici.

Chiedeva di essere autorizzata a chiamare in causa la Repubblica Italiana per essere eventualmente manlevata e concludeva chiedendo che il Tribunale dichiarasse il proprio difetto di giurisdizione o l'improcedibilità/inammissibilità delle domande attrici o, in subordine, le respingesse in quanto prescritte. E non provate.

Autorizzata la chiamata, si costituiva la Repubblica Italiana, in persona della presidenza del Consiglio dei Ministri, la quale sosteneva l'inapplicabilità dell'accordo italo-tedesco del 1947, osservando che la rinuncia in esso contenuta si riferiva solo alle controversie pendenti, cosicché la domanda di manleva proposta nei suoi confronti era inammissibile e comunque infondata.

Nel merito richiamava le difese già esposte dalla Repubblica Tedesca circa l'infondatezza delle domande attrici e la prescrizione dei crediti azionati in causa.

Il Tribunale, decidendo la causa con la sentenza oggi impugnata, respingeva le eccezioni di difetto di giurisdizione e d'incompetenza, ma accoglieva l'eccezione di prescrizione dichiarando compensate tra le parti e spese del giudizio.

Contro la sentenza hanno interposto appello le eredi del Valentino sostenendo che erroneamente il Tribunale aveva dichiarato prescritte le proprie pretese poiché esse discendevano da crimini di guerra ed erano dunque imprescrittibili. Insistevano perché la Corte d'Appello riformasse la sentenza accogliendo le loro domande.

Si costituiva la Repubblica Federale di Germania la quale,

sosteneva la fondatezza dell'eccezione di prescrizione recepita dal Tribunale e impugnava a sua volta la sentenza in via incidentale riproponendo la questione del difetto di giurisdizione e le altre difese svolte in primo grado. In subordine insisteva perché, qualora fosse riconosciuta una qualche sua responsabilità, fosse accolta la sua domanda di manleva.

Il Governo Italiano si costituiva chiedendo la conferma della sentenza impugnata.

All'udienza del 18/9/2013 le parti precisavano le conclusioni e in data 10/1/2013 la causa era trattenuta in decisione. Esaminati gli atti della causa e le difese rispettivamente svolte, questa Corte

Osserva

Nelle more del presente giudizio, in data 3 febbraio 2012, nella controversie tra Repubblica Federale di Germania e Italia in merito all'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile, la Corte Internazionale di Giustizia ha deliberato a favore della ricorrente (ICJ, Case Concerning Jurisdictional Immunities of the State, Federal Republic of Germany v. Italian Republic).

La Germania si era infatti rivolta alla CIG in seguito al moltiplicarsi delle istanze rivolte ai giudici italiani da parte delle vittime dei crimini di guerra commessi dalle truppe della Wehrmacht in Italia, tra il 1943 e il 1945, o dei loro eredi, chiedendo alla nuova Repubblica Federale il risarcimento dei danni subiti.

Il fenomeno (a partire dal 2004 circa 250 richiedenti si sono rivolti al giudice italiano, davanti a 24 tribunali regionali e due corti di Appello) era conseguente alla pronuncia della Corte di Cassazione, Sez. Unite, che nella causa Ferrini c. Repubblica Federale di Germania (Cass. S.U., sent. 11 marzo 2004 n. 5044) aveva stabilito, adottando un orientamento innovativo rispetto al passato, che la Germania non aveva diritto all'immunità dalla giurisdizione italiana, neppure in caso di controversie concernenti atti commessi *jure imperii*, quali quelli commessi dalle proprie forze armate sul territorio italiano.

Tale principio è stato ribadito dalla Cassazione in decisioni successive: cfr., tra le altre, le 13 ordinanze del 29 maggio 2008 (Cass. S.U., ord. 14200-1412); la sentenza sulla strage nazista di Civitella della Chiana (Sez. 1° pen., 13 gennaio 2009, n. 1072), quella che concedeva in Italia l'*exequatur* di una sentenza greca relativa ai massacri di civili nel villaggio di Distomo (S.U., sent. 29 maggio 2008, n. 14199).

Per quanto criticato dalla dottrina internazionalistica, l'orientamento della Cassazione voleva rappresentare il tentativo, da parte del nostro supremo organo giurisdizionale, di innovare, in materia, il diritto internazionale consuetudinario, adeguandolo alla tragica 'novità' dei crimini di guerra retaggio del secolo XX, non solo sotto il profilo della punizione dei colpevoli ma anche sotto quello, non meno importante, delle riparazioni dovute alle vittime. Si trattava - come è stato giustamente rilevato - di trovare un nuovo bilanciamento tra il principio di sovranità, da un lato, e il rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo, dall'altro.

La sentenza della Corte ha ricondotto il diritto internazionale alle posizioni di partenza, confermando l'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile di un altro Stato per gli atti commessi *jure imperii*, anche se si tratta di atrocità di portata tale che sembrerebbe doverli sottrarre a quell'immunità 'sovrana'.

Il disagio provocato da una decisione di questo tenore è denunciato dalla stessa dissenting opinion di uno dei giudici

della Corte (cfr. sen. Cit. dissenting opinion of judge Yusuf). Secondo la CIG, in particolare, l'Italia avrebbe rinunciato a far valere in qualsiasi sede le proprie pretese e quelle dei suoi cittadini nei confronti della Germania con il Trattato di Pace del 1947, rinuncia precedente all'entrata in vigore nel 1961 della European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes, su cui si fonderebbe la giurisdizione del giudice italiano.

Va pertanto dichiarato il difetto di giurisdizione dell'AGO. Il contrasto giurisprudenziale sopra menzionato costituisce motivo di compensazione tra le aperti delle spese della lite.

P.Q.M.

la Corte d'Appello, sez. I civ, definitivamente pronunciando sull'appello proposto contro la sentenza del Tribunale di La Spezia n. 1077 del 16-10-2008, disattesa ogni contraria istanza, eccezione o deduzione, dichiara il difetto di giurisdizione dell'AGO.

(...*Omissis*...)

(1) L'incidenza della giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia nell'ordinamento interno e internazionale in materia di immunità statale per la commissione di *crimina iuris gentium*: posizioni attuali e prospettive future.

Sommario: 1. *Introduzione: le questioni affrontate dalla Corte d'Appello di Genova.* - 2. *Il campo di applicazione oggettivo dei principi e delle regole di diritto internazionale consuetudinario in materia di immunità statale alle soglie del nuovo millennio.* - 3. *I tentativi della Cassazione di limitare ulteriormente il campo di applicazione oggettivo delle regole sull'immunità degli Stati esteri e le rilevazioni del diritto consuetudinario vigente da parte della Corte internazionale di giustizia.* - 4. *Immunità e diritti fondamentali: posizioni attuali e prospettive future.*

1. Introduzione: le questioni affrontate dalla Corte d'Appello di Genova.

I fatti alla base della sentenza della Corte d'Appello di Genova in commento sono noti: le attrici in primo grado citavano in giudizio nati il Tribunale di La Spezia la Repubblica federale di Germania, per sentirla condannare al risarcimento dei danni subiti durante la seconda guerra mondiale dal parente cui erano succedute. Nel giudizio di primo grado, la Repubblica federale di Germania si costituiva eccependo: i) l'incompetenza del giudice italiano in forza dei principi e delle regole di diritto internazionale consuetudinario in materia di immunità statale; ii) il difetto di giurisdizione del giudice italiano stante la rinuncia della Repubblica italiana, in nome proprio ed in nome dei propri cittadini, ad ogni pretesa nei confronti della Repubblica federale di Germania per ogni azione connessa ai crimini di guerra; iii) l'intervenuta prescrizione della domande attoree; chiedendo altresì iv) l'autorizzazione alla chiamata in causa della Repubblica italiana.

Il Tribunale di primo grado, autorizzata la chiamata del terzo, non accoglieva l'eccezione di incompetenza, accogliendo tuttavia l'eccezione di intervenuta prescrizione del diritto azionato in giudizio. La sentenza è stata così impugnata nati la Corte d'Appello di Genova in via principale dalle attrici, che hanno contestato la prescrizione delle azioni di risarcimento del danno subito in occasione di violazioni di norme del diritto umanitario, ed in via incidentale dalla Re-

pubblica federale di Germania, che ha riproposto, tra le altre, la questione del difetto di giurisdizione.

2. Il campo di applicazione oggettivo dei principi e delle regole di diritto internazionale consuetudinario in materia di immunità statale alle soglie del nuovo millennio. Le questioni trattate dalla Corte d'Appello di Genova attingono alla determinazione del campo di applicazione oggettivo dei principi e delle regole di diritto internazionale consuetudinario in materia di immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione nazionale (1). In passato, la necessità di assicurare il rispetto della sovranità statale, e, dunque, il rispetto del principio fondamentale nella comunità internazionale del *par in parem non habet iudicium* (2), nonché considerazioni pratiche in materia di esecuzione di decisioni nazionali nei confronti di Stati stranieri (3), avevano portato all'affermazione della regola dell'immunità assoluta: qualunque condotta degli Stati stranieri non poteva che essere giudicata dagli organi di quello Stato. In una "comunità di pari", era inopportuno sindacare atti e condotte di altri enti sovrani (4). Per lungo tempo gli Stati si sono così riconosciuti l'un l'altro un'immunità assoluta, nel senso che non si rinvenivano limiti al campo di applicazione oggettivo della regola in discussione, con la conseguenza che la mera qualità di Stato estero in capo al soggetto convenuto determinava l'applicabilità delle regole di diritto internazionale in materia di immunità (5).

Con il tempo, tuttavia, le corti di alcuni Stati hanno iniziato ad erodere il campo di applicazione oggettivo delle regole sull'immunità: le obbligazioni contrattuali assunte dagli Stati stranieri nei confronti di soggetti privati, prima considerate debiti d'onore non giustiziabili dalle corti straniere (6), sono state progressivamente sottratte all'operatività delle regole in materia di immunità in considerazione dell'assenza di un esercizio di poteri autoritativi da parte dello Stato straniero. Sulla base di tale assunto, alcune corti italiane (7) e belga, negando che le obbligazioni contrattuali costituissero l'esteronazione di poteri di imperio degli Stati stranieri, hanno elaborato la cd. teoria dell'immunità ristretta, negando che l'immunità potesse essere riconosciuta per gli atti *iure privatorum*. Tale ultima teoria, generalmente accettata da quasi (8) tutti gli Stati (9), ha indotto alcuni ordinamenti ad elaborare specifiche normative volte a chiarire a livello legislativo i casi in cui agli Stati esteri non può essere riconosciuta l'immunità (10). Di contro, altri Stati, ed in particolare quelli di *civil law* e continentali, tra i quali si ricordano l'Italia (11), l'Austria (12), la Grecia (13), la Russia (14) e la Germania (15), pur rifacendosi alla medesima regola consuetudinaria dell'immunità ristretta, non hanno provveduto ad offrire una precisa elencazione dei cd. atti *iure privatorum*. Ad oggi sembra dunque incontestata l'idea che il giudice adito, qualificata (16) la fattispecie come *acta iure imperii*, sia obbligato a dichiararsi incompetente, salva eventuale accettazione (17) della giurisdizione da parte dello Stato straniero, ovvero, anche a mente la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in quelle ipotesi in cui non venga garantita una tutela per equivalenti (18). Ai fini di tale ultimo giudizio, gli Stati stranieri devono rispettare il nucleo più ristretto ed essenziale del diritto di difesa (19), prevedendo, sostanzialmente, un apparato giurisdizionale indipendente in grado di esercitare le sue funzioni con imparzialità (20). Un giudizio, cauto (21), in realtà, che legittima una compressione non assoluta del diritto di difesa dell'individuo (22).

In precisa applicazione delle regole concernenti l'immunità

dalla giurisdizione degli Stati esteri, la Cassazione, nel caso *Cermis*, ha affermato che « [...] in ordine alla natura dell'attività per cui è controversia non può valere il dato costituito dalla potenziale incidenza negativa dell'addestramento militare sul diritto alla vita, all'incolumità fisica e sulla salute degli individui. [...] Inoltre [...] ai fini dell'applicazione della regola dell'immunità ristretta, rileva esclusivamente la natura oggettiva dell'attività, del rapporto e della funzione dello Stato estero dedotta in giudizio, ossia l'essere stata posta in essere nell'esercizio ed in attuazione di poteri sovrani, e non assumono valore alcuno i suoi effetti ed i soggetti che ne sono destinatari [...]» (23).

3. I tentativi della Cassazione di limitare ulteriormente il campo di applicazione oggettivo delle regole sull'immunità degli Stati esteri e le rilevazioni del diritto consuetudinario vigente da parte della Corte internazionale di giustizia.

Fermi i principi fino ad ora richiamati, la Cassazione, nel momento in cui è stata chiamata a pronunciarsi sulla sussistenza o meno della giurisdizione italiana rispetto alle domande di risarcimento dei danni subiti dai deportati di guerra durante il periodo del nazionalsocialismo tedesco, si è espressa in senso difforme. In primo luogo, la Cassazione ha in passato ritenuto opportuno distinguere le condotte attribuibili agli Stati stranieri lesive dei diritti fondamentali dell'individuo, da condotte, sempre attribuibili ad uno Stato straniero, caratterizzate da una particolare gravità (24) lesiva di interessi e valori fondamentali per l'intera comunità internazionale. Sulla scorta di tali considerazioni, la Cassazione italiana ha escluso l'immunità per condotte qualificabili come crimini contro l'umanità, quale, appunto, la deportazione dei civili e la loro sottoposizione a lavori forzati non strettamente connessi alle necessità dell'occupazione (25).

La Cassazione, nel caso *Ferrini*, ha affermato che la natura di *jus cogens* delle norme poste a tutela di valori fondamentali della comunità internazionale imponesse il superamento della regola dell'immunità (26). Tale conclusione sarebbe confermata dell'esistenza del diritto in capo agli Stati di reprimere tali crimini secondo le regole della giurisdizione universale (27), valide anche per i procedimenti civili connessi alle azioni di risarcimento del danno.

In sostanza, la Cassazione ha cercato di superare la tradizionale dicotomia *acta iure imperii / acta iure privatorum* giustificando il proprio assunto sulla base: i) delle tendenze rilevabili in alcuni trattati internazionali ed in alcune legislazioni nazionali di limitare l'applicabilità delle regole sull'immunità in ipotesi di gravi violazioni dei diritti umani; e ii) al tendenziale superamento della regola dell'immunità funzionale nel caso di commissione di crimini contro l'umanità (28).

Le Repubblica federale di Germania ha tuttavia contestato tale indirizzo giurisprudenziale, anche seguito dalle Corti della Grecia, deferendo la questione alla Corte internazionale di giustizia, competente ai sensi della Convenzione europea del 29 aprile 1957 per il regolamento pacifico delle controversie (29). La Corte internazionale di giustizia, nel suo caso *Germania c. Italia* (30), a fronte di un'analisi coordinata di diritto internazionale e diritto comparato, con riferimento all'esclusione dell'immunità per gravi violazioni dei diritti fondamentali, ha negato l'esistenza di una nuova norma consuetudinaria in grado di derogare al principio dell'immunità per gli atti *iure imperii*: molte disposizioni di diritto internazionale e diritto pubblico degli Stati che prevedono una "tort exception" non trovano infatti applicazione per le azioni militari o di guerra

(31). La prassi italiana e greca è risultata pertanto insufficiente a sostenere l'esistenza di una nuova consuetudine internazionale in grado di limitare ulteriormente il campo di applicazione oggettivo delle regole di diritto internazionale sull'immunità degli Stati stranieri (32).

La Corte internazionale di giustizia, pur entrando nell'analisi di una possibile evoluzione del diritto internazionale alla luce della prassi statale, per escluderla, ha altresì notato che la gravità della condotta dedotta in giudizio non può essere un argomento valido in linea di principio (33) ad escludere il privilegio dell'immunità, posto che, una valutazione della gravità della condotta implica l'esercizio di attività valutative nei confronti dello Stato straniero; attività valutative che possono essere espletate unicamente dopo aver escluso la sussistenza dell'immunità (34).

Anche con riferimento al rapporto tra immunità e norme di *jus cogens* la Corte internazionale di giustizia ha sconfessato la giurisprudenza italiana: i principi e le regole concernenti l'immunità degli Stati stranieri, in quanto norme procedurali la cui limitata funzione è quella di determinare la sussistenza della giurisdizione del giudice adito, e non di limitare la responsabilità degli Stati stranieri (35), non possono essere in contrasto con norme di *jus cogens*, diverse per natura e grado.

4. Immunità e diritti fondamentali: posizioni attuali e prospettive future.

La soluzione accolta dalla Corte internazionale di giustizia, criticata da parte della dottrina (36), ma comprensibile alla luce del diritto internazionale e alla luce dell'importanza che nell'ordinamento internazionale assume il principio della sovranità statale, che permea, modella e determina la struttura stessa della comunità internazionale, ha informato le successive evoluzioni normative e giurisprudenziali italiane. In un primo momento, nelle more del procedimento nanti la Corte internazionale di giustizia, è stata sospesa l'efficacia dei titoli esecutivi in odio a Stati stranieri in pendenza dell'accertamento da parte della Corte internazionale di giustizia dell'esistenza dell'immunità statale (37); successivamente, è stata introdotta l'impugnazione per revocazione di sentenze dei giudici italiani in ipotesi in cui la Corte internazionale di giustizia escluda l'assoggettamento di specifiche condotte di altro Stato dalla giurisdizione italiana (38).

Pertanto, la sentenza della Corte internazionale di giustizia ha imposto un primo significativo adeguamento dell'ordinamento italiano nella parte in cui, per sopperire alla mancanza di strumenti nel processo civile idonei a rimettere in discussione le sentenze della Cassazione in materia di giurisdizione, ha indotto il legislatore ad estendere il novero dei motivi di revocazione (39), con un conseguente indebolimento del principio della cosa giudicata e della certezza del diritto in quelle fattispecie nelle quali la Cassazione ha confermato la sussistenza della giurisdizione italiana (40).

Inoltre, sempre con riferimento all'incidenza nell'ordinamento interno, la sentenza della Corte internazionale di giustizia ha imposto un *revirement* della giurisprudenza della Cassazione (41), seguita nel caso di specie dalla Corte d'Appello di Genova, come da altre corti italiane (42).

Sul piano internazionale, l'incidenza della sentenza della Corte internazionale di giustizia si traduce in una maggiore difficoltà per le corti di contribuire all'evoluzione del diritto internazionale consuetudinario in materia di immunità nel senso prospettato dalla Cassazione nel caso *Ferrini*. Nel prossimo futuro, come testimonia anche la soluzione adottata dalla Corte d'Appello di Genova, non saranno più le

corti nazionali a promuovere un'ulteriore limitazione del campo di applicazione dei principi e delle regole sull'immunità degli Stati stranieri, ma dovranno essere gli organi politici a contribuire a tale sviluppo tramite la stipulazione di trattati internazionali che, salvo successiva evoluzione in norme generali, non potranno essere opposti a Stati che non hanno firmato e ratificato detti trattati (43).

Altri tasselli contribuiscono a completare il mosaico delle regole in vigore in materia di immunità applicate dalla Corte d'Appello di Genova; deve infatti ricordarsi come la Corte europea dei diritti dell'uomo, recentemente, si sia pronunciata nel senso di confermare tanto l'immunità degli Stati stranieri in presenza di atti di tortura compiuti da ufficiali stranieri nel loro territorio di appartenenza (44), quanto nel senso di riconoscere l'immunità per le azioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, pur in difetto di effettivi ricorsi giurisdizionali in seno all'organizzazione internazionale (45). Questo, lungi dal dire che le posizioni attuali delle supreme corti in materia di immunità siano andate esenti da critiche.

Da un lato, come accennato, parte della dottrina (46) critica l'approccio della Corte internazionale di giustizia nei passaggi in cui ritiene che regole di natura formalmente processuale non possano incidere negativamente sull'esercizio di diritti sostanziali; dall'altro, alcune corti, pur avendo evidenziato il "disagio" che segue all'implementazione a livello nazionale del precetto della Corte internazionale di giustizia, si sono adeguate alle regole consuetudinarie in vigore in materia di immunità statale (47). E la sentenza della Corte d'Appello di Genova si inserisce in questo solco giurisprudenziale: pur dichiarando il difetto di giurisdizione del giudice italiano nel caso trattato, il collegio sottolinea in positivo il tentativo della Cassazione di innovare il diritto internazionale, richiamando altresì le opinioni dissenzienti dei giudici della Corte internazionale di giustizia per enfatizzare i potenziali abusi della prerogativa all'immunità (48). Altra giurisprudenza, invece, nel tentativo di non dare applicazione al precetto della Corte internazionale di giustizia, e nell'impossibilità di asserire l'evoluzione del diritto internazionale in materia di immunità degli Stati terzi sostenuta dalla Cassazione nel caso *Ferrini*, con riferimento al diritto di difesa ha sollevato questione di legittimità costituzionale i) della norma prodotta nel nostro ordinamento mediante il recepimento, ai sensi dell'art. 10 primo comma Cost., della consuetudine internazionale accertata dalla Corte internazionale di giustizia; ii) dell'art. 1 della legge 848 del 17 agosto 1957, nella parte in cui recependo l'art. 94 dello Statuto dell'Onu, obbliga il giudice nazionale ad adeguarsi alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia; iii) dell'art. 1 della legge 5/2013 nella parte in cui obbliga il giudice nazionale ad adeguarsi alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia anche quando essa ha stabilito l'obbligo del giudice italiano di negare la propria giurisdizione nella cognizione della causa civile di risarcimento del danno per crimini contro l'umanità commessi *iure imperii* dal Terzo Reich nel territorio italiano (49).

Se le posizioni attuali, ben espresse dalla sentenza della Corte d'Appello di Genova, sono chiare, deve notarsi come le prospettive future che potrebbero seguire ad altre posizioni giurisprudenziali risultano incerte. È pur vero che la Corte costituzionale si è già espressa con riferimento al limite cui devono soggiacere tanto le norme internazionali generali, quanto le norme internazionali pattizie recepite nell'ordinamento italiano. È nota la giurisprudenza *Russel* della Corte

costituzionale (50), confermata anche dalla Cassazione (51), ai sensi della quale una consuetudine internazionale, cui l'ordinamento italiano si adatta automaticamente in virtù dell'art. 10 della Costituzione, soggiace al vaglio del rispetto dei (soli) principi fondamentali della Carta, e solo se dette norme generali si sono venute a formare successivamente all'entrata in vigore della Carta stessa (52). Di contro, i trattati internazionali recepiti nell'ordinamento interno, e che nel caso di specie obbligano l'Italia ad adeguarsi al precetto normativo della Corte internazionale di giustizia, soggiacciono ad un diverso limite: le norme pattizie recepite per il tramite di una legge ordinaria, non prevedendo l'art. 117 Cost. un adattamento automatico del diritto interno al diritto internazionale pattizio, pur essendo norme interposte nel giudizio di costituzionalità, non potranno porsi in contrasto con nessuna previsione di rango costituzionale (53).

Il cambio di prospettiva del tema delle immunità fatto proprio dalla corte fiorentina postula il superamento della regola stabilita nel caso *Russel*, nonché presuppone l'incomprimibilità del diritto di difesa da parte di norme di origine internazionale (54), quando, di converso, tale comprimibilità è stata avallata anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, proprio in punto immunità. Vero è che nel suo giudizio, la Corte costituzionale non potrà non tenere in considerazione le tendenze delle corti supreme, dell'Aja e di Strasburgo, le cui decisioni sembrano essere sintomatiche di una patologica cautela nella definizione delle questioni concernenti l'immunità degli Stati stranieri e delle organizzazioni internazionali. Inoltre, come notato da attenta dottrina (55), anche qualora la Consulta decidesse di statuire sulle questioni di legittimità sollevate, queste difficilmente potranno essere condivise dai giudici della Corte costituzionale, posto che, in sostanza, ripropongono - pur assumendo un piano d'indagine diverso - le motivazioni che avevano indotto la Cassazione nel caso *Ferrini* - e, in particolare, la compressione del diritto difesa - a non riconoscere l'immunità alla Repubblica federale di Germania. In sostanza, la corte territoriale sembra chiedere alla Consulta un riesame della sentenza della Corte internazionale di giustizia (56), un riesame che non solo aprirebbe ad un significativo contrasto tra le due corti, già evitato dalla Cassazione, che non ha tardato ad adeguarsi al precetto della Corte dell'Aja, ma che, in una prospettiva più generale, avrebbe conseguenze sui rapporti dell'Italia con tutti gli Stati della comunità internazionale. Infatti, se si ammettesse l'esercizio della giurisdizione italiana, in virtù delle teorie sulla giurisdizione universale si avrebbe nel nostro paese una concentrazione di cause volte ad ottenere, almeno, l'esecuzione forzata di sentenze di condanna di Stati stranieri sui beni di quest'ultimo presenti sul territorio italiano, ove ricorrano i (diversi) presupposti per non riconoscere neanche l'immunità dalla giurisdizione esecutiva.

In questo senso, e per concludere, la sentenza della Corte d'Appello di Genova, che pur evidenziando i disagi connessi al precetto della Corte internazionale di giustizia ha riconosciuto l'immunità allo Stato straniero, deve essere condivisa ed in un certo senso preferita, in quanto coerente con il diritto internazionale vigente ed idonea a tradursi, nei fatti, in un richiamo ai competenti organi dello Stato a continuare sul piano della politica internazionale quel percorso di evoluzione dei principi e delle regole in materia di immunità già - infruttuosamente - intrapreso dalla Corte di cassazione.

Stefano Dominelli
Dottore di ricerca

Note:

(1) In generale, per uno studio sul tema delle immunità statali, v. nella vasta dottrina Akande, Shah, *Immunities of State Officials, International Crimes, and Domestic Courts*, in *European Journal of International Law*, 2011, p. 815; Baker, *Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates*, in *European Journal of International Law*, 2010, p. 173; Bankas, *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, New York, 2005; Baratta, *L'esercizio della giurisdizione civile sullo Stato straniero autore di un crimine di guerra*, in *Giustizia civile*, 2004, p. 1200; Bartsch, Elberling, *Jus Cogens vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the Kalogeropoulou et. al. v. Greece and Germany Decision*, in *German Law Journal*, 2003, p. 477; Berlingieri, *La Convenzione delle Nazioni Unite sull'immunità giurisdizionale degli Stati e delle loro proprietà*, in *Il diritto marittimo*, 2006, p. 1351; Bouchez, *The Nature and Scope of State Immunity from Jurisdiction and Execution*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 1979, p. 3; Caplan, *State Immunity, Human Rights and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory*, in *The American Journal of International Law*, 2003, p. 741; Carthy, *The Commercial Activity Exception. Justice Demands Congress Define a Line in the Shifting Sands of Sovereign Immunity*, in *Marquette Law Review*, 1994, p. 893; Dickinson, Lindsay, Loonam, *State Immunity. Selected Materials and Commentary*, Oxford, 2004; Dominelli, *Immunità statale e questioni processuali: quando l'esercizio del diritto di difesa equivale ad una tacita accettazione della giurisdizione italiana*, in *Il diritto marittimo*, 2013, p. 147; Fox, Webb, *The Law of State Immunity*, Oxford, 2013; Frulli, *Immunità e crimini internazionali. L'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospettati di gravi crimini internazionali*, Torino, 2007; Handl, *Staatenimmunität und Kriegsfolgen am Beispiel des Falles Distomo*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2006, p. 433; Lauterpacht, *The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States*, in *British Yearbook of International Law*, 1951, p. 224; Luzzatto, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano, 1972; Luzzatto, Queirolo, *Sovranità territoriale, "Jurisdiction" e regole di immunità*, in Carbone, Luzzatto, Santa Maria (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2011, p. 235; Paech, *Staatenimmunität und Kriegsverbrechen*, in *Archiv des Völkerrechts*, 2009, p. 36; Quadri, *La giurisdizione sugli Stati stranieri*, Milano, 1941; Queirolo, *Immunità degli Stati e crisi del debito sovrano*, in Adinolfi, Vellano (a cura di), *La crisi del debito sovrano degli Stati dell'area euro*, Torino, 2013, p. 151; Queirolo, Dominelli, *Statutory certificates e immunità funzionale del registro italiano navale*, in *Il diritto marittimo*, 2013, p. 152; Ronzitti, Venturini (a cura di), *Le immunità giurisdizionali degli Stati e degli altri enti internazionali*, Padova, 2008.

(2) Tale relazione tra Stati che, da un lato, individua un diritto in capo allo Stato convenuto a non essere giudicato e, dall'altro, l'obbligo del giudice adito di astenersi dall'esercizio della funzione giurisdizionale, viene solitamente riassunta con il brocardo latino *superiorem non recognoscentes*. Sul punto in dottrina v. Queirolo, Dominelli, *Statutory certificates e immunità funzionale del registro italiano navale*, cit., p. 156; Bordoni, *Bonds argentini, immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile e stato di necessità: orientamenti giurisprudenziali a confronto*, in *Comunicazioni e studi*, 2007, p. 156 e Sinagra, Bargiacchi, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Milano, 2009, p. 379.

(3) In questi termini v. Fox, Webb, *The Law of State Immunity*, cit., p. 31.

(4) Si possono in questo senso ricordare le parole di Brett LJ in Court of Appeal, *Le Parlement Belge* (1880) 5 P.D. 197, 214, nella parte in cui si legge: «*The principle to be deducted from all these cases is that, as a consequence of the absolute independence of every sovereign authority, and of international comity which induces every sovereign state to respect the independence and dignity of every other sovereign state, each and every one declines to exercise by means of its Courts any of its territorial jurisdiction [...]*». Nello stesso senso, sempre nella giurisprudenza di common law, v. House of Lords, *Mighell c. Sultan of Johore* [1894] 1 Q.B. 149 e U.S. Supreme Court, *The Schooner Exchange c. McFaddon & others*, 11 U.S. (1812) 116.

(5) Per l'affermazione della regola dell'immunità assoluta, negli Stati Uniti d'America, oltre a *The Schooner Exchange*, cit., si veda anche U.S Supreme Court, *Mohamed Ali Samantar c. Bashe Abdi Yousuf et al.*, 130 S. Ct. 2278). In Gran Bretagna, v. Court of Appeals, *The Porto Alexandre*, [1920] 30 e House of Lords, *Compania Naviera Vascongada c. Steamship Cristina*, [1938] 1 All ER 719. Nello stesso senso si veda anche Supreme Court, *Matsuyama and Sano c. The Republic of China* (1928), in 41 LR 1927-28, 168.

(6) V. nella giurisprudenza inglese, Court of Appeals, *Twycross c. Dreyfus*, (1877) 5 Ch.D. 605, che qualifica i *bond* emessi dagli Stati stranieri sul mercato secondario quali semplici debiti di onore non direttamente giustiziabili.

(7) Corte d'Appello Lucca, 1987 resa nel caso *Bey di Tunisi*, in *Foro italiano*, 1887, I, 474, in cui la corte ebbe modo di chiarire che le obbligazioni emesse dal Bey di Tunisi, essendo paragonabili a cambiali atte a far fronte ad ammanchi di cassa, erano atti di mera gestione amministrativa.

(8) Fanno eccezione la Russia, recentemente condannata dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo per aver violato l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nell'applicazione della teoria dell'immunità assoluta (*Oleynikov c. Russia*, Ricorso N 36703/04, sentenza 14 marzo 2013). Sempre in favore della teoria dell'immunità assoluta, v. anche di recente Hong Kong Court of Final Appeal 8 June 2011, *Democratic Republic of the Congo and other c. FG Hemisphere Associates LLC*.

(9) Con riferimento ai sistemi di *common law*, il dipartimento di Stato statunitense fece propria la teoria dell'immunità ristretta con la c.d. "Tate letter" del 19 maggio 1952 indirizzata all'*Acting Attorney General*, adottata in via legislativa con il Federal State Immunity Act del 1976. Di contro, il Regno Unito ha fatto fermo riferimento alla teoria dell'immunità assoluta fino a tempi relativamente recenti; è stato soltanto dopo l'adozione dello State Immunity Act (SIA) del 1978 che i giudici inglesi hanno fatto applicazione del principio sull'immunità ristretta.

(10) Negli Stati Uniti d'America si veda il Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, Pub. L. 94-583, 90 Stat. 2891, 28 U.S.C. Sec. 1330, 1332(a), 1391(f) and 1601-1611.

(11) Cfr. Art. 10 Cost.

(12) V. Art. 9 Grundgesetz (GG) nella parte in cui si legge come «[d]ie allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechtes gelten als Bestandteile des Bundesrechtes».

(13) V. art. 28 Cost. Greca: «[t]he generally recognised rules of international law, as well as international conventions as of the time they are sanctioned by statute and become operative according to their respective conditions, shall be an integral part of domestic Greek law and shall prevail over any contrary provision of the law. The rules of international law and of international conventions shall be applicable to aliens only under the condition of reciprocity».

(14) V. art. 15 della Costituzione della Federazione Russia dove al §4 si legge: «[t]he universally-recognized norms of international law and international treaties and agreements of the Russian Federation shall be a component part of its legal system. If an international treaty or agreement of the Russian Federation fixes other rules than those envisaged by law, the rules of the international agreement shall be applied».

(15) V. Art. 25 GG secondo il quale «[d]ie allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes».

(16) Nella seconda metà del secolo scorso la Corte costituzionale tedesca affermava, partendo dalla premessa dall'insufficienza di criteri convergenti a livello internazionale, che la natura pubblica o privata dovesse essere valutata alla luce delle norme interne del giudice adito (*Bundesverfassungsgericht* (1963), *Empire of Iran Case*, in 45 ILR p. 57). *Contra*, nel senso di deferire all'ordinamento straniero la qualificazione della condotta v. nella giurisprudenza del Re-

gno Unito, High Court, Family Division; CA, Civil Division, 1998, *ReP* (No 2), in 114 ILR. 485.

(17) Per riferimenti dottrinali e giurisprudenziali sul punto, sia consentito il rinvio a Dominelli, *Immunità statale e questioni processuali: quando l'esercizio del diritto di difesa equivale ad una tacita accettazione della giurisdizione italiana*, cit., p. 147 ss.

(18) La giurisprudenza nazionale, nel valutare una possibile violazione del diritto di difesa in relazione alle eccezioni concernenti l'immunità, è stata testimone di indirizzi antipodici. In un primo momento, e con particolare riferimento alle immunità invocate dalle organizzazioni internazionali, la Corte di cassazione (Cass. Civ. s.u., 27 maggio 1955, *Maida c. Amministrazione per gli aiuti internazionali*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1956, 546) non applicava le regole sull'immunità sulla base della considerazione che, diversamente, il singolo non avrebbe avuto a disposizione un rimedio giurisdizionale alternativo che potesse funzionare in concreto. All'esito di un giudizio di bilanciamento, la regola sull'immunità dalla giurisdizione cedeva il passo all'esigenza di garantire al singolo l'accesso al giudice naturale precostituito dalla legge italiana. In un secondo momento, la Cassazione - con riferimento all'immunità delle organizzazioni internazionali, non perfettamente assimilabile a quella statale - ha successivamente seguito un'impostazione profondamente diversa arrivando ad affermare che dall'art. 24 Cost. non fosse desumibile l'esistenza di principio che subordini l'operatività delle regole sull'immunità dalla giurisdizione all'esistenza, nell'ordinamento competente, di procedure per la soluzione delle controversie (Cass. Civ. s.u., 4 giugno 1986, n. 3732, *Sindacato UIL - Scuola di Bari c. Istituto di Bari del Centro internazionale di alti studi agronomici mediterranei*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1987, 182; Cass. Civ. s.u., 4 giugno 1986, n. 3733, *Paradiso c. Istituto di Bari del Centro internazionale di alti studi agronomici mediterranei*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1987, 190, e, ancor più chiaramente, Cass. Civ. s.u., 3 febbraio 1986, n. 667, *Galasso c. Istituto italo-latinoamericano*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1986, 890, nella parte in cui si legge come: «[...] non sussiste la denunciata violazione dell'art. 24 Cost.. La censura, per quanto non esplicitamente illustrata nel motivo di ricorso, si richiama alla tesi sostenuta in dottrina secondo la quale il principio costituzionale sulla tutela giurisdizionale sarebbe suscettibile di applicazione anche ai rapporti creati nell'ambito di ordinamenti giuridici interni delle organizzazioni internazionali, con la conseguenza che l'immunità giurisdizionale dovrebbe essere riconosciuta solo a condizione che, all'interno di tali ordinamenti, esistano procedure di risoluzione delle controversie che garantiscano un minimo livelli di tutela processuale. Tale tesi, tuttavia, non può essere condivisa [...]»). La giurisprudenza si è successivamente assestata su una posizione di compromesso, ammettendo l'eventualità di una possibile violazione dell'art. 24 Cost. - con conseguente obbligo per il giudice interno di dichiarare la propria competenza - nel caso in cui non esistano mezzi adeguati alla soluzione delle controversie in altro ordinamento giuridico (Cass. Civ. s.u., 18 maggio 1992, n. 5942, *F.A.O. c. Colagrossi*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1992, 407; Cass. Civ. s.u., 23 gennaio 2004, n. 1237, *Caretti c. F.A.O.*, in *Giustizia civile Massimario*, 2004, 1; Cass. Civ. s.u., 8 giugno 1994, n. 5565, *Nacci c. Istituto di Bari del Centre International De Hautes Agronomiques Mediterraeennes*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1995, 402; Cass. Civ. s.u., 19 febbraio 2007, n. 3718, *Drago c. Ipgri*, in *Foro italiano*, 2008, 10, I, 2892; Cass. Civ. s.u., 7 giugno 2012, n. 9189, *Soc. Opere Pubbl. c. Stati Uniti d'America e altro*, in *Giustizia civile Massimario*, 2012, 6, 750 e C. Cost., 18 ottobre 2000, n. 428, *Palmieri c. Coscos*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, 164). Sempre sulla compatibilità delle regole sull'immunità dalla giurisdizione in presenza di ricorsi alternativi, v. nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte Edu, 18 febbraio 1999, ricorso n. 26083/94, *Waite and Kennedy c. Federal Republic of Germany*, in *Rivista di diritto internazionale*,

2000, 168; Corte Edu, 21 novembre 2001, ricorso n. 37112/79, *Fogarty c. United Kingdom*; Corte Edu, 21 novembre 2001, ricorso n. 31253/96, *McElhinney c. Ireland*; Corte Edu, 21 novembre 2001, ricorso n. 35763/97, *Al-Adsani v. United Kingdom*.

(19) Cfr. C. Cost., 2 febbraio 1982, n. 18, *Di Filippo e altro c. Gospodinoff e altro*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1982, 667.

(20) Così, con considerazioni riferite alla CECA, ma riproponibili anche per gli Stati, C. Cost., 27 dicembre 1965, n. 98, *Società Acciaierie San Michele c. Comunità europea del carbone e dell'acciaio*, in *consultaonline*. Cfr. in dottrina, Pavoni, *L'immunità degli Stati nelle controversie di lavoro*, in Ronzitti, Venturini (a cura di), *Le immunità giurisdizionali degli Stati e degli altri enti internazionali*, cit., p. 43.

(21) Cass. Civ. s.u., 8 giugno 1994, n. 5565, *Nacci c. Istituto di Bari del Centre International De Hautes Agronomiques Méditerranéennes*, cit.: i principi di cui all'art. 24 Cost. «vanno temperati con gli obblighi (reciproci) nascenti dai trattati e dalle consuetudini internazionali a difesa della sovranità» degli Stati stranieri. I problemi possono sorgere «nel momento in cui si valuta l'esistenza in concreto di un giudice chiamato a tutelare il diritto vantato dal soggetto interessato. La questione si pone con riferimento agli Stati esteri, in relazione ai quali, se non è possibile invocare la tutela giurisdizionale del giudice italiano, è sempre aperta la possibilità di far ricorso agli organi della giurisdizione interna dei predetti Stati. Si porrebbe nei confronti degli enti internazionali, che non hanno un proprio ordinamento giurisdizionale, se la tutela dei diritti dei loro dipendenti fosse rimessa [...] alle decisioni assolutamente discrezionali del datore di lavoro». Per un approfondimento sulla tutela per equivalenti si rinvia a Luzzatto, Queirolo, *Sovranità territoriale, "Jurisdiction" e regole di immunità*, cit., p. 275.

(22) Con un'importante specificazione: la Corte europea dei diritti dell'uomo, recentemente, nel riconoscere l'immunità alle Nazioni Unite, in determinati casi in cui il Consiglio di Sicurezza agisce per la tutela della pace e della sicurezza internazionale, pur in difetto di mezzi di ricorso individuali, sembra voler riconoscere una posizione privilegiata al Consiglio (v. Corte Edu, 11 giugno 2013, ricorso n. 65542/12, *Stichting Mothers of Srebrenica and others c. Paesi Bassi*, su cui v. Papa, *Immunità delle Nazioni Unite dalla giurisdizione e rapporti tra CEDU e diritto delle Nazioni Unite: la decisione della Corte europea dei diritti umani nel caso dell'"Associazione Madri di Srebrenica"*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 27; Spagnolo, *Immunità delle Nazioni Unite per violazioni dei diritti umani commesse nell'ambito di operazioni di "peacekeeping" e rimedi disponibili per le vittime*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 806 e Andreoli, *Immunità delle Nazioni Unite e protezione equivalente: l'affare Associazione Madri di Srebrenica*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 443).

(23) Cass. Civ. s.u., 3 agosto 2000, n. 530, *Presidenza del Consiglio dei Ministri c. Federazione italiana lavoratori trasporti e altri*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2000, 1155, par. 6.

(24) Cass. Civ. s.u., 11 marzo 2004, *Luigi Ferrini c. Repubblica federale di Germania*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, 540, par. 7 e ss.

(25) Cfr. già *Charter of the International Military Tribunal*, art. 6, lettera b) e GA A/RES/1/95 11 dicembre 1946 nella parte in cui l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite riafferma i crimini contro l'umanità contenuti nello Statuto del Tribunale di Norimberga.

(26) Cass. Civ. s.u., 11 marzo 2004, *Luigi Ferrini c. Repubblica federale di Germania*, cit., par. 9 e ss.

(27) In generale, sulla giurisdizione universale per la repressione dei crimini internazionali, v. in dottrina Macedo (a cura di), *Universal Jurisdiction. National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*, Philadelphia, 2006; Reydam, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspective*, Oxford, 2004 e Mauro, *Il principio di giurisdizione universale e la giustizia penale internazionale*, Padova, 2012.

(28) Cass. Civ. s.u., 11 marzo 2004, *Luigi Ferrini c. Repubblica federale di Germania*, cit., par. 11. Giova altresì notare che, contra-

riamente ad altre decisioni rese dalla Corte di cassazione, il postulato fondante del ragionamento sviluppato dai giudici è che immunità statale ed immunità funzionale siano diverse declinazioni della stessa regola, con la conseguenza che le evoluzioni sul campo di applicazione oggettivo dell'una influenzano necessariamente anche il campo di applicazione dell'altra. In dottrina, per approfondimenti in tema di rapporti tra immunità statale ed immunità funzionale, sia consentito il rinvio a Queirolo, Dominelli, *Statutory certificates e immunità funzionale del registro italiano navale*, cit., p. 153 e ss., ove ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

(29) European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes, Strasbourg, 29.IV.1957, in *ETS* 23.

(30) ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening) Judgment*, in *I.C.J. Reports* 2012, p. 99. In dottrina v. Consolo, Morgante, *La immunità degli Stati, dopo l'Aja, presidiata dalla revocazione, deferita al giudice costituzionale italiano*, in *Il Corriere giuridico*, 2014, p. 449; Piccichè, *Esclusa la giurisdizione sulle domande risarcitorie proposte contro la Germania per i crimini contro l'umanità commessi dal Terzo "Reich"*, in *Rivista penale*, 2013, p. 1156; Palmieri, *In tema di violazioni commesse dal Reich tedesco durante il secondo conflitto mondiale*, in *Il foro italiano*, 2013, p. 390; Maltese, *Azione civile di danno e immunità degli Stati. Considerazioni sulla sentenza 3 febbraio 2012 della Corte internazionale di giustizia*, in *Il foro Italiano*, 2013, p. 392; Nigro, *Immunità degli Stati esteri e diritto di accesso al giudice: un nuovo approccio nel diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 812; Morgante, *La disciplina di attuazione della sentenza della Corte internazionale di giustizia resa nel contenzioso Italia-Germania sui crimini di guerra nazisti*, in *Int'l Lis*, 2013, p. 65; Cataldi, *L'esecuzione nell'ordinamento italiano della sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso Germania c. Italia: quale equilibrio tra obblighi internazionali e tutela dei diritti fondamentali?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 137; Ciampi, *L'Italia attua la sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso Germania c. Italia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 146; Intelisano, *Nota introduttiva alla legge 14 gennaio 2013, n. 5*, in *Rassegna della Giustizia Militare*, 2013, p. 3; Lopes Pegna, *Breach of the Jurisdictional Immunity of a State by Declaring a Foreign Judgment Enforceable?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 1074; Di Bernardini, *Immunità statale e principi di diritto internazionale dopo la sentenza della Corte internazionale di Giustizia nel caso Germania contro Italia*, in *I diritti dell'uomo*, 2012, p. 5; Pisillo Mazzeschi, *Il rapporto fra norme di "ius cogens" e la regola sull'immunità degli Stati: alcune osservazioni critiche sulla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 310; Cosenza, *Immunità dello Stato e "ius cogens" nella sentenza del 3 febbraio 2012 della Corte internazionale di giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 327; Marongiu Bonaiuti, *La sentenza della Corte internazionale di giustizia relativa al caso Germania c. Italia: profili di diritto intertemporale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 335; Salerno, *Gli effetti della sentenza internazionale nell'ordinamento italiano: il caso Germina c. Italia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 350; Bonafè, *Il caso delle immunità giurisdizionali dello Stato: verso un ampliamento della partecipazione del terzo davanti alla Corte internazionale di giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 371 e Persano, *Il rapporto fra immunità statale dalla giurisdizione e norme di "ius cogens": una recente pronuncia della Corte internazionale di giustizia*, in *Responsabilità civile e previdenza*, p. 1118.

(31) ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening) Judgment*, cit., par. 64 e ss.

(32) *Ibidem*, par. 76.

(33) Salva determinazione di nuove norme di diritto internazionale, escluse nel caso di specie (*ibidem*, par. 83 e ss.).

(34) *Ibidem*, par. 82.

(35) *Ibidem*, par. 92 e ss.

(36) Oltre alla già citata dottrina v. anche Espósito, *Jus Cogens and Jurisdictional Immunity of States at the International Court of Justice: A Conflict Does exist*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2012, p. 161; cfr. anche per una ricostruzione delle critiche, Talmon, *Jus Cogens after Germany v. Italy: substantive and Procedural Rules Distinguished*, in *Leiden Journal of International Law*, 2012, p. 25. Per una ricostruzione della giurisprudenza nazionale antecedente la sentenza della Corte internazionale di giustizia v. Nigro, *Lo jus cogens nella prassi internazionale più recente*, in Focarelli (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto internazionale. Attori non statali, spazio virtuale, valori fondamentali e governo multinazionale di territori*, Perugia, 2008, p. 128.

(37) Decreto Legge 28 aprile 2010, n. 63, *Disposizioni urgenti in tema di immunità di Stati esteri dalla giurisdizione italiana e di elezioni degli organismi rappresentativi degli italiani all'estero*, in GU n. 99 del 29 aprile 2010, convertito con modificazioni dalla Legge 23 giugno 2010, n. 98, in GU n. 147 del 26 giugno 2010.

(38) Legge 14 gennaio 2013, n. 5, *Adesione della Repubblica italiana alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, fatta a New York il 2 dicembre 2004, nonché norme di adeguamento all'ordinamento interno*, in GU n. 24 del 29 gennaio 2013, art. 3.

(39) Senza la previsione della legge di riforma, difficilmente si sarebbero potuti invocare gli errori materiali o di calcolo di cui all'art. 391 bis, ovvero l'errore di fatto di cui all'art. 395, n. 4. Sul punto si veda anche la Relazione tematica R.G.N. 29352/2010 del 14 maggio 2012 della Corte suprema di cassazione, Ufficio del massimario e del ruolo, http://www.ca.milano.giustizia.it/ArchivioPubblico/B_179.pdf.

(40) Principio che nel diverso ambito dell'ordinamento europeo è già stato messo in discussione a seguito di alcune pronunce della Corte di Giustizia. In questo senso si ricorda CG, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini SpA*, sentenza 18 luglio 2007, in causa C-119/05, in *Raccolta*, 2007, I-06199, nella parte in cui afferma che «il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art- 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva». Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, sempre con riferimento all'erosione del principio del giudicato, v. anche CG, *Kühne & Heitz NV c. Produktschap voor Pluimvee en Eieren*, sentenza 13 gennaio 2004, in causa C-453/00, in *Raccolta*, 2004, I-00837 e CG, *Rosmarie Kapferer c. Schlank & Schick GmbH*, sentenza 16 marzo 2006, in causa 234/04, in *Raccolta*, 2006, I-02585. Cfr. anche CG, *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze e Agenzia delle entrate c. Fallimento Olimpichub Srl*, sentenza 3 settembre 2009, in causa C-2/08, in *Raccolta*, 2009, I-07501. Sul punto deve inoltre necessariamente tenersi conto della recente giurisprudenza della Corte costituzionale italiana che, nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 530 c.p.p. nella parte in cui non prevede un caso di revisione della sentenza qualora questa sia necessaria a conformarsi ad una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che rileva una violazione dell'art. 6 CEDU, afferma non contraria alla Costituzione la messa in discussione del principio del giudicato quando ciò sia necessario a garantire il rispetto dei diritti fondamentali (C. Cost., sentenza 7 aprile 2011, n. 113, reperibile su giurcost.org).

(41) Cfr. *ex multis*, Cass. Civ. s.u., 21 febbraio 2013, *Frasca Bruno c. Repubblica federale di Germania e altri*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, 635 e Cass. Civ. s.u., 21 gennaio 2014, *Repubblica federale di Germania c. Ferrini e altri*, in *Diritto & Giustizia* 2014, 26 marzo.

(42) Si veda ad esempio, Corte d'Appello di Torino, sentenza 14

maggio 2012, n. 827, *Repubblica federale di Germania c. Roberto de Guiglielmi e altri*, reperibile al sito http://aldricus.files.wordpress.com/2012/06/appello-torino_sentenza_14_5_2012-827.pdf.

(43) Sulla non applicabilità tra uno Stato parte ed uno Stato non parte delle regole (in allora non ancora in vigore) contenute nella Convenzione ONU del 2 settembre 2004 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, ed in particolare dell'art. 12, che limita l'immunità degli Stati stranieri nei procedimenti concernenti un'azione di riparazione pecuniaria in caso di decesso o di lesione dell'integrità fisica di una persona, v. Tribunale di Genova 8 marzo 2012, *Abdel Naby Hussein Mabrouk Aly e altri c. Rina SPA*, in *Il diritto marittimo*, 2013, 145.

(44) Corte Edu, 14 gennaio 2014, ricorso n. 34356/06 & 40528/06, *Jones and others c. United Kingdom*, su cui v. Pusturino, *Immunità dello Stato, immunità degli organi e crimine di tortura: la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Jones*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 493 e Pisillo Mazzeschi, *Le immunità degli Stati e degli organi statali precludono l'accesso alla giustizia anche alle vittime di torture: il caso "Jones" dinanzi alla Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 215.

(45) Corte Edu, *Stichting Mothers of Srebrenica and others c. Paesi Bassi*, cit.

(46) Oltre alla già citata dottrina v. Orakhelashvili, *State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords got it Wrong*, in *The European Journal of International Law*, 2008, p. 955 e Brown, *Access to Justice for Torture Victims*, in Francioni, Gestri, Ronzitti, Scovazzi (a cura di), *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Milano, 2008, p. 337, che già criticavano la visione eccessivamente formalistica, semplicistica e ostruttiva della concettualizzazione delle immunità come mere regole procedurali non in grado di incidere, in negativo, sul diritto sostanziale di accesso alla giustizia.

(47) V. Cass. Pen., sentenza 9 agosto 2012, n. 32139, in *Foro italiano*, 2013, 9, II, 493 e Cass. Civ. s.u., 21 febbraio 2013, *Frasca Bruno c. Repubblica federale di Germania e altri*, cit. Cfr. anche Tribunale di Firenze 28 marzo 2012, *Manfredi c. Repubblica federale di Germania*, in *Foro italiano*, 2013, 9, I, 2527.

(48) Dissenting Opinion of Judge Yusuf, in *I.C.J. Reports 2012*, p. 291, par. 28.

(49) Tribunale di Firenze, ordinanza 21 gennaio 2014, *M.A. e altri c. Repubblica federale di Germania*, reperibile al sito <http://www.marinacastellaneta.it/blog/wp-content/uploads/2014/01/immunit%C3%A0.pdf>, su cui v. Russo, *Il rapporto tra norme internazionali generali e principi della costituzione al vaglio della Corte costituzionale: il Tribunale di Firenze rinvia alla Consulta la questione delle vittime dei crimini nazisti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2014, p. 11 e Consolo, Morgante, *La immunità degli Stati, dopo l'Aja, presidiata dalla revocazione, deferita al giudice costituzionale italiano*, cit.

(50) C. Cost., sentenza 18 giugno 1979, n. 48, *Russel c. Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Foro Amministrativo*, 1980, I, 1913.

(51) In questo senso, molto chiaramente Cass. Civ. s.u., 3 agosto 2000, n. 530, *Presidenza del Consiglio dei Ministri c. Federazione italiana lavoratori trasporti e altri*, cit., par. 8, nella parte in cui si legge «a regola consuetudinaria così ricostruita preesisteva all'entrata in vigore della Costituzione italiana, ed ha assunto valore cogente nel nostro ordinamento in virtù della clausola di adeguamento automatico alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute dettata dall'art. 10 comma 1 della Costituzione, e non (come assume la controricorrente nel suo ultimo rilievo) in forza di una norma avente efficacia di legge ordinaria. Ne deriva che quella regola è stata recepita nel nostro ordinamento nella sua interezza; e che, rispetto ad essa, non si pone, nè si può porre, la questione di compatibilità con il nostro sistema costituzionale. Tanto alla stregua del principio, affermato dal giudice delle leggi nella sentenza 12 giugno 1979 n. 48, secondo cui per le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute anteriori alla data d'entrata in vigore della Co-

stituzione, la disposizione di cui al primo comma dell'art. 10 della Carta costituzionale ne determina l'automatica ricezione piena e senza limiti; ed il problema della coerenza delle omologhe norme con i principi fondamentali della Costituzione (con la conseguenza, in caso negativo, della preclusione all'operatività del meccanismo dell'adeguamento automatico) si pone solo per le norme che siano venute ad esistenza dopo quella data».

(52) *Ex multis*, in dottrina v. Ivaldi, *L'adattamento al diritto internazionale*, in Carbone, Luzzatto, Santa Maria (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2011, p. 146 ss.; Cannizzaro, *Corso di diritto internazionale*, Milano, 2011, p. 456 e ss. e Ronzitti, *Introduzione al diritto internazionale*, Torino, 2013, p. 241 e ss.

(53) Cfr. C. Cost., sentenza 22 marzo 2001, n. 73, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, p. 490; C. Cost., sentenza 24 ottobre 2007, n. 348, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, 197 e C. Cost., sentenza 24 ottobre 2007, n. 349, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, 229.

(54) V. Tribunale di Firenze, ordinanza 21 gennaio 2014, *M.A. e altri c. Repubblica federale di Germania*, cit., nella parte in cui scrive: «[u]n ulteriore passaggio argomentativo merita la connessione (di rango costituzionale) tra diritti inviolabili della persona e diritto alla tutela giurisdizionale. Com'è noto alcune costituzioni nazionali che si affacciano sullo scenario europeo del secondo dopoguerra - quella italiana e quella tedesca - nel momento in cui decidono di imporre determinate garanzie atinenti alla funzione giurisdizionale come "fondamentali" ed inviolabili nel contesto dei diritti dell'individuo hanno provveduto ad enunciare anzitutto il diritto di agire in giudizio connettendolo inscindibilmente con l'affermata titolarità di una posizione giuridica sostanziale: è il nostro articolo 24 Costituzione, come il 19 §4 della Legge Fondamentale tedesca ed oggi anche il più moderno articolo 24 di quella spagnola. La cultura giuridica ha diffuso la consapevolezza che, per citare autorevole dottrina "un ordinamento che si limitasse ad affermare una situazione di vantaggio [...] a livello sostanziale, senza predisporre a livello di diritto processuale strumenti idonei a garantire l'attuazione del diritto anche in caso di sua violazione, sarebbe un ordinamento incompleto, monco sarebbe un ordinamento che non potrebbe essere qualificato come giuridico". Il serio sospetto che la norma consuetudinaria in esame sia affetta da incostituzionalità nasce dunque dalla convinzione maturata nell'odierno giudicante che sussista allo stato attuale dell'ordinamento italiano e che fosse sussistente già al momento della proposizione della domanda, come desumibile dal testo costituzionale inverteatosi nel processo storico alimentato dalle fonti sovranazionali europee, un principio supremo di insopprimibile garanzia di tutela giurisdizionale insuscettibile di cedere di fronte alla norma consuetudinaria di diritto internazionale che rileva nel caso concreto e così come esplicitata dalla Corte Internazionale di Giustizia ogni qualvolta a ledere il diritto fondamentale della persona umana sia un crimine contro l'umanità commesso nello Stato investito dall'obbligo di tutela giurisdizionale, ancorché commesso da altro Stato nell'esercizio di poteri sovrani (iure imperii)».

(55) Consolo, Morgante, *La immunità degli Stati, dopo l'Aja, presidiata dalla revocazione, deferita al giudice costituzionale italiano*, cit., p. 455.

(56) In questi termini, *ibidem*, p. 455.

Tribunale di Genova, sez. lav., 10 dicembre 2013, n. 1149 - Giudice Unico Basilico - Inail (Avv. Consorte) c. Impresa edile (Avv. Oneto) e c. C. (Avv. Barosso).

INFORTUNIO sul lavoro - azione di regresso ex artt. 10 e 11 t.u. 30 giugno 1965 n. 1124 - soggetti passivamente legittimati - datore di lavoro - altre persone civilmente responsabili.

L'azione di regresso spettante all'Inail è esperibile non solo nei con-

fronti del datore di lavoro, ma anche verso i soggetti responsabili o coresponsabili dell'infortunio a causa della condotta da essi tenuta in attuazione dei loro compiti di preposizione o di meri addetti all'attività lavorativa, a prescindere dal titolo contrattuale e dalla tipologia lavorativa che li lega al datore di lavoro (nella specie si trattava del fornitore di un camion betoniera per la gettata del calcestruzzo).

A.FONT.

(... Omissis...)

Inail ha agito in via di regresso (artt. 10 e 11 DPR 1124 / 65) nei confronti di Pitzalis Ignazio Snc. (di seguito, per brevità, Pitzalis) e dell'impresa individuale Corda Michele, ritenendole coresponsabili, la prima quale datrice di lavoro e la seconda quale fornitrice del macchinario utilizzato dal lavoratore, per l'infortunio occorso a Mario Nicotera il 27 marzo 2009 e, conseguentemente, per quanto erogato dall'Istituto a favore di questi. Costituendosi nel giudizio le convenute non hanno negato la rispettiva posizione contrattuale rispetto al lavoratore ed all'opera in esecuzione al momento del sinistro. Ciascuna ha invece contestato la propria responsabilità.

Circa la dinamica dell'infortunio, vanno ricordati i fatti che tra le parti non sono controversi. Nicotera, operaio inquadrato nel terzo livello CCNL per le imprese artigiane dell'edilizia, si trovava il 27 marzo 2009 nel cantiere di via Sardorella a Genova insieme con due colleghi dipendenti da Pitzalis, Paolo Deidda ed Angelo Dessi, ed almeno un dipendente di Corda, Stefano Gaggero. Durante i lavori per pavimentare il piazzale del capannone industriale, in corso di realizzazione, le due imprese convenute stavano collaborando nella gettata di calcestruzzo mediante un camion betoniera Cifa Magnum Metro 28, fornito da Corda; il getto avveniva tramite il tubo collegato con un braccio meccanico al veicolo; Gaggero lo aveva parcheggiato nella via sottostante ed aveva poi raggiunto sul piazzale, sopraelevato di circa cinque metri, Nicotera che impugnava il tubo, nella parte terminale chiamata "proboscide", per dirigere la fuoriuscita del calcestruzzo. Sul luogo erano presenti anche Deidda e Dessi. A Gaggero erano affidate l'erogazione e la regolazione della pressione del getto mediante un radiocomando. Nel corso di questa operazione il flusso di calcestruzzo si è improvvisamente bloccato a causa dell'intaso del tubo. Nel tentativo di riattivarlo, Gaggero ha agito, come di consueto, sul radiocomando con impulsi di avviamento e fermo, ma la repentina ripresa dell'erogazione ha provocato un'oscillazione violenta ed incontrollabile del tubo, denominata dalla parti "colpo di frusta". Il tubo è così sfuggito di mano a Nicotera, andando a colpire la parete antistante a da qui, con rimbalzo, testa e torace dell'uomo, che cadeva a terra privo di sensi.

La dinamica del sinistro occorso a Nicotera è stata analiticamente ricostruita nel modo già esposto dall'autorità di P.G. che ha indagato sull'episodio. I funzionari dell'ASL hanno concluso per l'irrelevanza penale dell'evento occorso, ritenendo che la verificazione dello stesso sia stata accidentale. Tali conclusioni non influiscono sull'odierno giudizio di regresso, poiché, non essendovi rapporto di pregiudizialità tra processo civile e penale, l'accertamento del fatto-reato ex art. 11 DPR 1124 / 65 può essere compiuto dal giudice civile A seguito della sentenza Corte cost. 19 giugno 1981 n. 1^o2, inoltre, l'eventuale archiviazione del procedimento penale non preclude l'accertamento incidentale, da parte del giudice civile, sulla sussistenza di fatto di rilevanza penale. In questo caso "il giudice civile, in mancanza di alcun divieto, può liberamente utilizzare le prove raccolte in un diverso giudizio tra le stesse o altre parti, e può anche avvalersi delle risultanze derivanti dagli atti delle indagini preliminari svolte in sede penale, le quali possono essere anche sufficienti a formare

il convincimento del giudice, la cui motivazione non è sindacabile in sede di legittimità quando la valutazione compiuta sia stata estesa anche a tutte le successive risultanze probatorie e non si sia limitata ad un apprezzamento della sola prova formata nel procedimento penale” (*ex multis*, Cass. Sez. III, 15 ottobre 2004 n. 20335).

Le parti non hanno introdotto nella causa significativi elementi ulteriori rispetto a quelli raccolti nell’indagine penale.

L’infortunio ha provocato al lavoratore un trauma cranico, un trauma toracico con fratture ed un trauma alla spalla destra. Le lesioni ad oggi si sono stabilizzate, senza che al lavoratore siano residuati deficit funzionali.

L’Istituto assicuratore che agisca in via di regresso deve allegare e provare l’esistenza dell’obbligazione lavorativa e del danno nonché il nesso causale di questo con la prestazione. Spetta invece al datore di lavoro provare che il danno è dipeso da causa a lui non imputabile, avendo egli adempiuto agli obblighi di sicurezza, apprestando tutte le misure necessarie ad evitare il danno, e che gli esiti dannosi sono stati determinati da un evento impreveduto ed imprevedibile. Nel caso di specie, secondo l’Inail vi sarebbe una corresponsabilità delle convenute nella determinazione dell’evento, riconducibile alle norme dell’art. 26 DLgs. n. 81 / 2008; entrambe avrebbero omesso di fornire, ciascuna nel proprio ruolo, le necessarie informazioni sulla pericolosità dell’operazione e, in particolare, sull’uso della macchina; il datore di lavoro avrebbe affidato al proprio dipendente una manovra rischiosa e non necessitata, senza curarsi che fossero predisposte le misure idonee ad evitare la sua presenza presso il tubo al momento della riattivazione del flusso; il fornitore non avrebbe adottato le cautele perché la riattivazione avvenisse senza pericolo per i lavoratori coinvolti, incorrendo così nella responsabilità ex artt. 2050 o 2051.

Il comportamento tenuto dal datore di lavoro si sarebbe posto in contrasto con l’obbligo di prevenzione di cui all’art. 2087 cod.civ. Le note informative per l’utilizzo del macchinario, depositate dall’Inail, prescrivono la necessità, per l’impresa utilizzatrice, di dotarsi di distanziatori per evitare che il terminale sia tenuto a mano, di modo che i lavoratori rimangano sempre ad almeno quattro metri. Le norme precauzionali hanno il dichiarato scopo di evitare le lesioni che i movimenti repentini del tubo intasato potrebbero causare. Ciononostante, risulta che il datore di lavoro non abbia mai vietato ai dipendenti di dirigere manualmente il tubo. Anzi, Ignazio Pitzalis ha dichiarato di non conoscere altri modi, se non l’energia fisica del lavoratore, per indurre il getto nella direzione voluta e comunque di avere sempre operato in questo modo, ed “erano trent’anni che Nicotera come gli altri usava il tubo della beton pompa”. Nicotera stesso, confermando l’abitudine dell’operazione per lui, ha ribadito di aver agito in quel 27 marzo 2009 così come in passato. La dichiarazione è suffragata dalla testimonianza dei suoi colleghi Deidda e Dessi nel giudizio civile: per loro la prassi aziendale era nel senso di tenere in mano il tubo flessibile della beton pompa. Il rappresentante legale della Pitzalis è stato contraddetto dall’altro convenuto, Corda, che ha ammesso la possibilità che il calcestruzzo venga spianato dopo essere stato riversato sulla superficie in modo incontrollato dal tubo. Non è vero, pertanto, che la manovra manuale della cosiddetta “proboscide” sia necessitata; è più rapida a garantisce forse maggior precisione del getto, ma è rischiosa al punto da essere espressamente vietata dalle specifiche norme cautelari. Sebbene alle dipendenze del Pitzalis da molto tempo, Nicotera non aveva mai ricevuto formazione ed informazioni adeguate sulla condotta da tenere durante il funzionamento della beton pompa, e, tanto meno, in coincidenza con le anomalie che si possono verificare durante la

gettata. Ignazio Pitzalis ha ammesso di non avere mai dato disposizioni a Nicotera ed agli altri operai per simili evenienze, poiché essi lavoravano “secondo abitudini consolidate”, ma erano abitudini acquisite senza una verifica iniziale di adeguatezza. Il datore di lavoro ha pertanto mancato di fornire le necessarie istruzioni sull’operazione, e non ha vigilato sulla sua esecuzione. Tali omissioni configurano violazione dell’art. 18, lett. e) DLgs. n. 81 / 2008, in base a cui il datore di lavoro deve prendere le misure appropriate affinché soltanto i lavoratori che hanno ricevuto adeguate istruzioni e specifico addestramento accedano alle zone che li espongono ad un rischio grave e specifico, Nel caso di specie poi l’elaborazione delle misure di prevenzione e protezione, comunque non avvenuta, doveva essere coordinata con l’impresa fornitrice, ex art. 26, secondo comma, DLgs. n. 81 / 2008, tenendo conto quindi delle interferenze tra le rispettive attività.

Peraltro, a fronte di specifico rilievo in tal senso da parte dell’Inail, Pitzalis non ha dimostrato di aver compiuto la valutazione dei rischi propedeutica alla predisposizione di misure di tutela, ma si è limitato a sostenere che l’obbligo avrebbe investito solo Corda. Anche questa omissione determina violazione dell’art. 18 DLgs. n. 81 / 2008.

In conclusione, la convenuta non ha apprestato alcuna delle misure necessarie ad evitare il danno verificatosi, così venendo meno all’obbligo di sicurezza a suo carico. Pitzalis ha eccepito che l’evento occorso al proprio dipendente sarebbe dipeso da caso fortuito, facendo proprie le conclusioni dell’ASL che, nell’indagine di P.G., ha ritenuto accidentale l’evento per la materiale impossibilità di prevenire la ripresa improvvisa del flusso dalla bocca del gommone in cui s’era verificato l’intasato. L’impostazione non è condivisibile. È da considerarsi caso fortuito il fattore, comprensivo del fatto del terzo o dello stesso danneggiato, idoneo ad interrompere il nesso causale come elemento imprevedibile e di per sé solo idoneo a provocare l’evento. Il “colpo di frusta”, causato dal mutamento di pressione del flusso, a sua volta provocato dall’intasamento e dal repentino sbloccaggio del tubo flessibile, rappresenta invece uno degli eventi anomali che possono verificarsi durante il funzionamento ordinario del macchinario, considerate, in particolare, le peculiarità dell’operazione (passaggio di un materiale semiliquido in un tubo in parte rigido ed in parte, l’ultima, flessibile.). Pitzalis stesso ha dichiarato che “l’intasato del tubo non era infrequente, ma non era mai successo che accadesse con la reazione del tubo stesso verificatosi il 27 marzo 2009”. La prevedibilità del “colpo di frusta” è inoltre dimostrata dall’esistenza di specifiche norme prudenziali, formulate sul presupposto della pericolosità del controllo manuale del tubo flessibile per il getto di calcestruzzo e dirette specificamente ad eliminarne, o, quanto meno, a ridurne i possibili effetti (si consideri in particolare l’obbligo per i lavoratori di rimanere ad una distanza da esso di almeno quattro metri). Non si può negare, pertanto, il collegamento causale dell’infortunio con la condotta del datore di lavoro.

In definitiva l’impresa Pitzalis dev’essere dichiarata responsabile dell’infortunio occorso al proprio dipendente Nicotera.

L’attività di posa del calcestruzzo mediante beton pompa è stata svolta da Corda nel cantiere in forza di contratto che, in mancanza di diversa disciplina, deve qualificarsi di “nolo a caldo”. Essa è da considerarsi pericolosa, ai sensi dell’art. 2050 cod.civ., perché per la sua stessa natura e per le caratteristiche del mezzo usato, comportava la possibilità del verificarsi del danno. Di regola, l’attività edilizia, specialmente quando comporti la movimentazione di materiali ed interessi vaste aree, dev’essere ritenuta tale ai fini indicati nella predetta norma (v. in particolare Cass. Sez. III, 5 giugno 2002, n. 8148; Cass. Sez. II, 12 di-

cembre 1988 n. 6739). Ciò tanto più vale nell'ipotesi dell'esercizio coordinato di questa attività con quella di un altro soggetto imprenditore, che esige dunque, per le rispettive e reciproche interferenze, maggiori diligenza e prudenza. L'imprenditore che noleggi un macchinario deve a sua volta adottare adeguate misure tecniche ed organizzative, al fine di ridurre al minimo i rischi connessi all'uso del macchinario e per impedire che esso possa essere utilizzato per operazioni e secondo condizioni per le quali non è adatto, ai sensi dell'art. 71, terzo comma, DLgs. n. 81 / 2008. In particolare, il fornitore del macchinario deve valutare i rischi cui espone i propri dipendenti ed anche gli altri soggetti operanti nel cantiere (art. 18 DLgs. n. 81 / 2008), informare sui rischi inerenti all'uso della macchina e quindi coordinare le misure organizzative con gli altri datori di lavoro, in ottemperanza dell'art. 26 DLgs. n. 81 / 2008. Corda, al contrario, ha definito usuale la manovra manuale del tubo della beton pompa, ignorando se la direzione del getto potesse essere ottenuta con strumenti diversi, comunque assenti nel cantiere, dall'energia dell'operaio. Nel processo davanti al Tribunale civile di Genova ha affermato che "la distanza tra la pompa e gli operai che spianano il calcestruzzo fuoriuscito non è prescritta, è data dal buon senso.

Questa posizione implica la mancanza di disposizioni in ordine alla condotta da tenere durante la gettata di calcestruzzo. È inoltre pacifico tra le parti il fatto che il noleggiatore non abbia predisposto distanziatori o corde, non abbia vietato la presenza di lavoratori accanto al tubo della beton pompa, e, tanto meno, che abbia vigilato sull'impiego del macchinario da personale diverso dal proprio dipendente Gaggero. Ha così accettato il rischio connesso all'utilizzo manuale del tubo flessibile da parte di dipendenti di Pitzalis. Sono pertanto addebitabili anche a Corda le conseguenze dannose casualmente derivanti dall'operazione di sblocco del flusso di calcestruzzo avvenuta in presenza di Nicotera. Entrambi i convenuti hanno eccepito che l'infortunio non sarebbe da addebitarsi alla propria condotta, ma esclusivamente

a quella tenuta dall'altra impresa convenuta. Ma l'evento è stato provocato dal concorso delle condotte omissive colpose di entrambe le imprese: l'insufficienza delle informazioni su rischi e condotte e della formazione sui possibili impieghi del mezzo meccanico; la mancata predisposizione delle idonee misure per prevenire il colpo di frusta ed i suoi effetti; l'assenza di divieti alla presenza di personale nei pressi ed all'imbraccio manuale del tubo. Questi elementi sono fattori di corresponsabilità delle parti resistenti nella determinazione dell'infortunio. Il diritto dell'Inail di agire in via di regresso nei loro confronti si fonda sul disposto degli artt. 10 e 11 DPR 1124 / 65, i quali legittimano l'Istituto ad agire *iure proprio* "non solo nei confronti del datore di lavoro, ma anche verso i soggetti responsabili o corresponsabili dell'infortunio a causa della condotta da essi tenuta in attuazione dei loro compiti di preposizione o di meri addetti all'attività lavorativa, giacché essi, pur essendo estranei al rapporto assicurativo, rappresentano organi o strumenti mediante i quali il datore di lavoro ha violato l'obbligo di garantire la sicurezza nel luogo di lavoro, senza che a ciò sia d'ostacolo la possibile affermazione della loro responsabilità solidale, contrattuale per il datore di lavoro ed extracontrattuale per gli altri" (tra le tante, Cass. Sez. lav., 18 agosto 2004 n. 16141).

È stata, in questa sede, accertato un danno all'integrità psicofisica del lavoratore ascrivibile all'omessa formazione in materia di sicurezza ed all'omessa predisposizione di misure di prevenzione e protezione e, dunque, alla violazione degli obblighi di legge; la riconduzione delle violazioni al datore di lavoro ed al noleggiatore comporta il riconoscimento degli elementi tipici del reato - perseguibile d'ufficio - di lesioni personali, quantomeno colpose (Cass. Sez. lav. 22 novembre 2012, n. 20620). Tanto è sufficiente a considerare inoperante la regola dell'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile di cui all'art. 10 DPR n. 1124 / 65 e, quindi, correttamente radicata l'azione di regresso dell'Ente. (... *Omissis*...)

Massime

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 11 luglio 2013 - Giudice Unico Silvestri - E. s.a.s. (Avv. Marino) c. A.N. (Avv. Ferrarese).

APPALTO - opera privata - difformità e vizi dell'opera - responsabilità contrattuale - onere probatorio - fattispecie.

(Artt. 1668 c.c. - 1218 c.c.)

CONSULENTE tecnico - svolgimento dell'incarico in ambiti di estrema complessità tecnica - mero dissenso delle parti in causa sulle conclusioni della consulenza tecnica d'ufficio - accoglimento integrale degli esiti dell'elaborato peritale.

Il committente, il quale agisce per la declaratoria di responsabilità per difformità e vizi dell'opera nei confronti dell'appaltatore, è tenuto a dimostrare esclusivamente la sussistenza di tali vizi, gravando sull'appaltatore l'onere di provare che la cattiva esecuzione dell'opera è stata determinata da causa a lui non imputabile (Nel caso di specie, il giudicante ha dichiarato che l'appaltatore ha l'onere di rendere edotto il committente, nel corso dello svolgimento dell'incarico, di situazioni o carenze nel progetto, rilevate o rilevabili con la normale diligenza, che possano essere ostative alla corretta esecuzione dell'appalto, dovendo al contrario affermarsi la sua responsabilità contrattuale per inadempimento qualora vengano rilevati vizi alla consegna dell'opera)

In ambiti di valutazione caratterizzati da un elevato tasso di cognizioni tecniche specifiche, il Giudice può aderire integralmente alle valutazioni fornite dal Consulente Tecnico d'Ufficio a ciò nominato qualora le uniche indicazioni contrarie, provenienti dalle parti o da propri consulenti, si limitino ad un mero dissenso, senza sollevare vizi rispetto al processo logico - formale della perizia, ma solo alla disapprovazione delle relative conclusioni.

W.L.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 5 aprile 2013, n. 1175 - Giudice Unico Silvestri - E. S.r.l. (Avv. Barrui) c. Banca C. S.p.a. (Avv. Marchese).

BANCA, credito e risparmio - segnalazione presso la Centrale dei rischi - omessa valutazione della complessiva situazione finanziaria - illegittimità.

(Delibera CICR 29.3.1994, istruzioni Banca d'Italia)

RESPONSABILITÀ civile - segnalazione presso la Centrale dei rischi - ricorso ai criteri equitativi di liquidazione - necessità di provare l'esistenza del danno - sussistenza.

(Artt. 1226 e 2056 c.c.)

La collocazione a sofferenza di un soggetto da parte degli intermediari finanziari autorizzati implica una valutazione da parte di questi ultimi della complessiva situazione finanziaria e patrimoniale del proprio Cliente. Ciò che rileva è la situazione oggettiva e non transitoria di incapacità finanziaria, mentre nessun rilievo assume la manifestazione di volontà di non adempimento se giustificata da una seria contestazione sull'esistenza del titolo del credito vantato dalla Banca. Pertanto, deve ritenersi illegittima la condotta della Banca che procede alla segnalazione senza aver accertato la sussistenza di ele-

menti tipici indicativi dello stato di insolvenza e la pendenza di azioni di recupero di crediti, pignoramenti, procedimenti esecutivi e protesti.

Il ricorso ai criteri equitativi di liquidazione dei danni conseguenti alla illegittima segnalazione pregiudizievole per l'attività economica e lesiva della reputazione è ammissibile solo quando l'attività istruttoria svolta abbia accertato l'esistenza del danno ma non abbia consentito di dare certezza alla misura del danno stesso, come avviene quando, essendone certa l'esistenza, risulti impossibile o estremamente difficoltoso provare la precisa durata del pregiudizio economico subito.

C.GIA.

Tribunale di Genova, 1 giugno 2012 - Giudice Unico Vinelli - D. M. (Avv. ti Dellepiane) c. R.N. e B.D. (Avv. Minna).

COMUNIONE e condominio - cose e servizi comuni - presunzione di comunione - titolo contrario - atto successivo alla costituzione del condominio - sufficienza - esclusione.

(Art. 1117 c.c.)

COMUNIONE e condominio - cose e servizi comuni - espressa indicazione tra le parti comuni - necessità - esclusione.

(Art. 1117 c.c.)

VENDITA - oggetto.

Le scale e l'atrio sono beni presuntivamente comuni ai sensi dell'art. 1117 c.c.. Tale presunzione può essere superata unicamente da un titolo contrario. Al fine di stabilire se sussista un titolo contrario alla presunzione di comunione di cui all'art. 1117 c.c. occorre fare riferimento all'atto costitutivo del condominio e, quindi, al primo atto di trasferimento di una unità immobiliare dall'originario unico proprietario ad altro soggetto. Pertanto, se in occasione della prima vendita la proprietà di un bene potenzialmente rientrante nell'ambito dei beni comuni è attribuita al condominio, deve escludersi che un singolo condomino abbia potuto acquisirne con atto successivo la proprietà esclusiva dall'originario unico proprietario, seppure il bene, per la conformazione dei luoghi, sia di fatto goduto ed utilizzato più proficuamente e frequentemente da tale condomino piuttosto che dagli altri (nel caso di specie, ove l'atto di divisione a seguito del quale era venuto a costituirsi il condominio non conteneva alcuna specifica disposizione circa l'atrio ed il vano scale, è stata esclusa la sussistenza di titolo contrario alla presunzione di comunione di tali beni sancita dall'art. 1117 c.c.).

(Conf.: Cass., 18 dicembre 2006, n. 27304)

Rientrano tra le parti comuni dell'edificio (art. 1117 c.c.) e, in caso di divisione dell'edificio cui i detti spazi accedono, vi restano compresi anche se l'atto di divisione abbia ommesso di inserirli tra le parti comuni, i cd. volumi tecnici, ossia quelli destinati a contenere gli impianti tecnici del fabbricato (quali i vani ascensore, caldaia, autoclave, contattori) o altri beni comuni (quale il vano scale) e quelli insuscettibili di separato o autonomo godimento, per essere vincolati all'uso comune, in virtù della loro naturale destinazione o della loro connessione materiale e strumentale rispetto alle singole parti dell'edificio (in applicazione di tal principio il Giudice ha ritenuto irrilevante ai fini

dell'accertamento della natura condominiale del vano scale e dell'atrio il fatto che tali locali non fossero espressamente indicati tra le parti comuni nell'ambito dell'atto di divisione da cui il condominio ha tratto origine).

(Conf.: Cass., 27 marzo 2003, n. 4528)

L'alienante non può alienare in proprietà esclusiva un bene del quale è solo comproprietario (in applicazione di tale principio è stata ritenuta di per sé inidonea a fornire prova della proprietà esclusiva di un locale la circostanza che tale locale fosse rappresentato nella planimetria allegata all'ultimo atto di acquisto; il Giudice, dichiarata la natura condominiale del bene oggetto di causa, ha, dunque, disposto la rimozione delle opere eseguite sul medesimo bene dalla parte che se ne assumeva proprietaria esclusiva).

A.NIC.

Tribunale di Genova, 21 gennaio 2013 - Giudice Unico Vignelli - L.L. (Avv. Dalessio Clementi) c. Condominio Via P.C. (Avv. ti Buffa).

COMUNIONE e condominio - azione per il recupero della somme anticipate dall'amministratore - natura contrattuale - sussistenza.

(Art. 1720 c.c.)

COMUNIONE e condominio - assemblea dei condomini - poteri.

(Art. 1988 c.c.)

COMUNIONE e condominio - amministratore - rappresentanza e poteri - limiti.

(Art. 1130 c.c.)

Qualora l'ex amministratore di un condominio convenga quest'ultimo chiedendo il rimborso delle somme anticipate nell'esercizio del suo ufficio lo stesso non propone un'azione di arricchimento senza causa né quella relativa alla gestione di affari altrui, ma si limita ad esercitare l'azione contrattuale relativa al rapporto di mandato che è intercorso con il condominio stesso. L'ex amministratore, in tal caso, a supporto delle proprie domande, deve non solo presentare le scritture contabili finali della sua attività, ma accompagnare necessariamente la sua domanda con tutti i documenti giustificativi della sua pretesa.

In materia di deliberazioni di assemblea condominiale, l'approvazione del rendiconto ha valore di riconoscimento di debito in relazione alle sole poste passive specificamente indicate. Pertanto, l'approvazione di un rendiconto di cassa che presenti un disavanzo tra uscite ed entrate, non implica che, per via deduttiva, possa ritenersi riconosciuto il fatto che la differenza sia stata versata dall'amministratore utilizzando denaro proprio, ovvero che questi sia comunque creditore del condominio per l'importo corrispondente, atteso che la ricognizione di debito, sebbene possa essere manifestata anche in forma non espressa, richiede pur sempre un atto di volizione su di un oggetto specificamente sottoposto all'esame dell'organo collettivo, chiamato a pronunciarsi su di esso.

(Conf.: Cass., 9 maggio 2011, n. 10153)

Il nuovo amministratore di un condominio, se non autorizzato dai partecipanti alla comunione, non ha il potere di approvare incassi e spese condominiali risultanti da prospetti sintetici consegnatigli dal precedente amministratore e pertanto l'accettazione di tali documenti non costituisce prova idonea del debito nei confronti di quest'ultimo da parte dei condomini per l'importo corrispondente al disavanzo tra le rispettive poste contabili, spettando invece all'assemblea dei condo-

mini approvare il conto consuntivo, onde confrontarlo con il preventivo ovvero valutare l'opportunità delle spese affrontate d'iniziativa dell'amministratore.

(Conf.: Cass., 4 giugno 1999, n. 5449)

A.NIC.

Tribunale di Genova, 22 marzo 2013 - Giudice Unico Fioravanti - A.F. e L.A. (Avv. Boero) c. Cond. Via D. (Avv. Gallo).

COMUNIONE e condominio - impugnazione di delibera assembleare - procedibilità azione impugnazione delibera a seguito di riassunzione del processo per mancata iscrizione al ruolo - ammissibilità.

La notificazione della citazione ancorché non seguita dalla iscrizione a ruolo, né dalla costituzione delle parti nei termini ad esse rispettivamente assegnati, è idonea a determinare la pendenza della lite, in quanto il processo, benché in uno stato di quiescenza, può essere riassunto entro l'anno dalla scadenza del termine per la costituzione del convenuto. (Nel caso di specie il Tribunale ha rigettato le difese del convenuto condominio laddove aveva insistito per l'improcedibilità dell'azione in quanto il primo atto di citazione non iscritto al ruolo nei termini di legge, paragonando il procedimento per impugnazione di delibera assembleare a quello per opposizione a decreto ingiuntivo o per la proposizione di gravame. Secondo parte convenuta, infatti, il processo per impugnazione di delibera assembleare non avrebbe potuto essere riassunto, tesi non accolta dal Tribunale).

(Conf.: Cass., 7821/1990)

SI.CO.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 29 gennaio 2014, n. 501 - Giudice Unico Gandolfo - C. F. (Avv. Cerruti) c. Comunione Fondi e posti auto di G. (Avv. Amicabile).

COMUNIONE e condominio - delibera assembleare dei partecipanti alla comunione - concorso alle spese stabilito in violazione dell'art. 1101 c.c. - nullità della delibera per illiceità dell'oggetto - superamento della presunzione di uguaglianza delle quote - diversa distribuzione dei vantaggi e dei pesi risultante da uno stato di fatto anche ripetuto dalla pratica dei compartecipi - insufficienza.

(Artt. 1101 e 1418 c.c.)

COMUNIONE e condominio - delibera assembleare dei partecipanti alla comunione - decisione a maggioranza dei partecipanti - sufficienza - necessità della redazione contestuale di un verbale - esclusione.

(Artt. 1105 e 1106 c.c.)

PROCEDIMENTI SPECIALI - ingiunzione - fase monitoria e fase di cognizione - unicità del processo - ricorso per decreto ingiuntivo - falsus procurator - possibilità di ratifica - sussistenza.

COMUNIONE e condominio - riscossione dei contributi in base alla ripartizione approvata dall'assemblea - applicabilità dell'art. 63 Disp. att. c.c. - esclusione.

(Art. 63 Disp. att. c.c.)

OBBLIGAZIONI - rapporto obbligatorio - promessa di pagamento e ricognizione di debito - ricognizione del debito - effetti - esonero del destinatario dalla prova del rapporto fondamentale - sussistenza e validità di quest'ultimo - necessità - conseguenze.

Debbono qualificarsi nulle per illiceità dell'oggetto ex art. 1418 c.c. (secondo l'interpretazione della norma fornita dalla Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 4806/2005) le delibere assembleari dei partecipanti alla Comunione qualora esse causino una lesione dei diritti individuali attribuiti ai comunisti dalla legge, dagli atti di acquisto o dalle convenzioni. Poiché nella comunione il concorso alle spese dei partecipanti è proporzionale alle rispettive quote, che si presumono eguali ex art. 1101 c.c., rimane afflitta da nullità una delibera attribuitiva di un maggior concorso nei pesi o di un minor concorso nei vantaggi. La presunzione di cui all'art. 1101 c.c. viene meno solo per una diversa volontà delle parti risultante dal titolo; non è pertanto sufficiente che la diversa distribuzione dei vantaggi e dei pesi risulti da uno stato di fatto successivo anche ripetuto dalla pratica dei compartecipati, tramite delibere prese in assemblea - con la presenza di parte dei comunisti - avvenute all'ordine del giorno l'approvazione di preventivi-consuntivi e non la modifica del criterio legale. (Nel caso di specie, la delibera assembleare di approvazione del preventivo-consuntivo dichiarata nulla faceva riferimento alle diverse superfici delle proprietà esclusive).

In tema di comunione - diversamente da quanto statuito per il condominio degli edifici - l'art. 1105 c.c. non prevede la costituzione formale dell'assemblea, ma semplicemente la decisione a maggioranza dei partecipanti, né la redazione di un verbale (non è applicabile pertanto l'art. 1136 c.c.). È dunque valida, ai sensi degli articoli 1106, c. 2 e 1105 c.c., la delibera di nomina di amministratore di comunione adottata a maggioranza e senza la redazione di un verbale. (Nel caso di specie, la delibera assembleare di approvazione del preventivo-consuntivo impugnata non indicava se la deliberazione di nomina dell'amministratore fosse stata presa all'unanimità o a maggioranza, nonché quali fossero i comunisti dissenzienti, astenuti o favorevoli; il verbale della delibera, inoltre, era stato redatto non contestualmente all'assemblea, bensì diciannove giorni dopo).

Nel procedimento d'ingiunzione, il procedimento che si apre con la presentazione del ricorso e si chiude con la notifica del decreto di ingiunzione non costituisce un processo autonomo rispetto a quello aperto dall'opposizione, ma dà luogo ad una fase di un unico giudizio, in rapporto al quale funge da atto introduttivo, con la proposizione della domanda, il ricorso presentato per chiedere il decreto di ingiunzione. È dunque sempre possibile la sanatoria dell'attività compiuta dal falsus procurator. (Nel caso di specie, un soggetto privo di poteri di rappresentanza aveva conferito mandato ad un avvocato per la redazione ed il deposito di ricorso per decreto ingiuntivo; successivamente, era intervenuta la ratifica da parte dell'assemblea della Comunione, la quale si era poi costituita in sede di opposizione in persona di soggetto i cui poteri rappresentativi non erano stati contestati).

L'art. 63 disp. att. c.c. non è applicabile alla comunione ed ai contributi dovuti dai singoli compartecipati sulla base della deliberazione a maggioranza adottata ai sensi dell'art. 1105, c. 2 c.c. Ricorrendone i presupposti, può certamente essere chiesto un decreto ingiuntivo, ma non ai sensi dell'art. 63 disp. att. c.c. Da ciò consegue che, in sede di opposizione, il giudice può sindacare la validità della delibera posta a fondamento del decreto ingiuntivo opposto.

La ricognizione di debito ha effetto confermativo di un preesistente rapporto fondamentale, determinando l'astrazione processuale della causa debendi, con la conseguenza che il destinatario è dispensato dall'onere di provare l'esistenza e la validità del predetto rapporto, che si presume fino a prova contraria; essa, però, non costituisce autonoma fonte di obbligazione, presupponendo pur sempre l'esistenza e la vali-

dità del rapporto fondamentale, con la conseguenza che la sua efficacia vincolante viene meno qualora sia giudizialmente provato che tale rapporto non è mai sorto, o è invalido, o si è estinto. (Nel caso di specie, si è ritenuto che fosse venuta meno l'efficacia vincolante di una ricognizione di debito in quanto la delibera di approvazione del preventivo-consuntivo è stata dichiarata nulla e, dunque, è venuta meno la fonte stessa dell'obbligazione).

(Conf.: Cass., n. 11332/2009)

V.CAV.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 11 febbraio 2014 - Giudice Unico Bellingeri - G.L. (Avv. Cerruti) c. Condominio (Avv. Fusani).

COMUNIONE e condominio - spese giudiziali in materia civile - imposta di registro - non addebitabile.

COMUNIONE e condominio - delibera assembleare - mancata indicazione votanti - invalidità - sussiste.

Il condomino in lite con il condominio deve ritenersi implicitamente dissenziente, pertanto non possono essergli addebitate le spese legali. Il condomino che ha vinto una causa non è tenuto a contribuire alle spese legali sostenute dal condominio stesso.

Ai fini della validità delle deliberazioni assembleari nel verbale dell'assemblea devono essere riprodotti i nomi dei condomini assenti, favorevoli, astenuti, dissenzienti ed i valori delle rispettive quote millesimali per verificare l'esistenza delle maggioranze previste dall'art. 1136 c.c. (Nella specie è stata annullata la delibera assembleare di nomina dell'amministratore di condominio a causa della mancata specifica indicazione della maggioranza che ha approvato la delibera ed essa non risultava approvata all'unanimità).

V.GR.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 11 febbraio 2014 - Giudice Unico Bellingeri - D.G. (Avv. Rossi) c. Condominio (Avv. Amicabile).

COMUNIONE e condominio - impugnazione delibera assembleare - interesse ad agire - sussiste.

Il condomino ha diritto a fare accertare l'illegittimità di quanto il condominio si propone di realizzare al fine di eliminare immediatamente ogni incertezza sul punto ed eventualmente evitare spese conseguenti all'esecuzione della delibera nonché all'impugnazione di una nuova pronuncia.

V.GR.

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 10 febbraio 2014 - Pres. Bonavia - Rel. Caiazzo - Banca Carige S.p.A. (Avv. Silvestri) e Banca Monte dei Paschi di Siena (Avv. Galassi) e Cassa di Risparmio di Volterra (Avv. Grosso) c. Meccanocar S.r.l. (Avv. Capeccchi).

CONCORDATO preventivo - ammissione - contratti in corso di esecuzione - istanza - autorizzazione scioglimento - interpretazione letterale - efficacia.

(Artt. 161 e 169 bis l. fall.)

CONCORDATO preventivo - ammissione - contratti in corso di esecuzione - istanza - autorizzazione scioglimento - fallimento - rapporti pendenti - differenze.

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

CONCORDATO preventivo - ammissione - contratti in corso di esecuzione - istanza - autorizzazione scioglimento - funzione- efficacia.

(Art. 169 bis, l. fall.)

L'art. 169 bis l.fall. prevede che la domanda di autorizzazione allo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione sia proposta "nel ricorso di cui all'art. 161", senza alcuna specificazione, per cui deve ritenersi, in ossequio al criterio di interpretazione letterale della norma, che la disposizione sia applicabile anche nell'ipotesi in cui il ricorrente si sia riservato la successiva presentazione del piano di concordato.

Il legislatore, con l'art. 169 bis l.fall., ha disciplinato in modo autonomo lo scioglimento dei contratti in corso dell'ambito del concordato preventivo, laddove, se avesse inteso estendere al concordato la disciplina dell'art. 72 dettata in tema di fallimento, sarebbe bastato un richiamo a detta norma. Significative sono le differenze testuali tra le due disposizioni, facendo l'art. 72 riferimento ai contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti e l'art. 169 bis ai contratti in corso di esecuzione, definizione che indubbiamente abbraccia anche le ipotesi in cui una parte abbia eseguito la propria prestazione.

L'art. 169 bis l.fall. attribuisce al soggetto che presenta domanda di concordato la facoltà di chiedere, nel ricorso, che il Tribunale o il giudice delegato, "lo autorizzi a sciogliersi dai contratti in corso". I provvedimenti autorizzativi hanno la sola funzione di rimuovere un ostacolo al compimento di un atto e la loro emissione su istanza dell'interessato fa seguito ad una valutazione discrezionale di opportunità o alla verifica di determinati presupposti previsti dalla legge. Le finalità perseguite dall'istante si realizzano non già per effetto della mera autorizzazione, che non incide immediatamente sui rapporti esistenti, bensì in conseguenza dell'atto autorizzato, che necessariamente segue il provvedimento autorizzativo, dal quale solamente derivano gli effetti che l'istanza è destinata a produrre.

P.P.CU.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 22 marzo 2013 - Giudice Unico Braccialini - A. (Avv. Glendi) c. T. srl (Avv.ti Bazzani e Lovotti).

CONTRATTO in genere - contratto preliminare di compravendita di immobili - inadempimento - sopravvenuta diminuzione delle possibilità edificatorie - risarcimento del danno - prevedibilità del pregiudizio - momento della valutazione - elemento psicologico - consapevolezza dell'inadempimento.

La sopravvenuta diminuzione delle possibilità edificatorie in conseguenza del mutamento della normativa regionale nel periodo in cui il contratto preliminare avrebbe dovuto trovare esecuzione con il trasferimento della proprietà giustifica il diritto al risarcimento del danno in favore del promittente acquirente.

Immaginare che il proprietario di un immobile a non chiara vocazione utilizzativa possa, messo in condizione di mutarne la destinazione verso finalità più lucrose, percorrere un disegno speculativo di tal genere risponde all'"id quod plerumque accidit", anche considerato il fatto del più agevole accesso al credito delle banche per la ristrutturazione.

Non sussiste imprevedibilità del pregiudizio, posto che, secondo la giurisprudenza della Suprema Corte (Cass., Sez. II civ., 30/1/2007, n. 1956) la prevedibilità/imprevedibilità va valutata al momento dell'inadempimento, e non alla data della stipulazione.

Quanto alla esatta consistenza dell'elemento psicologico ex Art. 1225 Cod. Civ., la Corte di Cassazione (Sez. III civ., Sent. 16/10/2008, n. 25271) specifica che "in tema di risarcimento del danno da inadempimento contrattuale, il dolo del debitore che comporta la risarcibilità anche dei danni imprevedibili al momento in cui è sorta l'obbligazione non consiste nella coscienza e volontà di provocare tali danni, ma nella mera consapevolezza e volontarietà dell'inadempimento".

G.M.T.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 4 aprile 2013 - Giudice Unico Mauceri - Italy srl (Avv.ti Novebaci, Montanaro e Giorgi) c. S. srl (Avv. Chirone).

CONTRATTO in genere - prestazioni di logistica integrata - contratto atipico - disciplina applicabile - prescrizione - intervenuto sequestro penale - spese di custodia della merce - differenza rispetto al sequestro amministrativo.

Nel contratto atipico di "logistica integrata" possono trovare applicazione, in quanto compatibili, le norme in materia di appalto, di deposito, di trasporto, di spedizione e di mandato.

Vista l'atipicità delle attività di carico e scarico di merci, la prevalenza dell'attività di magazzinaggio ovvero di deposito giustifica, nel caso di specie, l'applicazione in via principale delle disposizioni in materia di deposito e solo in via residuale di quelle in tema di appalto, con la conseguenza che la prescrizione del diritto di credito per le relative prestazioni è quella ordinaria, decennale, non potendo trovare applicazione quella biennale ex Art. 1667, che riguarda esclusivamente l'azione promossa contro l'appaltatore per i vizi dell'opera.

L'intervenuto sequestro penale della merce giustifica l'applicazione degli Artt. 58, 59 e 168 del DPR 115/2002 (Testo Unico sulle Spese di Giustizia), per cui le spese per la custodia dei beni sequestrati devono essere anticipate dall'erario e liquidate dal Giudice in base ad apposite tabelle ministeriali.

Alla luce della giurisprudenza della Corte di Cassazione (V. Sez. I, 9 Settembre 1992, n. 10322 e 17 Maggio 1983, n. 3409), mentre il deposito e la custodia amministrativa di un bene devono ritenersi eseguiti nell'interesse non della P.A., ma del proprietario del bene stesso (che, quindi, è tenuto al pagamento in favore del depositario del rimborso delle spese e del compenso) il deposito e la custodia conseguenti ad un sequestro penale devono ritenersi eseguiti nell'interesse della P.A., alla quale deve, pertanto, essere richiesto il pagamento della relativa prestazione.

G.M.T.

Tribunale di Savona, 11 ottobre 2013 - Giudice Unico Princiotta - S.L. s.n.c. (Avv.ti Scalmana e Piccirilli) c. M.P.Z. (Avv.ti Saccomanni).

CONTRATTO in genere - requisiti - accordo - proposta non accettata - diritto di recesso - sussistenza - esclusione.

(Art. 1373 c.c.)

TRANSAZIONE in genere - requisiti - errore di diritto - rilevanza - configurabilità.

(Art. 1969 c.c.)

Rispetto ad una proposta irrevocabile di acquisto non accettata, non potendo ritenersi concluso il contratto per carenza del requisito dell'accordo, manca il presupposto in diritto per configurare legittimo il recesso dal contratto da parte dell'asserito oblatore con la

correlata carenza di causa dell'avvenuta dazione, da parte di quest'ultimo, di una somma di denaro al preteso proponente, somma che deve essere restituita, una volta accertata la sussistenza dell'essenzialità dell'errore commesso dall'apparente solvens, in quanto riconosciuto o riconoscibile dall'accipiens.

In tema di contratto di transazione, ai sensi dell'art. 1969 cod. civ., è rilevante il solo errore di diritto sulla situazione costituente presupposto della "res controversa" (e, quindi, antecedente logico della transazione) e non anche quello che cade su una questione che sia stata oggetto di controversia o che avrebbe potuto formare oggetto di controversia.

(Conf.: Cass., 3 gennaio 2011, n. 72).

ALB.SPIN.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 5 aprile 2013 n. 1198 - Giudice Unico Braccialini - I.G. (Avv. Papaioannu) c. B.D. S.r.l. (Avv. ti Cupido e Scipioni) e L.S.A. S.p.a. (Avv. Scofone).

CONTRATTO in genere - preliminare di compravendita di immobili da costruire - inadempimento del costruttore - conseguenze - caparra e acconti - maggior danno.

(Artt. 1224 e 1385 c.c.)

FIDEIUSSIONE - fideiussione assicurativa - restituzione acconti di prezzo - termine finale della garanzia - non ultrattività.

(D.Lgs. n. 122/2005)

Solo il committente dovrà rispondere dell'inadeguata previsione dei tempi realizzativi a seguito di eventuali carenze del concedente iniziale, ma anche di omissioni-negligenze intercorse ascrivibili a suoi professionisti incaricati per la progettazione esecutiva o di dettaglio e per gli stessi tempi costruttivi.

In applicazione e per effetto dell'articolo 1385 codice civile, allo scioglimento del vincolo contrattuale consegue il diritto della parte attrice alla restituzione degli acconti di prezzo versati, nonché il doppio della caparra confirmatoria versata.

L'obbligazione di restituzione delle somme ricevute a titolo di caparra confirmatoria, determinata dal venir meno della causa giustificatrice dell'attribuzione patrimoniale a seguito della risoluzione del contratto, è debito di valuta. Ne consegue che la svalutazione monetaria verificatasi durante la mora del debitore può integrare quel "maggior danno" previsto dall'art. 1224 comma secondo cod. civ., sempreché il creditore deduca e dimostri, sia pure con presunzioni, che se avesse ricevuto tempestivamente la somma di denaro avrebbe evitato gli effetti pregiudizievoli dell'inflazione.

(Conf.: Cass., 11 novembre 1992, n. 12124)

In nessun modo è possibile ritenere comunque l'ultrattività della garanzia dopo la data testualmente e chiaramente indicata come data di conclusione del rapporto fideiussorio.

A.BEE.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 5 aprile 2013, n. 1199 - Giudice Unico Mauceri - C.F.I. S.r.l. (Avv. ti Novebaci e Momtanaro) c. S. S.r.l. (Avv. Chirone).

CONTRATTO in genere - contratto atipico di servizio di logistica integrata - contratto di deposito - disciplina - applicabilità.

(Art. 1766 c.c.)

SEQUESTRO penale - sequestro penale della merce oggetto di deposito - impossibilità sopravvenuta della prestazione dovuta da parte del depositario - sussistenza.

(Artt. 58, 59 e 168 D.P.R. n. 115/2002)

SEQUESTRO penale - spese relative al deposito - obbligo di pagamento in capo alla P.A. - sussistenza.

(Artt. 58, 59 e 168 D.P.R. n. 115/2002)

L'attività di carico e scarico nonché la successiva attività di magazzino costituisce un contratto atipico di servizio di logistica integrata fattispecie per la quale possono trovare applicazione in quanto compatibili le norme in materia di appalto, di deposito, di trasporto, di spedizione e di mandato a seconda della prevalenza dell'attività richiesta.

Nel caso in cui sia prevalente l'attività di magazzino il contratto deve essere disciplinato in via principale dalle disposizioni in tema di deposito ed in via residuale da quelle in tema di appalto. In ogni caso opera il termine decennale di prescrizione del diritto di credito per le relative prestazioni.

Il sequestro penale della merce oggetto di deposito e la successiva vendita giudiziale dei beni sequestrati rendono impossibili le prestazioni del depositario e incidendo direttamente sul sinallagma funzionale del rapporto, ne impediscono l'ulteriore attuazione; ne consegue che, a partire dalla data del sequestro penale, il depositario non ha più diritto al corrispettivo in dipendenza del rapporto di deposito, ma soltanto al compenso da parte dello Stato se nominato custode delle cose sequestrate.

Contrariamente al deposito e alla custodia amministrativa, eseguiti nell'interesse del proprietario del bene tenuto al pagamento al depositario di quanto dovuto a titolo di compenso e di rimborso spese, il deposito e la custodia conseguenti ad un sequestro penale devono ritenersi eseguiti nell'interesse della P.A. alla quale deve pertanto essere richiesto il pagamento della relativa prestazione.

C.GIA.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 14 febbraio 2014 - Giudice Unico Bonino - V.O. (Avv. Mazzotti) c. Fondo Garanzia Vitime Strada - Alleanza Toro S.p.a. (Avv. Fossa).

DANNI in materia civile - danno patrimoniale - riduzione capacità specifica - lavoro domestico - risarcibilità - onere della prova - liquidazione - criteri - reddito figurativo della casalinga.

(Artt. 1223, 2056; art. 137 D.Lgs. n. 209/2005 Codice delle Assicurazioni)

Il pregiudizio economico patito dalla casalinga menomata nell'espletamento della sua attività in conseguenza delle lesioni lamentate è valutabile quale voce di "danno patrimoniale" ex art. 1223 e 2056 c.c. e può essere determinato in via equitativa utilizzando come parametro di valutazione per la liquidazione del c.d. reddito figurativo della casalinga quello triplo della pensione sociale previsto dall'attuale art. 137, 3° comma, del Codice delle Assicurazioni non essendo all'uopo necessaria né la prova che dopo la guarigione l'attività domestica si sia ridotta o sia cessata essendo sufficiente anche solo la prova che la vittima sia costretta ad una maggiore usura né la prova che la persona danneggiata sia dovuta ricorrere all'ausilio di un collaboratore domestico.

(Conf.: Cass., n. 19837/2004; Cass., n. 15823/2005; Cass., n. 16896/2010; Cass., n. 16392/2010).

T.BLE.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 10 febbraio 2014 - Giudice Unico Gandolfo - Gecar S.p.A (Avv. Laganaro) c. Shipping Group S.r.l. (Avv. Ravera) e c. Truck S.r.l.

DEPOSITO (contratto di) - responsabilità da custodia - perdita della cosa depositata - furto - diligenza del custode.

(Artt. 1768, 1218, c.c.)

In tema di responsabilità da custodia, in caso di perdita della cosa depositata in seguito a furto, il depositario non si libera della responsabilità ex recepto provando di aver usato nella custodia la diligenza del buon padre di famiglia prescritta dall'art. 1768 c.c., e cioè di aver disposto un adeguato servizio di vigilanza, ma deve provare, a mente dell'art. 1218 c.c., che l'inadempimento sia derivato a causa a lui non imputabile.

P.P.C.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 20 marzo 2013 - Pres. Castiglione - P.V. (Avv. Musso) c. D.D. (Avv. Cricca).

DISTANZE legali - violazione - fabbricazione in aderenza o in appoggio - azione di riduzione in pristino - azione risarcitoria - non esperibilità.

Nel caso in cui sia stata realizzata una costruzione in violazione della normativa codicistica o regolamentare integrativa, il proprietario del fondo confinante che, nel frattempo, abbia costruito a sua volta in appoggio o in aderenza a questo fabbricato già realizzato non può ricorrere ad alcuno dei rimedi all'uopo esperibili (azione di riduzione in pristino e azione risarcitoria), poiché incompatibili con la scelta effettuata di sfruttare la presenza della costruzione eretta sul confine per costruire in aderenza ad essa.

(Conf.: Cass., n. 8273/2013)

F.BGN.

Tribunale di Genova, sez. VII civ., 22 marzo 2013, n. 1011 - Giudice Unico Zampieri - D.B. (Avv. Muscolo) c. C.A.P. (Avv. Scisci).

DIVISIONE - dilazione della divisione - presupposti - interesse tutelato.

Nessuna rilevanza può rivestire, ai fini della dilazione della divisione ex Art. 1111 Cod. Civ., il fatto che l'abitazione oggetto di causa sia il fulcro della vita affettiva dei figli della persona che ivi risiede.

Il presupposto per l'esercizio del potere discrezionale del Giudice di merito di sospendere la divisione è costituito dalla sussistenza di un pregiudizio riguardante non gli interessi dei singoli condomini, bensì l'interesse obiettivo della comunione.

G.M.T.

Tribunale di Genova, sez. VII civ., 7 ottobre 2013, n. 2903 - Giudice Unico Zampieri - F.D. (Avv. Garzoglio) c. M.C. (Avv. Gammarota).

FAMIGLIA - giudizio di separazione - atto di precetto - sospensione - rigetto - riesame giudice della separazione competente - sussistenza.

(Art. 4 L. 898/1970)

FAMIGLIA - giudizio di separazione - verbale di separazione - titolo - riduzione unilaterale o eliminazione del contributo - instaurazione giudizio di modifica delle condizioni di separazione o divorzio - sussistenza.

Deve essere rigettata la richiesta di sospensione dell'esecuzione dell'atto di precetto in quanto il titolo è suscettibile di essere riesaminato solo dal giudice della separazione che è competente sulle statuizioni in materia economica ex art. 4 legge 898/1970.

Il coniuge separato o divorziato, che è tenuto a contribuire al mantenimento della ex moglie e della prole, non ha il diritto di procedere unilateralmente alla modifica del verbale di separazione essendo necessaria l'instaurazione di un giudizio volto alla modifica delle condizioni di separazione o divorzio.

MA.GRI.

Tribunale di Genova, sez. IV civ., 15 ottobre 2013, n. 3001 - Pres. Haupt - Rel. Cresta - T.G. (Avv. Piccini) c. P.B. (Avv. Turchi).

FAMIGLIA - divorzio - assegno divorzile - presupposti.

L'assegno divorzile previsto dall'art. 5 L. n. 898/70 ha natura prettamente assistenziale ma il suo presupposto non va inteso come mera autosufficienza economica, valutata in assoluto, ma sempre rapportata all'ambito socio-economico di riferimento. L'istante deve dimostrare il dato del passato, e quindi la fascia socio-economica d'appartenenza della coppia all'epoca della convivenza, e la situazione economica attuale, tale da non consentire la conservazione di quel livello socio-economico goduto durante il matrimonio.

A.T.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 28 maggio 2013 - Giudice Unico Calcagno - Restauri Edili (Avv. Fusco) c. P. Srl (Avv. Toso) e c. Nuova Tirrena Assicurazioni (Avv. Bonanni).

FORNITURE - inadempimento - aliud pro alio - insussistenza - merce non idonea - inadempimento - sussistenza - risarcimento del danno - esclusione.

(Artt. 1225, 2° c. e 1497 c.c.)

L'ipotesi dell'aliud pro alio si realizza con la consegna di un bene del tutto diverso che si rivela funzionalmente inadatto ad assolvere la funzione economico - sociale della res. Così Cass. Sez. II, n. 10916 del 18/05/2011. Nel caso in esame si ha un contratto di vendita nel quale il compratore riscontra la mancanza di qualità essenziali per l'uso di destinazione, pertanto si realizza l'ipotesi del inadempimento in quanto, avendo ordinato pannelli destinati ad una realizzazione, in realtà alla parte attrice sono stati consegnati beni non idonei alla lavorazione.

Si realizza l'ipotesi del contratto di vendita, ex art. 1497 c.c. per mancanza delle qualità essenziali per l'uso cui i beni erano destinati. Si configura quindi, l'ipotesi dell'inadempimento in quanto avendo ordinato pannelli destinati ad una realizzazione in realtà alla parte attrice sono stati consegnati beni non idonei alla lavorazione.

Non sussistendo il nesso causale tra i danni subiti e la fornitura non idonea, che poteva essere individuata dalla parte attrice utilizzando

la diligenza professionale, ne deriva la reiezione della domanda e la condanna dell'attore.

MA.GRI.

Tribunale di Genova, 4 ottobre 2013 - Giudice Unico Bianchi - W.O. (Avv. Trabucchi) c. M.A. (Avv.ti Fusani e Vita) e c. T. O. (Avv. Scapolla).

INGIUNZIONE (procedimento per) - rinuncia alla domanda di opposizione - cessazione materia del contendere - soccombenza virtuale - intervento autonomo - condanna alle spese legali - lite temeraria.

(Artt. 91, 96, 306, 385, 390, 391, 645, c.p.c.)

La rinuncia alla domanda di opposizione monitoria prima della fase istruttoria impone la decisione con sentenza di cessazione della materia del contendere e, in ragione del principio di soccombenza virtuale, implica la condanna dell'attore in opposizione alla rifusione delle spese legali non solamente in favore delle parti opposte, bensì anche in favore dei soggetti il cui intervento autonomo venne determinato dall'iniziativa giudiziaria dell'opponente. La palese infondatezza dell'opposizione impone, inoltre, la condanna dell'opponente ex art. 96, comma 3, c.p.c.

P.P.CU.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 11 luglio 2013 - Giudice Unico Silvestri - V.C. (Avv. Russo) c. C.A. (Avv.ti Lagazzi e Musumeci).

MUTUO - nullità citazione - esclusione.

(Art. 164 c.p.c.)

MUTUO - prova per testi - ammissibilità.

(Art. 1284 c.c.)

Si ha nullità della citazione, ex art. 164, 4° c. cpc, quando il petitum della domanda è stato omissivo o è incerto, secondo una valutazione da effettuare ogni volta in base a quanto indicato nell'atto di citazione e nei documenti allegati. Per Cass. Sez. III, n. 1257/2009 e Cass. S.U., n. 8077/2012, l'onere di determinazione dell'oggetto della domanda è assolto anche quando l'attore non indichi esattamente l'ammontare delle somme pretese dal convenuto purché abbia indicato i titoli che fondano la sua pretesa, permettendo al convenuto di formulare le proprie difese. Nel caso in esame, poiché non si rileva incertezza nell'indicazione del petitum e della causa petendi, l'eccezione è infondata.

Il mutuo, ex art. 1813 c.c., è un contratto di natura reale che si realizza con la consegna di una quantità di denaro o altre cose fungibili, ovvero con il conseguimento della disponibilità da parte del mutuatario. Poiché l'attore che chiede la restituzione di una somma data a mutuo deve, per l'art. 2697 c.c., provare gli elementi che costituiscono la domanda e il titolo della medesima, in questo caso l'obbligo di restituzione è provato dall'audizione di un teste che ha dichiarato di aver avuto, dal convenuto, l'assicurazione del pagamento del debito.

MA.GRI.

Tribunale di Savona, 23 agosto 2013 - Giudice Unico Princiotta - A.C. (Avv. Corso) c. M.Z. (Avv. Ascheri).

OBBLIGAZIONI in genere - risoluzione del contratto per inadempimento - termine essenziale - termine definito "perentorio" dalle parti - sufficienza.

(Art. 1457 c.c.)

OBBLIGAZIONI in genere - risoluzione del contratto per inadempimento - risarcimento del danno - ritenzione della caparra confirmatoria - facoltà.

(Art. 1453 c.c.)

SPESE GIUDIZIALI in materia civile - spese generali - liquidazione e quantificazione.

(Art. 91 c.p.c.)

Costituisce motivo di risoluzione del contratto preliminare per inadempimento il mancato rispetto, da parte del promissario acquirente, del termine concordato dalle parti per la stipula del rogito notarile e dalle stesse definito come perentorio.

Qualora la parte non inadempiente, anziché recedere dal contratto ritenendo la caparra, abbia invece agito chiedendone la risoluzione, la caparra - che perde la funzione di anticipata liquidazione del danno da determinare nei modi ordinari - può essere dalla stessa trattenuta fino alla definitiva determinazione del risarcimento.

(in senso conforme Cass, sez. II, 26 maggio 2003, n. 8310)

Posto che l'art. 13, comma 10, l. 247/12, prevede la corresponsione di una somma per il rimborso delle spese forfetarie, appare equo quantificare tali spese, in attesa dell'emanazione del d.m. previsto dalla norma, nella misura del 12,5% del compenso al difensore.

A.NIC.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 5 aprile 2013, n. 1193 - Giudice Unico Giordano - L.T. e altri (Avv. Rosso) c. P.T. (Avv. Cambiaggio).

POSSESSO e azioni possessorie - giudizio possessorio instaurato autonomamente e antecedentemente al giudizio petitorio - rigetto della domanda petitoria - tutela possessoria - ammissibilità.

(Artt. 704 e 705 c.p.c.)

In tema di concorso tra possessorio e petitorio, proposta, da parte dell'attore in possessorio, separata domanda di accertamento del diritto di proprietà, il passaggio in giudicato della sentenza di rigetto resa a conclusione del giudizio petitorio non fa venire meno la protezione che l'ordinamento accorda al potere di fatto, a prescindere dal titolo che lo possa giustificare, né preclude al giudice del possessorio, ancora in ipotesi pendente, di emettere, ove ne ricorrano i presupposti, una pronuncia di reintegra, giacché la tutela possessoria è destinata a cedere, non a fronte dell'accertamento in petitorio che il possessore non è il proprietario, ma soltanto in presenza di un accertamento, in quella sede, del diritto incompatibile spettante allo spoliator.

(Conf.: Cass., 17 febbraio 2012, n. 2371)

Al di fuori della specifica ipotesi di giudizio possessorio proposto in pendenza di giudizio petitorio, la riconosciuta titolarità del diritto in capo al soggetto convenuto con l'azione possessoria si verifica, per effetto della previsione di cui all'articolo 705 c.p.c., soltanto a seguito della definizione del giudizio possessorio e dell'esecuzione della relativa decisione: in questo caso è pacifico che qualora il giudizio petitorio si concluda con l'affermazione del diritto in capo allo spoliator ne derivi una caducazione della tutela possessoria.

Il rilievo di mancanza di prova di un possesso protrattosi per vent'anni non è incompatibile con l'affermazione dell'esistenza di un possesso attuale al momento dell'intervenuto spoglio denunciato con il ricorso possessorio.

A.BEE.

Tribunale di Savona, 25 ottobre 2013 - Pres. Campanaro - Rel. Princiotta - L.A. s.s. (Avv. Di Cerbo) c. G.C. (Avv. Bruzzone).

POSSESSO e azioni possessorie - azione di manutenzione - presupposti.

(Art. 1170 c.c.)

Ai fini dell'azione possessoria di manutenzione le turbative possono assumere la forma di molestie di fatto quando attentino all'integrità del possesso attraverso qualsiasi apprezzabile modificazione o limitazione del modo del precedente esercizio, operate contro la volontà del possessore (nel caso di specie il Collegio, confermando sul punto la decisione reclamata, ha ritenuto costituire molestia la condotta di chi realizza opere idonee a rendere sensibilmente più difficoltoso - se non ad impedire - l'accesso veicolare al fondo adiacente occupando il suolo prima utilizzato quale area di manovra dagli automezzi che a tale fondo accedevano).

A.NIC.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 22 marzo 2013, n. 1015 - Giudice Unico Bisio - Associazione Sportiva (Avv. Bocca) c. G. sas (Avv. ti Catucci, Rezzano e Raffo).

PROCEDIMENTO civile - riqualificazione della domanda (responsabilità contrattuale/extracontrattuale) - mutatio libelli - inammissibilità.

ASSOCIAZIONE - rappresentanza processuale - formazione della volontà dell' Ente associativo di agire in giudizio - potestà del Presidente.

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità contrattuale - agente assicurativo e broker - rapporto di consulenza professionale - esclusione.

Secondo Cass., 24996/2008 "è domanda nuova quella che alteri anche uno soltanto dei presupposti della domanda inizialmente proposta, introducendo un petitum diverso e più ampio, oppure una diversa causa petendi, fondata su situazioni giuridiche in precedenza non prospettate ed in particolare su un fatto giuridico radicalmente diverso, tale da integrare pretesa nuova e da inserire nel processo un nuovo tema di indagine. Tale eventualità si verifica anche se i fatti dedotti siano stati esposti nell'atto di citazione al mero scopo di descrivere ed inquadrare altre circostanze e soltanto successivamente, per la prima volta, siano stati richiamati a sostegno di una nuova pretesa, determinando in tal modo l'introduzione di un nuovo tema di indagine".

Nella specie, la riqualificazione del titolo della domanda in termini di responsabilità extracontrattuale effettuata in sede i memorie ex art. 183, c. VI c.p.c. rappresenta una inammissibile e tardiva "mutatio libelli", andando a modificare la causa petendi su cui era stata originariamente fondata la domanda, ossia la responsabilità contrattuale.

In assenza di specifiche previsioni statutarie, il Presidente dell'Associazione è titolare di una competenza originaria a formare la volontà dell'Ente anche in assenza di una ratifica da parte dell'Assemblea (nella specie: agire in giudizio), visto il disposto degli artt. 36 e 38 c.c. che statuiscano, con ampia formula, che la rappresentanza processuale dell'Ente è attribuita al Presidente o al Direttore, e che statuisce per le obbligazioni assunte dall'Ente stesso la responsabilità personale e solidale di chi ha agito in nome e per conto di esso.

Detta competenza esula dal rapporto mandante/mandatario per cui le norme sul mandato possono trovare applicazione come titolo generale di responsabilità, ma dalla norma civilistica non sembra anche de-

sumersi che l'Assemblea abbia lo stesso ruolo del mandante.

La disciplina del contratto di agenzia è dichiarata applicabile dall'art. 1753 anche agli agenti di assicurazione di cui all'art. 1903 c.c., così che l'Agente assicurativo è chi assume stabilmente l'incarico di promuovere, per conto di altri e dietro compenso, la conclusione di contratti in una zona determinata.

L'Agente non è mandatario, in quanto non svolge attività giuridica, bensì di mediazione di affari (così Cass., 925/1990), anche se il preponente può conferirgli la rappresentanza per la conclusione di contratti.

Obbligo dell'Agente, ai sensi dell'art. 1746 c.c. è quello di tutelare gli interessi del preponente e di agire con lealtà e buona fede, adempiendo l'incarico ricevuto in conformità alle istruzioni, fornendo al preponente le informazioni utili e le condizioni generali di mercato e quelle utili al fine di valutare la convenienza dei singoli affari.

Il Broker, viceversa, è un esperto del mercato assicurativo, al quale può rivolgersi chi è interessato a stipulare una polizza alle migliori condizioni ovvero ha un problema di particolare complessità che richiede particolare esame e studio.

Il Broker indica al cliente la Compagnia di assicurazioni con cui stipulare, studia il rischio, discute con l'assicuratore le condizioni di assicurazione anche di carattere non economico.

La L. 792/1984 pare inquadrare l'attività del Broker nell'ambito della mediazione; tuttavia, rispetto alla mediazione manca uno dei requisiti fondamentali, ossia l'imparzialità di chi mette in relazione le parti del contratto, in quanto egli è fiduciario dell'assicurando, del quale deve fare gli interessi.

In ogni caso, il Broker è un incaricato di fiducia dell'assicurando, con il compito precipuo di consigliarlo nella scelta della collocazione sul mercato dei rischi alle migliori condizioni ed assisterlo nella stipula del contratto, e successivamente di mettere in contatto a tal fine le parti, maturando il diritto alla provvigione nei confronti del solo assicuratore, senza essere legato ad alcuna delle parti da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza (così Cass., 5 giugno 1992, n. 6956 - Cass., 26 agosto 1998, n. 8467).

La semplice e sola richiesta formulata ad un Agente assicurativo diretta ad ottenere l'indicazione del prodotto confacente ai propri bisogni non può trasformare la prestazione fornita dall'Agente assicurativo da quella di vendita di prodotti assicurativi a quella di consulenza professionale.

Nessun incarico di questo tipo è conferito dall'assicurando all'Agente.

G.M.T.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 11 luglio 2013 - Giudice Unico Silvestri - S. (Avv. ti Di Martino e Demartini) c. Banca C. (Avv. Silvestri).

PROCEDIMENTO civile - opposizione a decreto ingiuntivo - eccezione di estinzione del giudizio - esclusione - procedibilità nei confronti della parte fallita - esclusione - eccezione di parte opponente - mancata investitura Tribunale - errore materiale - esclusione - inefficacia del decreto ex art. 644 c.p.c. - esclusione - disconoscimento moduli ed estratti conto prodotti dalla banca - esclusione - inesistenza della data certa delle fideiussioni sottoscritte dagli attori - esclusione - interpolazione delle cifre apposte nei moduli di fideiussione - esclusione - mancata comunicazione della revoca degli affidamenti - esclusione - nullità delle fideiussioni ex art. 1418 c.c. per indeterminatezza -

esclusione - decadenza dell'azione ex art. 1957 c.c. - esclusione - contestazione dei conteggi effettuati dalla banca - esclusione.

(Artt. 1421 e 2704 c.c. e 112 c.p.c.)

Non si realizza l'estinzione del giudizio in caso di apertura del fallimento ex art. 43 legge fallimentare, in quanto è necessaria la conoscenza legale che deve essere acquisita a seguito dichiarazione, notificazione o certificazione dell'evento che determina l'interruzione del processo. Nel caso in esame, si è avuta la tempestiva riassunzione ex art. 305 c.p.c.

Come Cass. Sez. I, n. 6918/2005, in caso di dichiarazione di fallimento nelle more del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo che viene proposta dal debitore ingiunto successivamente fallito, il creditore opposto partecipa in concorso con gli altri creditori previa domanda di opposizione al passivo, in quanto sono inopponibili al fallimento sia il decreto sia l'ipoteca giudiziale. Pertanto, il creditore, considerata l'inopponibilità alla massa sia del decreto sia dell'ipoteca, non può ottenere l'ammissione al passivo per il credito dato dalle spese sopportate per il giudizio e per l'iscrizione dell'ipoteca. Ne deriva l'improcedibilità della domanda di opposizione a decreto ingiuntivo della società fallita.

L'eccezione che si fonda sull'indicazione di un Tribunale in luogo di un altro, costituisce un errore materiale avendo indicato nell'intestazione del ricorso correttamente il tribunale da adire, Il ricorso è stato depositato presso il Tribunale di cui all'intestazione e il medesimo ha così provveduto. Risulta evidente che l'istanza era rivolta al Tribunale di Genova sulla cui competenza la parte attrice in opposizione non ha sollevato eccezioni.

Il termine processuale dell'art. 644 c.p.c. è soggetto alla sospensione feriale; pertanto nel caso in esame poiché il termine è emesso durante tale periodo (di sospensione feriale) ne deriva che l'inoltro per la notifica è tempestivo essendo rispettate le formalità prescritte.

È onere della parte opponente disconoscere le sottoscrizioni dei contratti di fideiussione, pertanto, in mancanza di ciò si devono ritenere come riconosciute.

L'art. 2704 c.c. è applicabile solo nei confronti dei terzi e non alle parti contraenti che sono vincolate al contenuto del contratto e alla data ivi indicata.

Se si vuol sostenere che l'accordo raggiunto fosse diverso, per Cass. Sez. III, n. 25445/2010, deve essere proposta querela di falso e deve essere fornita la prova dell'esistenza di un accordo che ha un contenuto diverso da quello del foglio sottoscritto. Nel caso in esame l'attore non ha assolto a tali oneri.

Anche in assenza di avviso di ricevimento, un telegramma costituisce prova certa della spedizione attestata dall'ufficio postale con ricevuta. Ne deriva la presunzione della regolarità del servizio postale per l'arrivo a destinazione e la conoscenza dell'atto.

Solo la mancata predeterminazione dell'importo massimo garantito determina la nullità della garanzia in quanto nella garanzia medesima è espressamente indicato l'importo massimo garantito.

La decadenza del creditore dall'obbligazione fideiussoria ex art. 1957 c.c. per la mancata tempestiva proposizione delle azioni contro il debitore principale, può essere oggetto di rinuncia preventiva da parte del fideiussore in quanto pattuizione affidata alle parti che, non urtando principi di ordine pubblico, determina solo l'assunzione, da parte del fideiussore del rischio relativo al mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore.

Nel giudicare sulla validità dei contratti in merito all'adempimento dell'obbligazione fideiussoria, quanto previsto dall'art. 1421 c.c. deve essere coordinato con l'art. 112 c.p.c. che impone

il limite della domanda attorea. Ne deriva che la nullità può essere rilevata d'ufficio solo se si pone in contrasto con la domanda dell'attore e solo se questi ha chiesto l'adempimento del contratto.

MA.GRI.

Tribunale di Savona, 10 dicembre 2013 - Giudice Unico Princiotta - Parrocchia (Avv. Giacardi) c. L. (Avv. Giusto).

PROCEDIMENTO civile - domanda giudiziale nuova - domanda di attribuzione della proprietà ex art. 938 c.c. - proposta oltre il termine di cui all'art. 167 c.p.c. - esclusione.

(Art. 167 c.p.c., artt. 938 e 939 c.c.)

DANNI - patrimoniali e non patrimoniali - danno all'esercizio del culto - sussistenza - esclusione.

(Art. 2049 c.c.)

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità aquiliana del committente di opere edili - sussiste.

(Art. 2043 c.c.)

Costituisce domanda nuova - avente ad oggetto l'accertamento di fatti nuovi - ed è come tale inammissibile ove proposta successivamente al termine di cui all'art. 167 c.p.c., la domanda con cui il costruttore occupante il terreno altrui chiedi l'attribuzione della facoltà di ritenzione ed uso di quanto occupato a fronte del versamento dell'indennità di cui agli artt. 938 o 939 c.c.

Il danno all'esercizio del culto non può automaticamente conseguire al mero ingombro di materiale su porzione del sagrato.

Il committente risponde dei danni conseguenti ad intervento edilizio di sopraelevazione che abbia determinato infiltrazioni nell'immobile adiacente a causa della interruzione dei lavori in assenza di adeguate opere provvisorie a protezione delle strutture di copertura.

A.NIC.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 2 novembre 2010 - Giudice Unico La Mantia - C.W. e L.I. (Avv.ti Amenta e Maresca) c. G. s.a.s. di G.N. & C. (Avv.ti Casagrande e Cesarone).

PROPRIETÀ - rapporti di vicinato - servitù prediale - condotta ripristinatoria dello status quo ante da parte del proprietario del fondo servente - contrasto con il divieto di cui all'art. 1030 c.c. - esclusione.

(Art. 1030 c.c.)

Il vantaggio arrecato al fondo dominante, in forza della costituzione di una servitù prediale, non viene meno allorché il proprietario del fondo dominante debba, come nel caso di specie, realizzare alcune opere sul suo fondo, per godere nel modo più pieno della servitù.

La diversa prestazione posta a carico del proprietario del fondo servente - consistente, nel caso di specie, nell'eliminazione di un manufatto in lamiera che impediva al proprietario del fondo dominante l'esercizio di una servitù di passo - lungi dall'integrare una prestazione imposta al proprietario del fondo servente per consentire l'esercizio della servitù al titolare del fondo dominante, in contrasto con il divieto di cui all'art. 1030 c.c., si sostanzia più correttamente in una condotta ripristinatoria dello status quo ante, idonea a eliminare il frapposto impedimento all'esercizio della servitù di passo a favore del fondo dominante.

Corte d'Appello di Genova, 27 marzo 2013 - Pres e Rel. Castiglione - R.G. e (Avv. Carbonaro) c. R.S. (Avv. Raffo).

PROPRIETÀ (azioni a difesa della) - accessione invertita - rilevabilità d'ufficio - inammissibilità - azione di rivendica - elementi essenziali e onere prova.

L'accessione invertita contemplata dalla norma di cui all'art. 938 c.c. comporta la necessità di una pronuncia costitutiva a favore di chi ne invoca gli effetti, non può essere rilevata d'ufficio dal giudice ma deve formare oggetto di una vera e propria domanda riconvenzionale, non bastando nemmeno ad investirne il giudice una mera eccezione o una semplice difesa di merito.

Una delle condizioni di fondatezza della domanda di rivendica è costituita dall'effettiva attuale titolarità del diritto dominicale in capo al rivendicante, per cui l'attore deve fornire la prova di avere acquistato il bene a titolo originario, anche attraverso una serie ininterrotta di atti di trasferimento che consenta di risalire ad un acquisto a titolo originario o che si sia protratta per tutto il tempo necessario all'usucapione. Nell'azione di rivendica la prova della titolarità del bene deve essere valutata rigorosamente. Il rigore della prova di attenua soltanto nei casi particolari indicati dalla giurisprudenza di legittimità: ciò si verifica quando il convenuto non contesta l'appartenenza originaria del bene ad un comune dante causa o al dante causa dell'attore, ovvero risulti individuato ed indicato dalle parti un unico proprietario originario del bene in contestazione. In tali casi il rivendicante non deve necessariamente risalire attraverso una serie continua di trasferimenti, ad un acquisto a titolo originario del bene né dimostrare il compimento dell'usucapione. Diversamente, mancando qualsiasi indicazione da parte degli attori sul titolo di proprietà, la prova della titolarità del bene in contestazione non può desumersi da semplici ammissioni evincibili delle difese del convenuto.

SI.CO.

Tribunale di Genova, sez. IX civ., 22 aprile 2014 - Pres. Costanzo - Rel. Veglia - JAS Project S.p.a. (Avv. Bonavera) c. JAS - Jet Air Services S.p.a. (Avv.ti Gandin e A. Barca).

PROPRIETÀ industriale - marchio comunitario - denominazione sociale - accertamento di nullità o decadenza.

(Reg. CE n. 207/09 del 26 Febbraio 2009, artt. 56 e 100)

CONCORRENZA - concorrenza sleale - confusione.

GIURISDIZIONE civile - autorità giudiziaria nazionale - azione in via diretta - insussistenza - competenza dell'uami.

(D. Lgs. 10 Febbraio 2005, n. 30, art. 120)

COMPETENZA civile - competenza territoriale - Giudice del luogo ove si è svolta la condotta lesiva - lesione di diritti personali o all'immagine - sussistenza.

(Art. 2598, n. 1 c.c.)

Ai sensi dell'art. 56 Reg. CE n. 20/09 del 26 Febbraio 2009, la domanda di nullità o decadenza del marchio comunitario deve essere presentata all'UAMI (Ufficio per l'Armonizzazione nel Mercato Interno), essendo competente il Giudice nazionale solo nell'ipotesi in cui detta domanda sia proposta in via riconvenzionale nell'ambito di una generale azione di contraffazione.

Le domande volte ad ottenere l'accertamento del diritto esclusivo alla propria denominazione sociale ed al relativo utilizzo presuppone tra l'altro un accertamento della invalidità del marchio che non può essere incidentale ma deve necessariamente essere dispiegato in via principale quale presupposto necessario delle domande ulteriori.

Oltre al foro della parte convenuta (ex art 19 c.p.c. e 120 c.p.i.) ed al forum commissi delicti, va affermata altresì la competenza del Giudice del luogo ove si sono verificati gli effetti lesivi, ove si verta in tema di lesione dei diritti personali o all'immagine, ai quali deve essere assimilata la lesione all'uso della propria denominazione sociale

(Cfr. Cass., sez. I, 20 marzo 1998, n. 2932)

G.M.T.

Tribunale di Savona, 8 novembre 2013 - Pres. Campanaro - Rel. Princiotta - S.M. (Avv. Spotorno) c. G.C. (contumace) e D.B. (Avv. Vignola).

RAPPRESENTANZA nei contratti - figura del c.d. "nuncius" - sussistenza - esclusione.

(Artt. 1387 e ss. c.c.)

OBBLIGAZIONI in genere - risoluzione del contratto per inadempimento - risarcimento del danno - presupposti - sussistenza.

(Art. 1453 c.c.)

Il soggetto che, qualificatosi come esponente di una costituenda società, collochi sul mercato azioni della medesima e sottoscriva i relativi contratti risponde direttamente - non potendosi ritenere mero "nuncius" - della mancata emissione delle azioni collocate ed è, dunque, tenuto al risarcimento dei danni conseguenti all'inadempimento indipendentemente dal fatto che il pagamento degli acconti pattuiti sia stato effettuato a favore di un terzo.

A.NIC.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 11 febbraio 2014, n. 510 - Giudice Unico Casale - G. (Avv. Giardi) c. Alleanza Toro Assicurazioni S.p.a. (Avv. Fossa).

RESPONSABILITÀ civile - sinistro stradale - onere della prova - richiesta risarcimento al Fondo di garanzia per le vittime della strada - infondatezza.

(Art. 2697 c.c.)

L'azione, proposta per il risarcimento dei danni verso l'impresa designata dal Fondo di garanzia per le vittime della strada, può essere provata con la denuncia o la querela contro ignoti alle competenti autorità. Tale prova, però, non è automatica; il giudice di merito, infatti, può escludere la riconducibilità della fattispecie al danno determinato da un veicolo non identificato e può affermarla in mancanza della denuncia stessa.

L'omessa o incompleta denuncia all'autorità, quindi, non è idonea ad escludere che il danno sia stato causato da un veicolo non identificato così come la presentazione della denuncia o della querela non vale a dimostrare l'accaduto. Quanto avviene, invece, va apprezzato riguardo alle singole fattispecie in quanto il giudice deve valutare la complessiva attendibilità dei fatti sottoposti al suo giudizio. Così, per quanto riguarda il comportamento dell'attore, questi, nell'immediatezza dei fatti, si è recato al Pronto Soccorso limitandosi a riferire di aver riportato lesioni e ferite quale esito di un imprecisato "incidente stradale" senza far riferimento ad un veicolo rimasto sconosciuto. Il medesimo inoltre, ha atteso due anni per inoltrare la richiesta alla parte convenuta, ed occorre aggiungere le versioni discordanti dei fatti fornite dai testimoni che determinano dubbi sul reale accadimento dell'incidente.

Pertanto non si può ritenere che l'attore abbia assolto all'onere probatorio ex art. 2697 c.c. che ha quale oggetto, il verificarsi a suo danno di un illecito determinato da un veicolo sconosciuto.

MA.GRI.

Tribunale di Genova, 4 aprile 2013 - Giudice Unico Bonsignore - P.P. (Avv. Ghigo) c. Provincia di Genova (Avv. Rigmonti).

RESPONSABILITÀ civile - danno da cosa in custodia - strada provinciale ghiacciata - responsabilità del custode - sussiste.

(Art. 2051 c.c.)

Si applica la disciplina di cui all'art. 2051 c.c. ai danni sofferti dagli utenti della strada per la cattiva ed omessa manutenzione di strade ed autostrade da parte dei proprietari e dei concessionari, in ragione del particolare rapporto con la cosa che ad essi deriva dai poteri effettivi di disponibilità e controllo sulle medesime.

Ne consegue che incombe sul danneggiato unicamente l'onere di provare l'esistenza del danno e la sua derivazione dalla cosa, spettando invero al custode la dimostrazione del caso fortuito che può consistere sia in un'alterazione dei luoghi imprevista, imprevedibile e non tempestivamente eliminabile o segnalabile, sia nella condotta della stessa vittima, ricollegabile all'omissione delle normali cautele esigibili in situazioni analoghe. (Nella specie il Tribunale di Genova ha condannato la Provincia a risarcire i danni subiti all'autovettura di un utente della strada che ha perso il controllo del mezzo a causa del ghiaccio formatosi sul manto stradale)

C.GIA.

Corte d'Appello di Genova 3 marzo 2013 - Pres. e Rel. Castiglione - C.R. (Avv. Musu e Mori) c. M.C. (Avv. Repetto) e c. A. Ass.ni (Avv. Del Bianco).

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità del proprietario dell'animale - presunzione colpa proprietario - superamento - trasferimento responsabilità sul momentaneo detentore dell'animale - ammissibilità - interrogatorio libero - valenza probatoria.

(Art. 2052 c.c.)

PROCEDIMENTO civile - liquidazione delle spese di lite.

L'art. 2052 c.c. stabilisce a carico del proprietario dell'animale una presunzione di colpa, che può essere superata soltanto dalla prova del caso fortuito. Questo comprende il fatto colposo del terzo e la colpa dello stesso danneggiato, che però per avere effetti liberatori deve consistere in un comportamento cosciente, che assorba l'intero rapporto causale, e cioè in una condotta con la quale il danneggiato si esponga coscientemente al rischio di subire danni dal comportamento dell'animale, rendendo possibile in concreto la verifica dell'evento dannoso.

Il proprietario non è più responsabile dei danni quando abbia trasferito ad un altro soggetto l'uso dell'animale: in tal caso - come prevede espressamente l'art. 2052 c.c. - chi se ne serve per il tempo in cui lo ha in uso, risponde in luogo del proprietario dei danni cagionati dall'animale. L'uso dell'animale, che esclude la responsabilità del proprietario, non nasce soltanto da un diritto reale o personale di godimento, o comunque da un titolo giuridico concorrente o prevalente su quello del proprietario, ma può derivare anche da un rapporto di mero fatto, per il quale il soggetto utilizza l'animale anche temporaneamente nel proprio interesse con il consenso del proprietario.

L'interrogatorio libero, pur non essendo mezzo di prova, può costituire la fonte unica del convincimento del giudice, al quale è riservata valutazione della conclusione ed attendibilità delle dichiarazioni della parte che lo rende, sui fatti da essa direttamente percepiti di cui ha conoscenza diretta e personale.

Il principio della soccombenza prevale sui giusti motivi ai fini della compensazione delle spese.

SI.CO.

Tribunale di Savona, 6 novembre 2013 - Giudice Unico Princiotta - G. (Avv. Vagnola) c. Comune di Carcare (Avv. Iezzi).

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità da cosa in custodia della P.A. - Ente Locale gestore di strada - condizioni della strada - insidia - danno cagionato da cose in custodia.

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità da cosa in custodia della P.A. - prova liberatoria - caso fortuito - sussistenza - esclusione.

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità da cosa in custodia della P.A. - prova liberatoria - caso fortuito - condotta colposa del danneggiato - sussistenza - esclusione.

(Art. 2051 c.c.)

PROCEDIMENTO civile - sentenza 1° grado - vizio di motivazione - decisione fondata su documenti prodotti all'udienza di precisazione delle conclusioni - ammissibilità - esclusione .

(Art. 320 c.p.c.)

Ai sensi dell'art. 2051 cod. civ., l'ente proprietario di una strada aperta al pubblico transito si presume responsabile dei sinistri riconducibili alle situazioni di pericolo commesse in modo imminente alla struttura o alle pertinenze della strada stessa, indipendentemente dalla sua estensione.

(Conf.: Cass., 18 ottobre 2011, n. 21508; Cass., 19 novembre 2009, n. 24428)

Con riguardo al tratto stradale di competenza del Comune che risulti privo di illuminazione per mancata manutenzione e al contempo, in presenza di buche, ghiaia, fango e detriti trasportati da piogge, si configura l'insidia - specie se risulta accertata la diligenza di guida del danneggiato - e conseguentemente la responsabilità oggettiva dell'Ente gestore della cosa in custodia, ai sensi dell'art. 2051 c.c., che non abbia dato la prova dell'esistenza dell'esimente del caso fortuito, ovvero che il danno sia stato determinato da cause estrinseche ed estemporanee create da terzi, le quali nemmeno con l'uso dell'ordinaria diligenza potevano essere tempestivamente rimosse.

(Conf.: Cass., 19 novembre 2009, n. 24428)

La responsabilità dell'ente proprietario di una strada aperta al pubblico transito ex art. 2051 c.c. è esclusa solo dal caso fortuito, che può consistere sia in una alterazione dello stato dei luoghi imprevista, imprevedibile e non tempestivamente eliminabile o segnalabile ai conducenti nemmeno con l'uso dell'ordinaria diligenza, sia nella condotta della stessa vittima, ricollegabile all'omissione delle normali cautele esigibili in situazioni analoghe.

(Conf.: Cass., 20 novembre 2009, n. 24529).

A norma dell'art. 320 c.p.c., nel procedimento davanti al giudice di pace non è configurabile una distinzione tra prima udienza di comparizione e prima udienza di trattazione, pur essendo il rito

caratterizzato dal regime di preclusioni tipico del procedimento davanti al Tribunale; ne consegue che la produzione documentale, laddove non sia avvenuta nella prima udienza, rimane definitivamente preclusa, né il giudice di pace può restringere l'operatività di tale preclusione rinviando ad un'udienza successiva alla prima al fine di consentire la produzione non avvenuta tempestivamente.

(Conf.: Cass., 21 dicembre 2011, n. 27925)

ALB.SPIN.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 10 febbraio 2014, n. 509 - Giudice Unico Bonino - C.G. (Avv. Conterno) c. L.F. Srl (Avv.ti Cuomo Ulloa e Ferrati).

RESPONSABILITÀ civile - cose in custodia - ripartizione dell'onere della prova - onere a carico del danneggiato di provare il nesso causale tra la cosa e il danno - sussistenza - fattispecie in tema di caduta su una passatoia posta all'esterno di un locale commerciale.

(Art. 2051 c.c.)

In tema di responsabilità civile per i danni cagionati da cose in custodia, è onere di parte attrice provare il fatto costitutivo della pretesa risarcitoria azionata in giudizio, in particolare il nesso eziologico tra la cosa che si trovava nella custodia di parte convenuta - asseritamente insidiosa secondo la prospettazione attorea - la caduta ed il lamentato danno. (Nel caso di specie, il Tribunale ha rigettato la domanda risarcitoria proposta ai sensi della citata disposizione, sul presupposto che il soggetto danneggiato - caduto su una passatoia posta all'esterno di un locale commerciale - avrebbe dovuto dimostrare che a cagionare la caduta era stata la presenza della passatoia, per sue caratteristiche e/o imperfezioni o per un difetto di posizionamento della stessa).

(Conf.: Cass. n. 5031/1998; Cass. n. 21684/2005; Cass. n. 5910/2011; Cass. n. 7125/2013).

V.CAV.

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., n. 787/2014 - Pres. Bonavia - Rel. Silva - D.F. (Avv.ti Porzio e Melone) c. P.S. (Avv. Trevisanato).

RESPONSABILITÀ civile - medico - rivelazione del segreto professionale - danno non patrimoniale - sussiste.

(Art. 2059 c.c.)

Il rilascio di un'intervista da parte di un medico nella quale lo stesso riveli informazioni circa la salute di un paziente configura fatto illecito, costituendo violazione delle norme deontologiche nonché di quelle poste a tutela della riservatezza e del segreto professionale. Il medico è pertanto tenuto al risarcimento del danno non patrimoniale consistente nel turbamento procurato al paziente non dall'apprendere di essere affetto da una patologia - che gli avrebbe precluso il proseguimento di attività sportive praticate a livello professionistico - ma dal fatto di essere stato privato ingiustamente della possibilità di gestire autonomamente la nuova drammatica situazione che si presentava come ineluttabile.

Il medico che renda alla stampa informazioni relative alle condizioni di salute di un paziente risponde solo personalmente e non può essere manlevato dalla propria assicurazione. Tale compor-

tamento infatti, integrando un'iniziativa del tutto privata, non investe l'attività istituzionale alle dipendenze dell'ente ospedaliero (per la quale sussiste la copertura assicurativa).

F.O.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 11 febbraio 2014 - Giudice Unico Scarzella - P.M. (Avv. Levrero) c. Comune di Genova (Avv.ti Chiappe e Allasia).

SENTENZA - nullità per mancanza di motivazione - effetti - rimessione atti al giudice di prime cure - tassatività - esclusione nel caso di specie.

(Artt. 161 c.1 e 353 -354 c.p.c.)

OPPOSIZIONE a sanzione amministrativa - obbligo di comunicare le proprie generalità in occasione del sinistro stradale - posticipazione dell'adempimento ad un tempo successivo - presupposti - asserito improrogabile impegno di lavoro del conducente - irrilevanza.

(Art. 22 e segg. L. 689/1981 - Art. 189 c. 9 C.d.s.)

OPPOSIZIONE a sanzione amministrativa - obbligo di comunicare le proprie generalità in occasione del sinistro stradale - violazione - posticipazione dell'adempimento ad un tempo successivo - configurabilità del ravvedimento operoso - esclusione.

(Art. 22 e segg. L. 689/1981 - Art. 189 c. 9 C.d.s.)

Rilevata d'ufficio la mancanza, nel fascicolo di primo grado, del provvedimento recante la motivazione della sentenza emessa dal Giudice di prime cure e conseguentemente la nullità della sentenza resa, ai sensi dell'art. 161 c.1 cod. proc. civ., non ricorrendo alcuna delle ipotesi di rimessione al giudice a quo, in quanto tassativamente previste dagli artt. 353 e 354 cod. proc. civ., spetta al Giudice dell'appello la decisione della causa nel merito.

(Conf.: Cass., 3 aprile 2012, n. 5277).

La sanzione prevista dall'Art. 189 c.9 C.d.S. nel caso in cui, al momento dell'incidente, i conducenti dei veicoli coinvolti, non provvedano a fornirsi reciprocamente le proprie generalità e ogni altro dato utile, anche ai fini risarcitori, è legittima non rilevando quale pretesa causa di giustificazione dell'allontanamento dal luogo dell'incidente senza avere comunicato le proprie generalità, l'asserito improrogabile impegno di lavoro, essendo tassativamente previsto dalla citata norma, quale unica circostanza esimente, l'assenza della persona danneggiata.

La fattispecie prevista dall'art. 189 c.9 C.d.s. ha la propria ratio nell'esigenza che i soggetti coinvolti in un sinistro stradale, a prescindere dalla loro responsabilità nella causazione dello stesso, non solo prestino la prima assistenza ai danneggiati, ma risultino chiaramente identificati sin da subito, al fine di consentire agli organi di polizia di ricostruire tempestivamente la dinamica del sinistro e procedere agli accertamenti necessari, anche ai fini risarcitori, senza la necessità di procedere ad attività di indagine per l'individuazione del soggetto responsabile, fatto che si verificherebbe automaticamente nel caso in cui si omettesse la comandata comunicazione e che la norma mira ad evitare, derivando da ciò l'inconfigurabilità di alcuna forma di ravvedimento operoso.

(Conf.: Cass., sez. IV pen., 28 gennaio 2010, n. 3568)

ALB.SPIN.

Tribunale di Genova, 6 dicembre 2012 - Giudice Unico Vinelli - M.A. (Avv. Ceriana) c. M.E. (Avv. Ghiara).

SERVITÙ - acquisto a titolo originario (usucapione) - servitù di passaggio - apparenza - apposizione di una catena volta a regolare il transito - requisito sufficiente - esclusione.

(Art. 1061 c.c.)

Il requisito dell'apparenza della servitù, necessario ai fini del relativo acquisto per usucapione o per destinazione del padre di famiglia (art. 1061 c.c.), si configura come presenza di segni visibili di opere permanenti obiettivamente destinate al suo esercizio e rivelanti in modo non equivoco l'esistenza del peso gravante sul fondo servente, in modo da rendere manifesto che non si tratta di attività compiuta in via precaria, bensì di preciso onere a carattere stabile. Ne consegue che non è al riguardo sufficiente l'esistenza di una strada o di un percorso idonei allo scopo, essenziale viceversa essendo che essi mostrino di essere stati posti in essere al preciso fine di dare accesso attraverso il fondo preteso servente a quello preteso dominante, e, pertanto, un "quid pluris" che dimostri la loro specifica destinazione all'esercizio della servitù. (Nella specie la catena collocata dal proprietario del preteso fondo dominante attorno al preteso fondo servente al fine di impedire ai terzi di accedervi non è stata ritenuta opera destinata ad esercitare il diritto di passaggio sul fondo ma, al contrario, funzionale ad impedirlo).

(Conf.: Cass., 31 maggio 2010, n. 13238)

A.NIC.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 8 ottobre 2013, n. 2909 - Giudice Unico Giordano - B. (Avv. Paneri) c. Banca C. (Avv. Villani).

SOCIETÀ di persone - cancellazione dal registro delle imprese - legittimazione attiva del socio - credito illiquido - non sussiste.

è carente di legittimazione attiva il socio accomandatario di una società in accomandita semplice che, dopo la cancellazione della stessa dal registro delle imprese, agisca in giudizio per ottenere il pagamento di un credito della società avente natura contestata ed illiquida, dovendosi tale pretesa ritenersi rinunciata al momento della cancellazione dal registro delle imprese, senza che possa essersi verificato implicitamente un subentro dei soci nella titolarità attiva della stessa (nella fattispecie il socio agiva contro la banca, assumendo che, in forza di clausole contrattuali nulle perché in violazione delle soglie previste dalla L. 108/1996, erano state versate dalla sua società somme non dovute delle quali chiedeva la restituzione)

A.T.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 5 aprile 2013, n. 1192 - Giudice Unico Lucca - E. S.r.l. (Avv. Acquarone) c. Comune di Genova (Avv.ti Parodi e De Paoli).

TRIBUTI in genere - COSAP - controversie a contenuto meramente patrimoniale - giurisdizione civile - sussistenza - rapporto concessorio sottostante - giurisdizione amministrativa - presupposti obbligo di versamento - occupazione di aree pubbliche.

(Art. 63 D.Lgs. 446/1997; art. 3 bis, c. 1, lett. b) D.L. 203/2005, conv. L. 248/2005; art. 133 c.p.a.; art. 5 L. 1034/1971).

In tema di riparto di giurisdizione, spettano alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie relative al canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche (COSAP).

(Conf.: Cass., sez. un., 30 marzo 2011 n. 7190; Corte Cost., 14 marzo 2008 n. 64)

In materia di concessioni amministrative, le controversie concernenti indennità, canoni od altri corrispettivi, riservate dall'art. 5, secondo comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, alla giurisdizione del giudice ordinario sono solo quelle con un contenuto meramente patrimoniale, senza che assuma rilievo un potere di intervento della P.A. a tutela di interessi generali; quando, invece, la controversia coinvolga la verifica dell'azione autoritativa della P.A. sul rapporto concessorio sottostante, ovvero quando investa l'esercizio di poteri discrezionali-valutativi nella determinazione del canone e non semplicemente di accertamento tecnico dei presupposti fattuali economico-aziendali (sia sull'"an" che sul "quantum"), la medesima è attratta nella sfera di competenza giurisdizionale del giudice amministrativo.

(Conf.: Cass., sez. un., 24 giugno 2011 n. 13903; Cass., sez. un., 12 ottobre 2011 n. 20939)

Il COSAP ha come presupposto l'occupazione di aree pubbliche. Se questo presupposto si verifica, unitamente agli altri previsti dalla legge, sorge l'obbligo di corrispondere al Comune il contributo, e questo indipendentemente dall'esistenza di un atto di liquidazione dello stesso.

A.BEE.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 5 aprile 2013 n. 1191 - Giudice Unico Giordano - G.D. (Avv. Minucci) c. C.C. (Avv. Muscolo) e C.F. (Avv. Gallo).

VENDITA - acquisti compiuti dai conviventi more uxorio - applicabilità del regime della comunione legale fra i coniugi - esclusione - azione di indebito arricchimento - configurabilità - limiti .

(Artt. 177 ss., 2034 e 2041 c.c.)

Non sono applicabili alla convivenza "more uxorio" le norme sulla comunione legale fra i coniugi, con la conseguenza che gli acquisti effettuati durante la convivenza entrano nel solo patrimonio di colui che li ha effettuati.

L'adempimento di un'obbligazione naturale nascente dal rapporto di convivenza costituisce il limite all'esperibilità di un'azione di indebito arricchimento.

A.BEE

Documenti

Inaugurazione dell'anno giudiziario del Consiglio Nazionale Forense

Relazione del Presidente

Guido Alpa

Presidente del C.N.F.

«Gli avvocati sono soggetti insostituibili e partecipi necessari
nell'attuazione della giustizia»
(Vassalli (G.), Relazione sulla proposta di d.l.
nella X legislatura n. 1782/S)

«Vita di avvocato vuol dire, prima di tutto, esperienza
sempre più nutrita della fallibilità del giudizio»
(Carnelutti, *Vita di avvocato*, ne *I discorsi dell'avvocatura*,
Milano, 2006, p. 7)

Sommario: 1. Il completamento della riforma forense (l. 31 dicembre 2012, n. 247, l. prof.). - 2. Le funzioni del Consiglio nazionale forense. - 3. La nuova deontologia forense. - 4. Competenza e correttezza. - 5. La responsabilità sociale dell'avvocato. - 6. La crisi economica. - 7. Il ruolo propulsivo dell'attività forense nella formazione del diritto e nella creazione di nuovi diritti. - 8. I nuovi compiti dell'Avvocatura: la riserva di consulenza, la mediazione, la negoziazione assistita. - 9. L'avvocato-arbitro e le Camere arbitrali forensi. - 10. La crisi della giustizia. L'Osservatorio permanente sulla giurisdizione. - 11. I rimedi alla crisi della giustizia. - 12. Le fallacie della mediazione. - 13. Il processo telematico. - 14. La geografia giudiziaria e gli Ordini forensi sopprimendi. - 15. Le proposte dell'Avvocatura. - 16. Sintesi dell'attività svolta.

1. Il completamento della riforma forense (l. 31 dicembre 2012, n. 247, l. prof.).

La relazione di quest'anno è più elaborata di quelle precedenti perché l'arco di tempo considerato ha rappresentato un'autentica svolta per la nostra professione. Dalla entrata in vigore della riforma forense nel febbraio del 2013 il Consiglio, avvalendosi dell'ausilio prezioso dell'Ufficio Studi, ha approvato i quattordici regolamenti come prescritto dalla riforma: il compito è stato complesso non solo per il numero elevato dei testi normativi, ma soprattutto perché, per la maggior parte di essi, le nuove regole prevedono un procedimento complesso imposto dai principi di democrazia rappresentativa, che prevede una scansione in tre fasi: la redazione del testo, l'acquisizione dei pareri di tutti gli Ordini forensi, dell'OUA e delle associazioni maggiormente rappresentative, la loro valutazione con eventuali modifiche e integrazioni e l'approvazione definitiva (art. 35 l. prof.).

Si è prestata altresì la massima collaborazione al Ministero, a cui spetta di redigere altri rilevanti regolamenti, essenziali per completare l'impianto normativo della riforma, riguardanti le condizioni essenziali e i massimali minimi delle polizze assicurative, l'elezione dei componenti dei COA, le associazioni interdisciplinari.

Sono urgenti, attesa la prossima scadenza degli incarichi, le regole ministeriali sulle modalità di elezione dei COA, la precisazione dei tempi di elezione del nuovo Consiglio nazionale, che non vorremmo protrarre oltre la scadenza prevista dalla riforma, la soluzione della sorte degli Ordini che hanno sede presso i Tribunali soppressi con la successione nei rapporti reali, di debito e credito, di lavoro, e con la eventuale possibilità di assegnazione di essi a fondazioni istituite appositamente dagli Ordini sopprimendi per conservare la memoria storica della Avvocatura nelle sedi interessate dalla riforma della geografia giudiziaria.

Il Ministero dovrà inoltre predisporre il nuovo testo della delega sulle società tra avvocati, i cui termini sono scaduti e quindi dovranno essere riaperti: è stata un'occasione perduta, frutto di una scelta non condivisibile, a cui si dovrebbe porre rimedio nel più breve tempo possibile.

A questo proposito, fermo restando il presupposto della vincolatività dei principi introdotti dall'art. 5 della riforma, preme segnalare che la nuova opportunità offerta agli avvocati di scegliere i tipi societari con cui organizzare la propria attività non implica la costituzione di un nuovo status di imprenditore in capo all'avvocato (art. 5 c. 2 lett. m), e che la scelta di non ammettere l'ingresso di soci di capitale non è connessa ad alcuna preoccupazione di timore corporativo o passatista ma è piuttosto determinata dalla preoccupazione di libertà e autonomia dell'avvocato nell'esercizio della sua preziosa e delicata attività (art. 1 c. 2 lett. b) l. prof.): questi valori sarebbero irrimediabilmente compromessi dalla presenza di un socio non iscritto all'albo, anche se in posizione minoritaria e anche se privo di poteri gestori. A queste ragioni si accompagnano valutazioni di opportunità, di prevenzione e di cautela quanto all'uso dello schermo societario per esercitare un'attività intellettuale che ha prevalentemente ad oggetto interessi a contenuto patrimoniale. Il principio di personalità della prestazione professionale, il contenuto della prestazione, rivolto in via primaria alla difesa dei diritti, gli obblighi legislativi a cui è astretto l'avvocato e le prescrizioni del codice di deontologia sono tutti fattori costitutivi di uno status non compatibile con quello di imprenditore.

La riforma forense prevede obblighi stringenti riguardanti il corretto esercizio della professione (art. 3), il conferimento del mandato (art. 13), la formazione permanente (art. 11) e la pubblicità (art. 10). Il compenso dovrebbe essere conforme al valore della prestazione eseguita. I nuovi parametri costituiscono un criterio di riferimento del giudice in caso di omessa indicazione nell'atto di assunzione del mandato o di accordo successivo fra le parti (art. 13 l. prof.).

Il recente decreto sui parametri, del 10 marzo 2014, entrato in vigore il 3 aprile, tiene conto della dignità del lavoro, principio costituzionalmente garantito dall'art. 36. E sottolineato anche dalla Carta dei diritti fondamentali, che proprio dedica una disposizione apposita alla libertà professionale (art. 15).

La riforma disegna dunque un profilo più netto delle funzioni dell'avvocato di quanto non fosse proposto in passato. Molti sono stati i progetti di legge susseguitisi dal dopoguerra alla riforma, il più interessante quello presentato da Giuliano Vassalli nella X legislatura (AS n. 1782/S), in cui si definivano gli avvocati come «soggetti insostituibili e partecipi necessari nell'attuazione della giustizia». Ora la legge dice che l'avvocato, in

libertà, autonomia, indipendenza, «ha la funzione di garantire al cittadino l'effettività della tutela dei diritti». Un compito più gravoso, che dobbiamo assolvere egregiamente, con competenza, anche per meritarcì la fiducia riposta in noi dal legislatore e quindi dai cittadini.

2. Le funzioni del Consiglio nazionale forense.

Le competenze del Consiglio sono state estese dalla riforma forense. Il Consiglio non svolge una attività economica, né si colloca in una posizione istituzionale tale da alterare le dinamiche del mercato professionale. La nuova legge professionale garantisce la correttezza dell'esercizio dell'attività, nella sua trasparenza e nella sua conformità alle regole poste dalla legge e dal codice deontologico a garanzia degli assistiti e nell'interesse della collettività. Non è una autorità amministrativa indipendente, non è un organo regolatore del mercato: è qualcosa di più e di diverso: è un giudice speciale. La funzione giurisdizionale del Consiglio nazionale forense è stata ribadita di recente dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione con sentenza del 29.5.2014 n. 12064.

La controversia era stata promossa da una avvocatessa iscritta all'Ordine di Pisa, sanzionata con la sospensione di un anno dall'esercizio della professione per aver acquisito pagamenti da un cliente senza aver svolto alcuna attività professionale e per negligenze nella conduzione di un procedimento di divorzio; la sanzione era stata confermata dal Consiglio nazionale con decisione appellata dall'avvocata alle Sezioni Unite. La Corte, rigettando il ricorso, ha precisato - in conformità ad un consolidato orientamento delle Sezioni Unite (v. ad es. le pronunce n. 27268 del 2013, n. 16349 del 2010, n. 1732 del 2002) e della stessa Corte costituzionale (v. ad es. la sentenza n. 114 del 1970) - che il Consiglio nazionale forense, allorché pronuncia in materia disciplinare, è un giudice speciale, istituito con d.lgs.lt. 23.11.1944, n. 382 e tuttora legittimamente operante giusta la previsione della VI disp.trans. della Costituzione; ne consegue che tale funzione è coperta da riserva di legge, e non può essere affidata alla regolamentazione governativa. Peraltro, anche la legge di riforma ha confermato tale funzione (art.35 c.1 lett.c) (1).

3. La nuova deontologia forense.

Proprio il 31 gennaio scorso il Consiglio ha approvato il nuovo Codice forense in attuazione delle previsioni contenute nella legge di riforma (art.35 c.1 lett.d).

Il testo approvato in via definitiva è stato predisposto dalla commissione deontologica.

Il nuovo codice deontologico è rivolto innanzitutto alla tutela dell'interesse pubblico al corretto esercizio della professione. Anche per questo motivo, e per favorirne la più ampia conoscibilità, la legge forense ne dispone la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.

In particolare, la legge ha previsto la tendenziale tipizzazione degli illeciti disciplinari e l'espressa indicazione delle sanzioni, che nel codice corredano ogni fattispecie con un meccanismo di aggravamento e di attenuazione in relazione alla maggiore o minore gravità del fatto contestato.

Il nuovo testo ha tenuto conto della giurisprudenza che si è formata in materia deontologica dal 1997 (data di entrata in vigore del primo codice forense) avvalendosi della banca di dati di nuova formulazione, ma anche delle previsioni disciplinari sparse in diversi testi legislativi.

Come si è precisato in una nota del CNF il nuovo codice si compone di settantatré articoli raccolti in sette titoli: il primo (artt. 1-22) individua i principi generali; il secondo (artt. 23-

37) è riservato ai rapporti con il cliente e la parte assistita; il terzo (artt. 38-45) si occupa dei rapporti tra colleghi; il quarto (artt. 46-62) attiene ai doveri dell'avvocato nel processo; il quinto (artt. 63-68) concerne i rapporti con terzi e controparti; il sesto (artt. 69-72) concerne i rapporti con le Istituzioni forensi; il settimo (art. 73) contiene la norma di chiusura che consente di includere le fattispecie tipizzate.

Il primo titolo è dedicato ai *Principi generali*, tra i quali quello di indipendenza e autonomia e di leale concorrenza; di diligenza (qualità della prestazione) e di competenza, di aggiornamento e formazione continua; il dovere di adempimento di ogni onere fiscale, previdenziale, assicurativo, contributivo. Le informazioni sull'attività professionale dovranno essere coerenti con lo scopo di tutelare l'affidamento della collettività.

Si segnala l'inversione, rispetto all'attuale codice, tra il titolo II (*Rapporti con i colleghi*) ed il III (*Rapporti con il cliente e la parte assistita*) nel senso che si è data precedenza a quest'ultimo, proprio a sottolineare la vocazione pubblicistica delle norme. Sono inoltre introdotti due nuovi titoli dedicati ai Doveri dell'avvocato nel processo e ai Rapporti con le istituzioni forensi. Nei *Rapporti con i clienti e parte assistita* viene scandito il momento della nascita del rapporto professionale, con gli obblighi informativi che ne conseguono (prevedibile durata causa-oneri- preventivo scritto se richiesto- estremi della polizza assicurativa-possibilità di avvalersi della mediazione), e della libera pattuizione del compenso. L'avvocato non deve consigliare azioni inutilmente gravose e deve emettere documento fiscale ad ogni versamento ricevuto. Viene ribadito il divieto di accaparramento di clientela. Il dovere di corretta informazione prevede che l'avvocato fornisca informazioni sulla propria attività professionale rispettando i doveri di verità, correttezza, trasparenza, segretezza e riservatezza, facendo in ogni caso riferimento alla natura e ai limiti dell'obbligazione professionale. Non sono ammesse informazioni comparative né equivoche, ingannevoli, denigratorie, suggestive o che contengano riferimenti a titoli, funzioni o incarichi non inerenti l'attività professionale né l'indicazione di nominativi di professionisti non direttamente o organicamente collegati con lo studio dell'avvocato. L'informazione è ammessa con ogni mezzo, ma il sito web deve avere dominio proprio senza re-indirizzamento, direttamente riconducibile all'avvocato, allo studio legale associato o alla società di avvocati alla quale partecipi, previa comunicazione al Consiglio dell'Ordine di appartenenza della forma e del contenuto del sito stesso. Non sono ammessi banner pubblicitari.

Il III titolo è dedicato ai *Rapporti con i colleghi*. Nel proprio studio l'avvocato dovrà favorire la crescita formativa dei propri collaboratori, compensandone in maniera adeguata la collaborazione, tenendo conto dell'utilizzo dei servizi e delle strutture dello studio. Ai praticanti dovrà assicurare l'effettività e la proficuità della pratica forense e, fermo l'obbligo del rimborso delle spese, riconoscergli, dopo il primo semestre di pratica, un compenso adeguato.

L'introduzione del titolo *Doveri dell'avvocato nel processo* ha il compito di sistematizzare previsioni sparse in diversi ambiti. In questo contesto, è stata inserita una norma dedicata all'ascolto del minore per assicurare la maggior correttezza in un ambito particolarmente delicato.

Anche nuove facoltà -come la notifica in proprio- o nuovi sistemi organizzativi conterranno su un presidio disciplinare ad hoc per favorirne l'applicazione. In merito al titolo *Rapporti con le Istituzioni forensi* si segnala l'obbligo di collaborazione dell'avvocato iscritto ma soprattutto viene sanzionata pe-

santemente l'attività volte a favorire candidati durante l'esame di abilitazione, soprattutto da parte dell'avvocato-commissario d'esame.

4. Competenza e correttezza.

Per sostenere questo impegno gli avvocati dovrebbero essere continuamente aggiornati, e muovere da una solida formazione di base, oltre che di un corredo specialistico per i settori in cui essi operano con un titolo qualificante.

A questo proposito il CNF ha sottoposto a revisione il regolamento previgente alla riforma.

L'obbligo di formazione e aggiornamento è già previsto per legge. Il nuovo regolamento attuativo prevede corsi di aggiornamento e corsi di formazione, tende a superare il sistema dei crediti e a fornire all'avvocato risorse e contributi intellettuali da mettere a frutto nella sua quotidiana missione. Occorre riconoscere il grande impegno degli Ordini nella predisposizione di iniziative volte a consentire agli avvocati di raggiungere questo risultato. E siamo tutti gratificati dal fatto che la quasi totalità degli iscritti ha ottemperato a questo obbligo. Non sono quindi - una volta tanto - imputabili all'Avvocatura i ritardi che i mass media hanno segnalato per le altre professioni (2).

5. La responsabilità sociale dell'avvocato. (3)

La professione forense svolge un ruolo essenziale nelle società democratiche e là dove i valori nella persona sono pregiudicati o sono in pericolo è l'avvocato che ha il dovere ma anche il coraggio di intervenire.

Con questo intento il CNF ha istituito l'Osservatorio per i diritti fondamentali nel Mediterraneo, ha siglato protocolli d'intesa con le altre Avvocature per il sostegno di colleghi che militano in difficoltà, ha promosso la tutela degli immigrati. Ma entro i confini patrii non mancano situazioni preoccupanti.

Le recenti modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali hanno cercato di rendere meno gravoso il sistema carcerario, segnalato dall'Avvocatura in tante occasioni e ripreso dal messaggio alle Camere inviato dal Presidente della Repubblica. La legge approvata qualche settimana fa mira a limitare l'applicazione delle misure restrittive della libertà personale attraverso diverse previsioni. La misura estrema potrà essere applicata solo ove le altre misure coercitive o interdittive, anche cumulate, non risultino adeguate. O se il giudice possa prevedere la concessione della sospensione condizionale della pena o la sospensione della sua esecuzione una volta emessa la sentenza.

Sono previsti requisiti più stringenti per adottare la detenzione nel carcere preventivo, come il pericolo attuale, oltre che concreto, di fuga o di reiterazione del reato e si stabilisce ancora che il giudice non valuti la pericolosità esclusivamente sulla gravità del reato o sulle modalità del fatto, ma consideri nella valutazione anche altri elementi, come i precedenti.

Sul giudice ricadrà anche l'onere di una motivazione più articolata, visto che nel provvedimento si dovrà indicare l'autonoma valutazione delle concrete e specifiche ragioni alla base della misura cautelare, oltre quelle indicate nella richiesta del pm. Sono state introdotte anche modifiche per il giudizio di riesame, con maggiori garanzie procedurali per l'indagato in custodia cautelare.

Purtroppo il superamento di una situazione che vede costretti negli stabilimenti migliaia di detenuti in attesa di giudizio, migliaia di carcerati costretti a vivere in condizioni precarie, si da compromettere la funzione rieducativa della pena, come previsto dalla Costituzione.

6. La crisi economica.

In un contesto politico e sociale complesso l'Avvocatura ha dovuto affrontare anche la crisi economica. I dati forniti dalla Cassa di previdenza indicano che i redditi degli avvocati sono calati di circa il 30%; tutti hanno dovuto sopportare sacrifici e anche la nostra categoria ha fatto la sua parte; e le fasce più colpite sono state quelle delle avvocate e dei giovani da poco ammessi all'esercizio della professione.

In osservanza degli obblighi di legge e del codice deontologico la categoria non si è sottratta alla difesa dei clienti in difficoltà. "I diritti non sono merce", declamava il titolo del Congresso forense straordinario di Milano del 2012; "Non solo mercato" sarà il titolo del XXXII Congresso attualmente in fase di organizzazione a Venezia nei giorni 9 - 11 ottobre p.v.

Dalla crisi abbiamo tratto l'insegnamento che nella vita nulla si deve dare per scontato, che l'avvocato deve ogni giorno guadagnarsi la fiducia non solo del cliente ma della collettività intera, e che il suo prezioso ausilio alle persone, alle famiglie, alle imprese si esprime in un contenzioso corretto, ma prima ancora, nella consulenza, cioè nel consiglio, nella prevenzione delle liti, nella composizione amichevole dei conflitti ex art. 2 c.6 l. cit., secondo il principio che *il diritto è per l'uomo non l'uomo per il diritto* (4).

Spesso si dimentica che il diritto non è - o almeno non è più - un sistema di regole che registra e fossilizza, quasi fosse una attività notarile, gli accadimenti della storia: al contrario il diritto è uno dei motori della storia. L'insegnamento che ci viene dall'Europa - Paolo Grossi direbbe «il messaggio giuridico dell'Europa» (5) - è proprio questo: promuovendo i diritti, si promuove il diritto e quindi la prosperità della società. Le origini della crisi economica che ha colpito dapprima gli Stati Uniti e poi l'Europa e l'intero mondo occidentale sono state esaminate in tutti gli aspetti ed una immensa letteratura le ha declinate in modo persuasivo: dal dilagare delle prassi dei subprime alle spericolate e rischiose operazioni finanziarie, dall'estensione della crisi dell'economia finanziaria all'indebolimento delle valute pregiate alla crisi dell'economia reale, dalla moltiplicazione degli effetti negativi sulla produzione di beni e sulla occupazione, alla drastica riduzione degli ambiti dello Stato sociale e di tutti i servizi di natura privata, compresi quelli legali. Che poi la crisi sia stata orchestrata per colpire l'Europa e per destabilizzare i Governi è tutta un'altra storia, che non incide sulla saldezza della struttura e sulle garanzie di tenuta del sistema, che non ha saputo né prevenire né temperare il cataclisma che si era ormai abbattuto sull'emisfero occidentale. L'insegnamento che se ne è tratto è il fallimento del mercato, inteso come libero gioco delle sue componenti economiche di cui il diritto sarebbe solo una (scomoda) sovrastruttura.

Ebbene, proprio nella ricerca oggi al centro del dibattito culturale e politico, sul "capitale nel XXI secolo" (6), che comprende l'analisi della evoluzione demografica e della produzione dalla rivoluzione industriale ad oggi, indaga il rapporto tra capitale e reddito, la distribuzione tra capitale e lavoro e le modalità di trasmissione della ricchezza, si sottolineano le differenze sociali conseguenti alle politiche economiche liberiste e alla tassazione ineguale, e l'importanza del diritto nelle forme della *regolamentazione*, con norme e direttive che riportano l'attività economica alla legalità; con la *regolazione* si istituiscono modelli di controllo più efficienti, perché il diritto è componente essenziale non solo dell'aggregato sociale (il che è ovvio) ma dell'intero sistema economico, anche se globalizzato (7).

È una considerazione che può apparire ovvia, o almeno può

apparire ovvia ai giuristi che nella loro maggioranza hanno sostenuto il modello europeo dell'economia sociale in antitesi a quello dell'economia liberista nord-americano. E tuttavia è significativo il fatto che questa conclusione provenga non da un giurista ma da un economista che ragiona sulla base di una imponente raccolta di dati che si estende per un arco di quasi due secoli. Ne esce distrutto il pensiero liberista che sul diritto dell'impresa aveva costruito "l'impresa del diritto" (8) e il diritto senza Stato.

Insomma, regole dell'economia (9) non sono esaustive né sempre affidabili; anzi, proprio le lacune degli ordinamenti giuridici e la liberalizzazione sregolata dei mercati hanno favorito il ricorso a strumenti finanziari rischiosi che si sono abbattuti come un cancro nei gangli del sistema economico globale, travolgendo la produzione industriale, compromettendo il commercio, privando del lavoro milioni di cittadini e negando alle loro famiglie un sostentamento adeguato (10).

Possiamo perciò trarre dalla crisi molti ammaestramenti per orientare nella giusta direzione la ripresa della nostra professione: il controllo della legalità delle operazioni economiche, la prevenzione e la soluzione dei conflitti, l'assistenza stragiudiziale ai propri clienti.

Per risolvere i problemi della crisi si sono susseguiti decine e decine di provvedimenti legislativi. In un seminario organizzato dall'Associazione dei Civiltisti italiani in collaborazione con il Consiglio nazionale forense si sono poste a confronto le quattro epoche scandite dalle grandi crisi mondiali e le modalità di intervento che le hanno connotate: la legislazione della prima guerra mondiale, la legislazione conseguente alla Grande Depressione, la legislazione della seconda guerra mondiale, la legislazione del *credit crunch*. Ebbene, si è trattato di legislazione di natura pubblicistica, rivolta al sostegno dell'iniziativa economica, con effetti sociali particolarmente gravosi soprattutto per i rapporti di lavoro e per le famiglie e come per il passato non si sono incisi i rapporti di diritto privato.

Spetterà dunque al giudice, e quindi all'avvocato, cercare l'equilibrio nei rapporti di diritto privato sconvolti dalla crisi. La giurisprudenza più folta per il momento si è raccolta sulle problematiche inerenti i rapporti bancari, cioè i titoli in default, i derivati, gli interessi corrispettivi, in qualche caso si sono aggredite le locazioni. Si vedrà in futuro se gli effetti della crisi avranno ricadute consistenti sull'attività dei tribunali.

Uscire dalla crisi è dunque oggi l'imperativo prioritario: la crisi economica non postula l'abbandono del diritto. Tutt'altro. Abdicare alla tutela dei valori fondamentali - tra i quali il diritto di difesa - per ridurre la spesa, pareggiare i conti, recuperare risorse, senza preoccuparsi della sorte dei cittadini - non è scelta propria di una società civile e di una democrazia matura. Purtroppo i sintomi che emergono dalla situazione in cui versa il nostro Paese non sono rassicuranti. Proprio in questo disegno la riforma affida all'Avvocatura un compito gravoso: «l'avvocato ha la funzione di garantire al cittadino l'effettività dei diritti», recita il c.2. dell'art.2 della legge di riforma forense. E il nuovo codice deontologico, il cui testo è stato presentato agli Ordini forensi e alle altre componenti dell'Avvocatura pone questo compito al centro dell'attività dell'avvocato.

Di qui dunque la finalità precipua di assicurare il ricorso alla giustizia da parte di tutti i cittadini, per risolvere i conflitti tra i privati, e tra i privati e la pubblica Amministrazione, e realizzare la pace sociale, mediante gli strumenti giuridici. Compito che non si può assolvere adeguatamente se il sistema di amministrazione della giustizia non funziona (11).

7. Il ruolo propulsivo dell'attività forense nella formazione del diritto e nella creazione di nuovi diritti.

«L'avvocato ha la funzione di garantire al cittadino l'effettività della tutela dei diritti», recita l'art.2 c.1 della legge di riforma forense; questo enunciato viene specificato dalla disposizione con cui si apre il nuovo testo del Codice deontologico forense: «l'avvocato tutela, in ogni sede, il diritto alla libertà, l'inviolabilità e l'effettività della difesa, assicurando, nel processo, la regolarità del giudizio e del contraddittorio» (c.1) e nell'esercizio del suo ministero «vigila sulla conformità delle leggi ai principi della costituzione e dell'ordinamento dell'Unione europea e sul rispetto dei medesimi principi, nonché di quelli della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, a tutela e nell'interesse della parte assistita» (c.2).

Il principio generale e le disposizioni che ne articolano il precetto introducono formalmente nuove regole, ma rappresentano ciò che l'avvocato fa già diuturnamente. Elevando tuttavia a norma una prassi comportamentale questi obblighi deontologici conferiscono all'avvocato il potere di difendere i diritti fondamentali e il diritto di difesa *in ogni sede*. È proprio in virtù di questo principio che il Consiglio ha promosso il progetto "Lampedusa" con cui si provvede alla difesa dei diritti fondamentali degli immigrati, ed ha sottoscritto protocolli d'intesa con gli organismi internazionali rappresentativi dell'avvocatura per sostenere gli avvocati che si occupano della tutela dei diritti fondamentali negli ordinamenti in cui il diritto alla difesa è conculcato e le discriminazioni legalizzate.

D'altra parte, è proprio grazie alle iniziative giudiziali degli avvocati che l'ordinamento si trasforma e si adatta alle nuove esigenze sociali ed economiche, si rafforzano gli interessi deboli, si proteggono le categorie disagiate. Basti pensare a qualche esempio recente (come la questione di legittimità costituzionale della disciplina elettorale che ha accelerato la riforma ora in discussione) e passato, come le questioni anticipatrici della riforma del diritto di famiglia del 1975: si pensi all'eguaglianza giuridica e morale dei coniugi, ai diritti dei figli, e finanche al riconoscimento di alcuni diritti in capo ai conviventi di fatto. Ed è appena il caso di ricordare che i grandi *leading cases* (12) sono frutto delle memorie degli avvocati che con ingegno e coraggio hanno insistito nel mutare gli orientamenti giurisprudenziali consolidati: il settore della responsabilità civile è stata una palestra eccezionale, come attesta l'estensione dell'area del danno ingiusto, dal caso Meroni sulla lesione del credito alla lesione di interessi legittimi, dal danno biologico alle nuove concezioni del danno morale, dal caso Saiwa sulla circolazione di prodotti difettosi alla tutela del diritto alla riservatezza e così via. Insomma, dal diritto giurisprudenziale (ormai riconosciuto come vera e propria fonte del diritto (13)), agli interventi legislativi di ammodernamento dell'ordinamento giuridico, si dipana un percorso straordinario in cui emerge il ruolo trainante dell'Avvocatura e della Magistratura nella evoluzione del sistema e nella creazione dei nuovi diritti.

8. I nuovi compiti dell'Avvocatura: la riserva di consulenza, la mediazione, la negoziazione assistita.

Come si è detto, la riforma forense ha attribuito nuovi compiti all'Avvocatura, che si sommano a quelli introdotti da altri provvedimenti legislativi già approvati o in via di approvazione.

L'art.2 c. 6, facendo salve le competenze di altre professioni previste dalla legge, riserva agli avvocati «l'attività professionale di consulenza legale e di assistenza legale stragiudiziale, ove connessa all'attività giurisdizionale, se svolta in modo

continuativo, sistematico e organizzato». La consulenza, effettuata in via preventiva, è connotato essenziale dell'attività forense, ma la riforma colma una lacuna legislativa, perché, privilegiando la competenza e la specificità della formazione giuridica dell'avvocato, supera l'interpretazione corrente che non poneva argini precisi alla prestazione di attività intellettuale nella redazione di pareri, avvisi, opinioni (14) e ne fa oggetto di riserva. Certo, l'ambito è limitato alla consulenza sulla difesa dei diritti, ma si tratta non solo di una difesa degli interessi dell'assistito, bensì di un controllo di legalità sulle operazioni proposte dal momento che l'avvocato non può che suggerire soluzioni conformi alla legge.

Anche per questa ragione è stato opportuno introdurre l'assistenza legale obbligatoria nei procedimenti di mediazione: l'articolo 5, comma 1 *bis*, del c.d. decreto del fare reintroduce la mediazione obbligatoria e stabilisce altresì che nelle controversie riguardanti le materie per le quali l'esperimento della mediazione costituisce condizione di procedibilità, chi intende agire in giudizio deve preliminarmente esperire il procedimento di mediazione "assistito da un avvocato" e; per parte sua l'articolo 16, comma 4 *bis*, prevede che "gli avvocati iscritti all'albo sono di diritto mediatori".

Il nuovo codice deontologico si preoccupa di assicurare l'imparzialità del mediatore e di evitare conflitti d'interesse (ART.62).

L'attività stragiudiziale dell'avvocato è estesa all'ambito della negoziazione assistita.

Di questo nuovo strumento dell'attività professionale per il momento si è pensato ad una utilizzazione in funzione preventiva delle controversie; se ne parlerà tra poco. Ma nulla esclude che in futuro ad esso si possa assegnare un ruolo più espanso.

9. L'avvocato-arbitro e le Camere arbitrali forensi.

Una particolare attenzione merita la funzione dell'avvocato come arbitro. L'arbitrato, sia esso rituale o irrituale, di diritto o di equità, implica la conoscenza tecnicamente approfondita del diritto sostanziale e del diritto processuale. In particolare, è giustificabile l'estensione della riserva di rappresentanza e difesa nelle procedure arbitrali che il legislatore per il momento ha previsto solo per l'arbitrato rituale (art. 2 c. 5 della riforma della professione forense). Nella progettazione di nuove forme di risoluzione alternativa delle controversie si è pensato di attribuire agli Ordini forensi il compito di istituire camere arbitrali con regolamenti uniformi coerenti con i decreti ministeriali ad hoc.

Il codice deontologico già prevedeva, per effetto di una integrazione precedente alla versione da ultimo approvata, regole specifiche per l'avvocato-arbitro.

Ed ora il codice dispone regole più accurate per l'avvocato che rivesta le funzioni di arbitro (art.61).

Il delicato compito dell'arbitro implica l'osservanza dei principi imparzialità, competenza, correttezza. E involge una ulteriore forma di responsabilità. La Corte di Cassazione ha delineato, secondo il suo nuovo orientamento, un modello interpretativo che equipara l'attività degli arbitri rituali all'attività giurisdizionale vera e propria.

Con ordinanza del 25.10.2013 n. 24153 la Corte di Cassazione ha infatti precisato che «la funzione giurisdizionale sui diritti si esercita davanti ai giudici ordinari, essendo tuttavia consentito alle parti, nell'esercizio di una libera ed autonoma scelta, di derogare a tale regole agendo "a tutela dei propri diritti" davanti a giudici privati, riconosciuti tali dalla legge, in presenza di determinate garanzie». L'autonomia delle

parti si manifesta qui, non già (come è ovviamente possibile, e come avviene nell'arbitrato "contrattuale") come atto di disposizione del diritto, ma come atto incidente sull'esercizio del potere di azione che a quel diritto è connesso. L'autonomia delle parti, nel settore dei diritti disponibili, opera come presupposto del potere attribuito agli arbitri di far decidere controversie a soggetti privati, nelle forme e secondo le modalità stabilite dall'ordinamento giuridico.

Accertata la conformità dell'istituto arbitrale alla normativa costituzionale, la Corte ha definito i contorni del fondamento di legittimità dell'arbitrato in alcuni requisiti fondamentali: che la controversia sia compromettibile, che siano rispettati i principi di imparzialità dell'organo giudicante e il principio del contraddittorio, che sia possibile l'impugnativa (in termini di nullità) dinanzi al giudice ordinario.

Al di là del dibattito dottrinale che questo indirizzo ha già suscitato (15), dal punto di vista pratico l'ordinanza può essere accolta con grande favore: essa consente di affidare agli arbitri le controversie già pendenti, mediante la *translatio iudicii*, proprio perché se si rispettano i requisiti sopra indicati il ruolo dell'arbitro, il risultato del procedimento, e la tutela processuale dei diritti sono posti sullo stesso piano del procedimento giurisdizionale ordinario.

10. La crisi della giustizia.

L'Osservatorio permanente sulla giurisdizione.

La crisi della giustizia è uno dei temi che maggiormente preoccupano l'Avvocatura. Il CNF, come testimoniano i congressi forensi, le iniziative e le proposte, si è sempre impegnato su questo fronte.

Per ragionare con consapevolezza di questo problema occorre muovere da una analisi ponderata dei dati di fatto. Dal 2004 è invalsa la prassi di tradurli in cifre, in statistiche e in tavole comparative.

Il CNF avverte l'esigenza di maggiore trasparenza, chiarezza e completezza nelle elaborazioni statistiche che spesso sono alla base degli interventi riformatori. Il dibattito sull'efficienza della giustizia è apparso a volte affastellato e confuso, basato su dati la cui raccolta da parte delle istituzioni più varie (dal Cepej del Consiglio d'Europa alla Banca mondiale con il suo annuale rapporto *Doing business*), è avvenuta in maniera casuale, senza coinvolgere tutti gli operatori che lavorano negli uffici giudiziari. La logica della Banca mondiale degli investimenti, informata a criteri di economia aziendale e finanziaria, appare riduttiva e strumentale, anche se ha avuto un effetto determinante per le scelte del legislatore italiano. Le statistiche che collocano l'Italia quasi in fondo alla lista devono quindi essere corrette. Occorrono al contrario analisi obiettive tramite le quali verificare l'impatto di nuove riforme o valutarne con certezza i risultati, tenendo conto di tutti gli elementi (normativi-economici-amministrativi-organizzativi-logistici) e valutando con cura il rapporto costi/benefici.

È con il proposito di contribuire, anche per questa via, alla migliore amministrazione della giustizia, ottemperando a quanto previsto dalla legge di riforma dell'ordinamento professionale (art.35 c.1 lett. r) che il CNF ha istituito e disciplinato l'Osservatorio permanente sulla giurisdizione, che ha il compito di raccogliere dati ed elaborare studi e proposte. All'Osservatorio hanno finora aderito, nominando i propri rappresentanti nel comitato direttivo, con gli altri il Ministero della Giustizia, la Corte Costituzionale, la Corte di Cassazione e la Procura generale, il Cnel, il Csm, il Consiglio di Stato, la Corte dei Conti, il Consiglio di Presidenza della giustizia tributaria, la Banca d'Italia; e ancora

il Consiglio nazionale dei consumatori e utenti, l'Abi, l'Anci, l'Istat, l'Avvocatura generale dello Stato, la Conferenza dei presidi delle facoltà di giurisprudenza, il Ccbe e l'European law Institute, le Associazioni dei giudici di pace, l'Unioncamere ed altri enti ancora.

L'Osservatorio promuoverà la istituzione di Osservatori locali presso gli Ordini forensi e si avvarrà anche degli avvocati che compongono i Consigli giudiziari. Una delle proposte del Consiglio consiste proprio nel rafforzare la presenza degli avvocati ed estendere i compiti dei Consigli giudiziari nell'intento di perfezionare le forme di collaborazione tra avvocatura e magistratura nell'organizzazione dell'attività di amministrazione della giustizia.

11. I rimedi alla crisi della giustizia.

Lo iato tra le concezioni della giustizia e la prassi della giustizia è enorme, come si percepisce prestando il proprio ministero nei tribunali e come si è dimostrato in un colloquio recente tra avvocati, magistrati e docenti (15).

Molti studi accurati (17) e pure le relazioni dei Primi Presidenti che si sono susseguite in questi anni ne sono uno specchio fedele (18).

Ma come ripensare la giustizia?

Le critiche che emergono da una ponderata valutazione dei valori in conflitto e dalle soluzioni di volta in volta escogitate da Governi e Parlamenti ci fanno riflettere sulle anomalie strutturali del sistema e sulle conseguenze delle riforme contingenti connesse con la riscrittura dei codici. Questo è un punto essenziale: quando si pensa alle riforme le proposte (politiche) investono subito la modificazione dei testi normativi, come se solo da quei testi dipendesse il buon funzionamento del sistema. Tuttavia, più si cambiano le regole più si complicano le cose, perché le regole debbono essere scritte in modo lineare, debbono essere chiare e funzionali, e non debbono richiedere molto tempo per adattarsi alla macchina che è un congegno composito e delicato.

I codici sono tavole combinatorie destinate ad una lunga durata: costituiscono l'impalcatura del sistema che, come tutte le architetture, richiede restauri ma non continui ritocchi. Non è un caso che la dottrina processualistica abbia accolto con preoccupazione e sollevato molte critiche alle modifiche effettuate a ritmo incalzante.

Si creano poi difficili problemi di diritto intertemporale.

Nelle proposte delle "riforme della giustizia" non sono presi in considerazione gli effetti negativi indotti dalla riscrittura delle regole. D'altra parte, l'esperienza insegna che è un errore pensare che in clima di spending review queste siano le uniche misure che si possono introdurre a costo invariato. Il costo c'è, anche se non palese e non quantificabile. E non sono certo le statistiche o le alchimie contabili a recare le soluzioni più appropriate.

Intanto, il costo dell'adattamento. Le regole sono acceleratorie e semplificatorie. Detto così, esse sembrano di segno positivo. Ma se la logica consiste nel creare ostacoli all'accesso, il problema non si risolve, si accantona soltanto. Una giustizia ridotta, una giustizia dimidiata ha un costo sociale altissimo, che non viene calcolato quando si tracciano i bilanci, quando si sopprimono gli uffici e si concentrano le funzioni; eppure, anche nel calcolo economico si dovrebbe tener conto oltre che dei costi anche dei benefici: la giustizia è un *bene comune*.

Il principio non esplicitato in Costituzione ma che la dottrina propone come valore che cementa il sistema è la *fiducia* (19): la fiducia dei cittadini nella competenza e nella impar-

zialità del giudice, nella speditezza dei procedimenti, nella efficienza della macchina. Quel che emerge dalla visione complessiva e sconcertante di tutto l'insieme è invece il presupposto contrario: la *sfiducia* del legislatore nella operatività dei giudici (come dimostra il complessissimo sistema tabellare), la sfiducia nell'operato del giudice, la sfiducia nei rimedi adeguati avverso le decisioni dei giudici, la sfiducia nella distribuzione dei compiti tra pubblico ministero e giudice penale, la sfiducia nella contrapposizione equa della parte pubblica e della parte privata nel processo civile e nel processo penale. Perché questa amara constatazione? Perché se si guarda il rovescio degli interventi legislativi dell'ultimo decennio sulla amministrazione della giustizia, il loro volto non palesato, le loro finalità non dichiarate, si scopre che chi pensa di far funzionare la macchina si preoccupa sì di accelerare la soluzione dei procedimenti che compongono il pesante fardello dell'arretrato, ma pone in essere misure depotenziate e pensa piuttosto di realizzare quel risultato scoraggiando nuovi procedimenti, aumentando i costi dell'accesso, rendendo più difficoltoso il ricorso al giudice ordinario, mutilando la motivazione delle sentenze, sanzionando gli avvocati per le liti temerarie o per l'insuccesso del tentativo di mediazione. Le riforme hanno così sortito il risultato opposto a quello perseguito.

Secondo i calcoli effettuati dal CNF a fronte di diciassette modifiche al codice di procedura civile, succedutesi ad un ritmo incessante, la durata media dei procedimenti di cognizione ordinaria in primo e secondo grado è aumentata di circa due anni (da 5,7 anni nel 2005 a 7,4 nel 2011). Nel contempo, i costi di accesso sono lievitati del 55,62% per il primo grado, del 119,15% in appello e del 182,67% in Cassazione (contributo unificato pagato dal 2002 al 2012) (20). Si consideri inoltre che il rincaro del contributo unificato è risultato particolarmente oneroso, come risulta da una indagine effettuata dal Sole 24 Ore; ed ha colpito anche il processo amministrativo, il cui alto costo scoraggia ora i ricorsi del cittadino avverso gli atti e i comportamenti lesivi della pubblica Amministrazione: viene così erosa un'altra garanzia prevista in Costituzione, il controllo giudiziario dell'operato della mano pubblica.

Ma ancora più allarmanti sono i dati diffusi dall'ISTAT circa l'emersione di fasce amplissime di cittadini che non superano la soglia di povertà: le cifre sono angosciose, perché un sesto di tutti i cittadini si trova oggi in situazione di indigenza. Ed allora per far valere i propri diritti deve rivolgersi allo Stato. Può lo Stato farsi carico della difesa di dieci milioni di cittadini? E possiamo, in coscienza, negargli di fatto il diritto di far valere i propri diritti? Nel diritto di avere diritti (21) deve essere incluso anche il diritto alla difesa, altrimenti le frontiere della democrazia faticosamente conquistate si traducono inutili *diritti di carta*.

Aggiungo altri dati.

Il lavoro dell'avvocato è stato complicato dalle continue modificazioni delle regole sugli adempimenti amministrativi connessi agli atti processuali. Ad es., l'articolo 136 del c.p.c. riguardante le comunicazioni di cancelleria è stato modificato sei volte dal 2005 al 2012. Il comma 4 (relativo alle modalità di trasmissione tra le parti) è stato aggiunto nell'agosto del 2011, modificato nel settembre del 2011 e poi abrogato nel novembre del 2011.

La riduzione e la semplificazione dei riti civili, introdotta con legge delega n.69 del 2009, doveva ricondurre tutti i riti previsti dal c.p.c (una trentina) ai tre modelli principali di processo (ordinario-lavoro-sommario di cognizione). In realtà perman-

gono ben ventotto modelli con forme e termini autonomi e differenti. Con l'aggravante che le vecchie norme abrogate o modificate dalla delega continuano ad applicarsi alle cause pendenti alla data di entrata in vigore del decreto delegato.

Quanto all'istanza di trattazione in appello e in Cassazione a cura della parte interessata, la disciplina, introdotta nel novembre del 2011 tra le misure "straordinarie" per lo smaltimento dell'arretrato, è stata modificata nel dicembre 2011 e abrogata nel gennaio 2012.

Vale la pena anche di segnalare la progressiva compressione della motivazione della sentenza, una garanzia indefettibile in uno Stato di diritto: la legge n.69 del 2009 ha introdotto il principio della motivazione breve e il disegno di legge delega approvato dal Consiglio dei ministri il 17 dicembre scorso conteneva addirittura la motivazione "a pagamento", ora opportunamente abbandonato. La dottrina processualciviltistica ha commentato con apprensione quella proposta, poiché la motivazione - sintetica quanto si suole, ma fondativa del dispositivo - è prevista dalla Costituzione e non può essere soppressa (22).

Questo per quanto riguarda le misure contingenti più perniciose. Ma se si considerano le riforme strutturali, la valutazione non cambia: la riforma della "geografia giudiziaria" ha fatto emergere insufficienza dei locali, carenze di organico, inceppamento delle udienze, difficoltà moltiplicate nelle sedi accorpanti e disagi nell'abbandono delle sedi sopresse. Bisogna rimeditare tutto il sistema, situazioni locali alla mano (23).

12. Le fallacie della mediazione.

Di recente sono stati pubblicati alcuni rapporti che offrono il resoconto dell'applicazione del sistema della mediazione obbligatoria: l'ISDACI, in una accurata ricerca (24) ha dimostrato che la mediazione obbligatoria ha funzionato soltanto in una percentuale molto bassa di casi, anche se non ha potuto fare un riscontro molto importante, che varrebbe la pena di tentare, e cioè il costo complessivo degli apparati connessi agli organismi di conciliazione e ai controlli che dovrebbe effettuare il Ministero della Giustizia e l'esito dei tentativi di conciliazione; la Camera di arbitrato e conciliazione presso la Camera di commercio di Milano ha pubblicato un rapporto dal quale risulta che la mediazione non è rivolta a risolvere le *small claims* - questo essendo lo scopo precipuo per cui l'Unione europea da 1975 promuove le ADR - ma anzi, il valore medio delle controversie si aggira intorno ai 68.000 euro; si tratta di controversie promosse prevalentemente da persone fisiche, e anche da piccole imprese; ma questo vuol dire che le imprese in generale non profitano di questo strumento (25).

Entrambe le ricerche documentano come - prima ancora che l'assistenza dell'avvocato fosse resa obbligatoria - in 8 casi su 10 le parti avessero avvertito il bisogno di essere difese da professionisti competenti. Ciò perché i settori in cui opera la mediazione sono assi complessi, e richiedono competenze tecniche proprie di chi è esperto nel diritto processuale e nel diritto sostanziale.

I rapporti dimostrano che la disciplina attuale non riflette l'idea di un semplice tentativo di avvicinamento delle parti in conflitto, collocando l'interesse di ciascuna di esse in una equilibrata composizione; implica piuttosto la soluzione di questioni giuridiche: e non poteva il conflitto essere che così, dal momento che tutto l'apparato, sia quello organizzativo, sia quello normativo, configura la mediazione come una fase preprocessuale. Il modello risultato dalla concezione legislativa e amministrativa della mediazione oggi vigente in Italia è ben distante da quello concepito in altre esperienze,

proprio perché l'obbligatorietà, il valore, e l'ampiezza dei settori considerati escludono che si possa pensare a questa fase come ad una procedura da svolgere dinanzi ad un esperto di comunicazione e di psicologia, che ha l'intento di trovare una composizione del conflitto attraverso la "comprensione" e "gestendo le emozioni" (26).

La dottrina non si è lasciata convincere dai modelli americani. A parte il fatto che proprio nel Paese in cui il fenomeno si è maggiormente radicato si sono raccolte le critiche più forti, da chi pensa che tutto il sistema delle composizioni amichevoli, con rinunce che pregiudicano i diritti della parte contrattuale più debole finisca per essere funzionale agli interessi delle imprese e dannose per i consumatori (27) si è posto in luce come la mediazione sia uno strumento da maneggiare con cura, come essa si possa trasformare in un ostacolo all'accesso al giudice naturale, e come il suo fallimento scoraggi il cittadino che confida più nell'apparato complessivo di amministrazione dei conflitti (28).

Il Parlamento europeo, pur prendendo atto che «nel sistema giuridico italiano la mediazione obbligatoria sembra raggiungere l'obiettivo di diminuire la congestione dei tribunali» con una sua Risoluzione del 13 settembre 2011 ha sottolineato che «la mediazione dovrebbe essere promossa come una forma di giustizia alternativa praticabile, a basso costo e più rapida, piuttosto che come elemento obbligatorio della procedura giudiziaria».

È pur vero che la recente direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 ammette che la mediazione possa essere introdotta in via obbligatoria, ma proprio perché le parti sono costrette a rivolgersi ad un terzo imparziale prima di instaurare un procedimento giudiziario, la direttiva restringe la portata delle norme ai rapporti con i consumatori e comunque introduce un *caveat*: si esclude ogni forma di obbligatorietà quando essa si traduce in un ostacolo all'accesso al giudice ordinario.

Si deve poi aggiungere che la direttiva di base del 21 maggio 2008, 2008/52/CE, è riferita solo alle controversie transfrontaliere. Ciò perché l'Unione europea non ha competenza nella soluzione dei conflitti interni, se non in casi eccezionali, come per i rapporti con i consumatori, o per i pagamenti. È da notare che i Paesi in cui questa direttiva è stata attuata in ritardo perché avevano già istituito modelli di soluzione delle ADR hanno adottato sistemi semplificati come è appropriato a questa tipologia di rimedi Ad es. in Francia già funzionava la mediazione giudiziale, e ora con l'ordinanza del 16 novembre 2011 il Governo ha colto l'occasione per migliorare il regime generale della mediazione convenzionale.

13. Il processo telematico.

Il 30 giugno scorso è entrato in vigore il PCT per i depositi dei ricorsi ingiuntivi, scambio di memorie tra difensori, depositi di atti nelle procedure esecutive e fallimentari.

Una sfida per gli operatori della giustizia che, se vinta, sarà a tutto vantaggio della più efficiente amministrazione della giustizia.

Anche in questo settore la collaborazione con il Ministero è stata costante e proficua.

In questo semestre di sperimentazione vorremmo risolvere problemi ancora insoluti.

14. La geografia giudiziaria e gli Ordini forensi sopprimendi.

Il Consiglio ha seguito sia i primi progetti sia la formazione dei provvedimenti sia l'attuazione della disciplina che ha ri-

disegnato la geografia giudiziaria.

Abbiamo constatato con rammarico che le segnalazioni, le urgenze, le richieste accorate che giungevano da tutte le sedi - ora soppresse, accorpate, ridimensionate - non sono state prese in considerazione dal Governo, che, con determinazione, ha voluto applicare un metodo astratto, irrazionale, inefficiente di sistemazione degli uffici giudiziari e di accorpamento delle sedi.

Gli inconvenienti sono all'ordine del giorno, le difficoltà non sono state appianate, alcune sedi hanno ridotto sensibilmente l'attività, in altre il futuro è corrusco.

I dati che abbiamo raccolto e trasmesso agli uffici in questo periodo sono eloquenti. A questi dati occorre ora segnalare il disagio costituito dalla soppressione delle sedi distaccate dei TAR.

Non è neppure certa la sorte degli Ordini forensi aventi sede presso i Tribunali soppressi. La disattenzione del legislatore - se vogliamo definire in questo modo una vicenda che ha del paradossale - dovrà essere riparata. Il Consiglio in tutte le occasioni ha manifestato la sua disponibilità a individuare soluzioni che siano efficienti, razionali, e attente ai problemi e alle specificità delle comunità locali.

15. Le proposte dell'Avvocatura.

La legge di riforma della professione forense ha affidato al Ministero della Giustizia l'emanazione di un regolamento per la costituzione presso gli Ordini di Camere arbitrali e di conciliazione. Alcuni Ordini avevano già provveduto prima dell'entrata in vigore della riforma. Il CNF aveva predisposto un modello uniforme di regolamento delle Camere arbitrali. Ora è stata predisposta una bozza del regolamento che dovrà essere emanato dal Ministero della Giustizia. Allo stato sono operanti 22 camere arbitrali presso gli Ordini forensi.

Per estendere il ricorso all'arbitrato è stata proposta l'introduzione di una normativa che preveda *latranslatio iudicii*. L'istituto prevede la possibilità per le parti di una causa civile, anche pendente da tempo, di chiedere congiuntamente il trasferimento della causa dal tribunale ad una Camera arbitrale istituita presso i Consigli degli Ordini forensi, con conseguente riduzione dei tempi di decisione e alleggerimento del carico degli uffici giudiziari. In questo modo gli Ordini forensi presso i quali sono costituite le Camere arbitrali in attuazione della legge forense contribuiscono, in una ottica di sussidiarietà, alla semplificazione della giurisdizione statale mettendo a disposizione uno strumento di soluzione alternativa delle controversie basato sulla volontà delle parti, con regole certe.

Si è proposto inoltre di introdurre la "*negoziatio assistita da un avvocato*". Si tratta di una procedura partecipativa nella quale le parti in conflitto, che non hanno adito il giudice o un arbitro intentando una causa, decidono di risolvere in via amichevole il conflitto, che riguarda diritti disponibili, assistiti dai propri legali. Lo svolgimento di questa procedura partecipativa, già prevista in Francia, rende improcedibile l'azione giudiziaria avente lo stesso oggetto salvo azioni cautelari e urgenti. L'accordo raggiunto dalle parti con l'assistenza dei legali è omologato dal tribunale.

Per completare il quadro si potrebbe prevedere la presenza degli avvocati nella composizione dell'ufficio legislativo del Ministero della Giustizia per la redazione delle norme che riguardano l'amministrazione della giustizia e la partecipazione degli avvocati allo smaltimento dell'arretrato civile, attraverso la redazione delle bozze delle sentenze, liberando così risorse da impegnare utilmente nei tribunali.

I dodici punti esposti dal Presidente del Consiglio, e le linee pro-

grammatiche illustrate dal Ministro Guardasigilli ci trovano consenzienti: siamo in attesa di leggere i testi normativi per poter riflettere e formulare, ove necessario, i suggerimenti e le integrazioni che fossero utili riguardo ai temi dei "tavoli" (accessorizzazione e tirocinio; specializzazione e de-giurisdizionalizzazione) e con riguardo alle nuove competenze del Tribunale delle imprese e del Tribunale della famiglia.

16. Sintesi dell'attività svolta.

Nelle schede allegate alla relazione, come si è detto, si può constatare la vastità del lavoro compiuto in quest'anno dal CNF. L'attività giurisdizionale è stata intensa.

L'albo nazionale telematico è quasi ultimato. Attualmente gli avvocati sono aumentati di alcune migliaia di unità rispetto all'anno scorso. È aumentata anche la percentuale delle donne, la cui posizione nella professione forense è un poco migliorata rispetto agli anni passati rispetto al contesto culturale e sociale che connota la nostra professione. Le commissioni ordinamentali sulle pari opportunità ci segnalano appunto questi problemi, così come i dati diffusi dalla Cassa di previdenza e assistenza forense, che hanno messo in evidenza come il reddito medio degli iscritti agli albi si sia ridotto in modo consistente, e le *avvocate* percepiscano un reddito mediamente inferiore a quello degli avvocati.

Dal punto di vista della rappresentanza di genere la riforma ha fatto un notevole progresso.

Vi è poi la piaga del turismo internazionale per l'esame di ammissione alla professione.

Secondo il CNF rappresenta un abuso del diritto comunitario la pratica di acquisire la laurea in giurisprudenza in Italia, trasferirsi in Spagna per ottenere il titolo di *abogado* e poi tornare in Italia e chiedere la iscrizione "automatica" all'elenco speciale degli avvocati stabiliti. Il CNF ha posto la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione. All'udienza dell'11 febbraio scorso la posizione del CNF, volta a verificare se la direttiva comunitaria cosiddetta "di stabilimento" impedisca una valutazione caso per caso delle richieste di iscrizione da parte dei Consigli dell'Ordine ed eventualmente un diniego in caso comportamento abusivo, è stata sostenuta davanti alla Corte anche dal Governo Italiano e da Austria e Romania.

Secondo un censimento del Cnf, il 92% degli avvocati iscritti nell'elenco degli avvocati "stabiliti" sono italiani. Di questi, l'82% ha conseguito il titolo in Spagna; il 4% in Romania. In numeri assoluti, su un totale di avvocati stabiliti pari a 3759, 3452 sono risultati essere di nazionalità italiana. Attendiamo di leggere la decisione della Corte di Giustizia.

Molti sono i giovani ai quali va la nostra solidarietà e ai quali sono rivolte la gran parte delle iniziative delle Scuole forensi e del CNF in tutte le sue articolazioni. Ai giovani vogliamo dare una parola di speranza, e anche un suggerimento: è importante iniziare la carriera con un ingresso regolare nell'agone professionale piuttosto che ricorrere a mezzi dubbi di selezione. E se possibile coltivare l'attenzione per la prassi già dagli anni dell'Università, e completare un tirocinio effettivo presso lo studio di un avvocato, per conoscere la logica, l'argomentazione, le strategie processuali, i rapporti con il cliente in studio e con il giudice nelle udienze. Tutto ciò nell'ottica forense che si costruisce con l'esperienza diurna, con fatica, ma anche con soddisfazione.

In complesso, pur navigando in mille difficoltà, il 2013 è stato un anno straordinario nel quale la operosità delle Commissioni e delle Fondazioni, dell'Ufficio Studi, dei dipendenti dell'Ufficio giurisdizionale e dell'Ufficio amministrativo,

dell'Ufficio Comunicazione e Media e dei consulenti esterni del CNF e, ovviamente dell' Ufficio di Presidenza, ha toccato il livello di insostenibilità.

Non avremmo immaginato, lottando per l'approvazione della riforma, che ne sarebbe scaturito un impegno così gravoso. E tuttavia abbiamo lavorato con lena e soprattutto in un clima cordiale, unitario e solidale. Insomma forti della nostra storia vogliamo infondere fiducia nel futuro. Un caloroso grazie a tutti per l'attenzione che ci avete prestato.

Note:

- (1) Per tutti v. Perfetti, *Deontologia dell'avvocato, ordinamento forense, amministrazione della giustizia*, Torino, 2013
- (2) Il Sole24ore, 10 gennaio 2014, p.1
- (3) Sul punto v. *La responsabilità sociale dell'avvocato europeo*, Atti del convegno organizzato da Alarico Mariani Marini e Guido Alpa, Pisa, 2013.
- (4) Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris. D. 1.5.2, Hermog. L. 1 *iuris epit.*
- (5) Grossi, *Il messaggio giuridico dell'Europa e la sua vitalità: ieri, oggi, domani*, in *Contratto e impresa*, 2013, p. 681 ss.
- (6) Piketty, *Le Capital au XXIe siècle*, Parigi, 2013.
- (7) Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2004, V ed.; Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000; ID., *Il diritto al presente. Globalizzazione e istituzioni*, Bologna, 2002.
- (8) Benson, *The Enterprise of Law. Justice Without the State*, Oakland (CA), 1990, nuova ed. 2011; Friedman (D.), *L'ingranaggio della libertà. Guida ad un capitalismo radicale*, Macerata, 1997.
- (9) Stiglitz, *Bancarotta. L'economia globale in caduta libera*, Torino, 2013
- (10) Capriglione e Semeraro, *Crisi finanziaria e dei debiti sovrani. L'Unione europea tra rischi e opportunità*, Torino, 2012.
- (11) Per più diffuse argomentazioni rinvio alle relazioni pubblicate su *Rassegna forense* dal 2009 al 2013 e agli atti dei Congressi di aggiornamento forense via via riportati sul sito web del CNF.
- (12) V. la raccolta curata da Caringella e Cicia, *Le sentenze storiche del Diritto Civile*, Roma, 2008; *I precedenti* a cura di G. Alpa, in *Giurisprudenza sistematica* di diritto civile e commerciale fondata da W. Bigiavi, I, Torino, 2000.
- (13) Per tutti v. Viola e Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, Roma-Bari, 2013, VIII ed.
- (14) L'orientamento tradizionale era espresso da Cass.pen. 15 aprile 2003, n. 17921 a mente della quale «ben è vero che questa Corte (sezione sesta, 1151/02, Notaristefano), esaminando in epoca recentissima la questione della individuazione dell'ambito dell'attività riservata agli esercenti una determinata professione, ha affermato che questo comprende non soltanto gli atti "tipici" della professione, ma può estendersi anche agli atti "relativamente liberi", e cioè non esclusivi del professionista pur se solitamente collegati alla sua attività tipica, che possono essere compiuti anche da estranei soltanto a condizione che si tratti di attività sporadica ed occasionale; per cui costituisce esercizio abusivo

della professione il compimento di atti del genere in forma continuativa ed organizzata. Tale indirizzo si pone peraltro in consapevole contrasto con l'orientamento in precedenza costante, che circoscrive gli atti rilevanti, ai fini della configurabilità del reato di cui all'articolo 348 Cp, alla sfera di quelli riservati in via esclusiva a soggetti dotati di speciale abilitazione e cioè ai cosiddetti atti tipici, escludendo dal novero delle attività esclusive quelle "relativamente libere", solo strumentalmente connesse a quelle tipiche». Più recentemente la Corte (Cass.pen., 11 marzo 2011, n. 10100) ha ritenuto che le attività tipiche, se svolte in forma organizzata e sistematica, sono riservate ai professionisti abilitati.

(15) V. per tutti Punzi, *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato*, in *Riv.dir.proc.*, 2014, p.1 ss.

(16) *Teoria e prassi della giustizia*, a cura di Alpa e Schiesaro, Napoli, 2013; Besussi e Galeotti, a cura di, *Ragione, Giustizia, Filosofia, Scritti in onore di Salvatore Veca*, Milano, 2013 e la recensione di Ricciardi, *Pensare la giustizia*, in *Sole24ore*, Domenicale, 2 febbraio 2014.

(17) V. ad es. Astrid, *Amministrazione della giustizia, crescita e competitività del Paese*, a cura di G. Salvi e R. Finocchi Gersi, pref. G.M. Flick, Firenze, 2012; Consiglio Nazionale Forense, *Gli avvocati italiani per la ripresa. Giustizia civile ed economia*, Dossier a cura dell' Uff. Studi, Roma, 2011.

(18) Mi riferisco alle relazioni per l'inaugurazione dell'anno giudiziario presso la Corte di Cassazione dei Primi Presidenti Vincenzo Carbone (2010), Ernesto Lupo (2012), Giorgio Santacroce (2013).

(19) Verde, *Quale giustizia*, Torino, 2013; Lipari, *Perché in Italia non si crede più nella giustizia*, p.1 ss. dell'estratto (2014).

(20) V. le schede dell'Ufficio Studi del CNF e Il Sole 24 Ore del 20 gennaio 2014.

(21) Per richiamare l'illuminante contributo di Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012.

(22) Taruffo, *Addio alla motivazione?*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2014, p. 314.

(23) Sono assai apprezzabili le proposte illustrate da Castelli, Liccardo, Melillo, Piana, Verzelloni, *Giustizia, territori e governo dell'innovazione*, Roma, 2014. Gli stessi Tribunali afflitti da queste misure hanno assunto provvedimenti riguardanti la idoneità e funzionalità delle strutture esistenti e del personale in servizio: proprio in questi giorni, a seguito della istanza di ATP promossa dall'Ordine degli Avvocati di Savona, il Tribunale ha accertato che i locali attualmente utilizzati in via ordinaria nella sede accorpante non sono idonei alla funzione alla quale già ora sono adibiti.

(24) Sesto rapporto sulla giustizia alternativa in Italia, Milano, 2013.

(25) Bonsignore, *La mediazione civile e commerciale dopo il d.lgs. 28/2010 dal vivo i risultati di una ricerca qualitativa sui casi del servizio di conciliazione della Camer arbitrale di Milano*, 2014.

(26) V. Friedman e Himmelstein, *La mediazione attraverso la comprensione*, Milano, 2012; Jones, *Emotion in mediation*, Londra, 2009.

(27) Come Chase, *Law, Culture and Ritual*, N.Y., 2005; De Girolamo, *The Fugitive Identity of Mediation*, Oxford, 2013.

(28) AA.VV., *L'altra giustizia*, a cura di V. Varano, Milano, 1990.

La pubblicità dei servizi legali. Linee di un'analisi comparata*

Andrea Fusaro

Notaio

Professore Ordinario nell'Università di Genova

Sommario: 1. *La pubblicità degli studi professionali in U.S.A.* 2. *Lo scenario europeo.* - 2.1 *Le indicazioni della CEDU.* - 2.2 *Alcune pronunce della Corte di giustizia.* - 3. *La disciplina italiana.* - 3.1. *Le origini del divieto di pubblicità.* - 3.2. *Abrogazione del divieto di pubblicità ad opera del "decreto Bersani".* - 3.3 *Le modifiche apportate al Codice deontologico forense.* - 3.4. *La posizione dell'Agcm.* - 3.5. *La recente giurisprudenza di legittimità.* - 4. *Notazioni riepilogative.*

1. La pubblicità degli studi professionali in U.S.A.

La pubblicità dei servizi legali è prassi segnalata sin dall'ottocento negli Stati Uniti, dove consta aver subito restrizioni già nel 1908, con l'approvazione dei Canons of Professional Ethics da parte dell'American Bar Association (ABA)(1). Tale sfavore promanava dalla percezione di inopportunità della pubblicità, ritenuta non confacente allo stile forense e disdicevole per la professione legale, nella convinzione che il mezzo più efficace sia la buona reputazione; inoltre giocava la preoccupazione di prevenire l'avvio di liti temerarie. Di qui l'autorizzazione agli avvocati a diffondere informazioni sulla loro identità, localizzazione ed attività, con il divieto però di reclamizzarla

Grande risonanza ha ricevuto il caso *Bates v. State Bar of Arizona* degli anni settanta, scaturito dall'iniziativa assunta dal consiglio dell'ordine statale (*Arizona State Bar*) volta a perseguire due giovani avvocati i quali, dopo aver aperto a Phoenix lo studio "*Legal Clinic of Bates and O'Steen*", inserirono su un quotidiano locale (2) un annuncio ove si promettevano "legal services at very reasonable fees", indicando gli onorari richiesti (3). Tale condotta fu ritenuta violare il divieto di pubblicità sancito dallo *State Bar* dell'Arizona (4) e ai due fu comminata la sospensione (5); costoro si rivolsero dapprima alla *Supreme Court* dell'Arizona e, successivamente, alla Corte Suprema Federale, lamentando che la proibizione violasse lo *Sherman Antitrust Act* (6) ed il Primo Emendamento.

Tali celebri sentenze, sebbene non recenti, conservano interesse e perciò meritano attenta analisi (7). La pubblicità degli studi legali era stata vietata in considerazione del timore che potesse sovraccaricare il sistema giudiziario, incentivare il contenzioso, nonché innalzare le tariffe per assorbire i relativi costi. Ancora, si paventavano l'assimilazione dell'esercizio dell'avvocatura al commercio; la diffusione di false informazioni difficilmente controllabili; l'incentivo ingiustificato verso le professioni legali, in un periodo in cui si era già registrato un enorme incremento (8); il rischio di sfiancamento della giustizia.

La corte statale esclude vi fosse stata violazione della libertà di concorrenza, negando l'applicabilità dello *Sherman Act*, in quanto lo Stato dell'Arizona nel regolamentare la professione forense aveva esercitato poteri sovrani. La pubblicità realizzata nella specie fu considerata rivestire peculiarità tali da sottrarla alla protezione della libertà di parola e di stampa ga-

rantita dal Primo Emendamento (9). Inoltre i giudici, facendo applicazione della tecnica del distinguere, accantonarono un precedente della Corte Suprema Federale il quale, appoggiandosi al Primo Emendamento, aveva escluso che ai farmacisti potesse impedirsi di pubblicizzare i prezzi (10). La Corte Suprema dell'Arizona pertanto rigettò il ricorso, ma ridusse la sanzione. Secondo un'opinione di minoranza (11), il divieto invece contrastava con il Primo Emendamento, poiché limitava il diritto dei consumatori a ricevere notizie sulle professioni legali.

Fu, quindi, adita la Corte Suprema Federale, invocando la giurisprudenza che aveva esteso la protezione della libertà di parola agli annunci commerciali. Il ricorso fu accolto sulla scorta di argomenti che indussero a dichiarare la contrarietà al Primo Emendamento del divieto di pubblicità da parte degli avvocati. La Corte prese le distanze dal timore che la pubblicità sia sveniente per la professionalità e dignità, e ricondusse la proibizione ad una mera regola di etichetta ormai anacronistica, piuttosto che ad un precetto eticamente fondato (12). Al Primo Emendamento fu riconosciuta valenza bidirezionale, nel senso che esso non garantirebbe solo la libertà di espressione attraverso la comunicazione di messaggi commerciali, ma tutelerebbe altresì l'interesse dei destinatari degli annunci ad essere informati. In questa prospettiva il divieto di pubblicità fu ritenuto espressione di un atteggiamento eccessivamente paternalistico, incline a tenere il consumatore al riparo dalle possibili suggestioni, piuttosto che alla fiducia nella sua capacità di perseguire al meglio i propri interessi, disponendo dei dati essenziali (13). Fu respinto l'addebito circa l'inclinazione inevitabilmente decettiva della pubblicità: pur dandosi atto che non sempre essa fornisce un quadro informativo completo, fu escluso che ciò costituisca un buon motivo per legittimare un divieto; anche se l'asimmetria informativa non viene eliminata, nondimeno non deve negarsi l'attitudine a veicolare notizie utili. Fu, pertanto, ritenuta deteriore l'opzione di tenere i consumatori nell'ignoranza (14).

Neppure la considerazione del rischio di incremento del contenzioso apparve sufficiente per la sopravvivenza del divieto (15). Destituita di evidenza empirica apparve, poi, l'obiezione che paventava l'aumento dei costi dei servizi legali (16). Fu respinta anche la tesi secondo cui la spesa da sostenere per la pubblicità finirebbe per costituire una barriera all'accesso per i giovani avvocati: al contrario, sarebbe proprio il divieto a proteggere quelli affermati. Infine fu confutato il timore che la pubblicità induca gli avvocati a tenere condotte scorrette: una volta venuto meno il divieto, gli avvocati si sarebbero comportati nel modo in cui si erano sempre comportati; né meglio, né peggio. Sulla base di queste ragioni, la Corte Suprema Federale dichiarò la regola deontologica dell'Arizona proibitiva della pubblicità affetta da illegittimità costituzionale per contrarietà al Primo Emendamento; essa nondimeno ritenne i consigli degli ordini statali legittimati a regolamentare la materia al fine di assicurare la veridicità delle informazioni.

La portata del precedente è stata ridimensionata da alcune decisioni rese da Corti statali in fattispecie ove la pubblicità si era rivelata aggressiva o ingannevole (17).

La pronuncia della Corte Suprema Federale sollecitò riforme della disciplina deontologica americana, in particolare l'adozione del "Model Code of Professional Responsibility" e delle "Model rules of professional conduct", schemi entrambi provenienti dall'American Bar Association (18). Nella versione del 2004 delle seconde, corredata da un commento ufficiale dell'ABA (19), alla regola settima, dopo l'affermazione del generale divieto per gli avvocati di diffondere in-

*Il presente saggio è dedicato a Diego Corapi e apparirà negli Scritti in suo onore.

formazioni false o tendenziose (20), viene dettata una disciplina minuziosa circa la pubblicità, realizzabile nel rispetto di alcuni limiti, quali la preclusione a sovvenzionare campagne di propaganda della propria attività (21) ed il divieto di avvicinare i clienti con ogni mezzo (22). È, invece, consentito far conoscere le specializzazioni ed i settori in cui lo studio è coinvolto con maggiore frequenza (23). Colpisce la preclusione ad accettare incarichi pubblici da parte di enti beneficiari di proprie elargizioni od altri contributi (24).

Gli ordini statali hanno proseguito nella regolamentazione della materia. Quelli di New York e della Florida hanno introdotto alcuni limiti nel 2006 e nel 2007. Ad esito dei lavori condotti da parte di una commissione appositamente nominata nel 2005 (25), con il primo febbraio 2007 ha preso vigore la nuova disciplina, dove la pubblicità dei servizi legali figura definita come “qualsiasi comunicazione pubblica o privata effettuata circa un avvocato od uno studio legale, oppure per loro conto, relativa ai loro servizi, al fine primario di valorizzarli”. Per la prima volta, far pubblicità è stato inteso quale sinonimo di reclamizzare. Sono vietati alcuni strumenti, tra cui l'impiego di: testimonianze di precedenti clienti, ritratti di giudici o di personaggi di giuristi, attori, riferimenti a circostanze irrilevanti, impiego di soprannomi. Le restrizioni non valgono per le comunicazioni dirette ai clienti già acquisiti ed agli altri avvocati; è preclusa la sollecitazione alla clientela nei trenta giorni successivi al verificarsi di un evento produttivo di danni.

Alcune regole deontologiche dello stato di New York - le proibizioni riferite alla menzione di “caratteristiche irrilevanti” ed all'impiego dei soprannomi - sono state ritenute contrastare con il Primo Emendamento da parte della Corte d'appello del secondo circuito; la sentenza è stata resa ad esito di una vertenza discussa davanti ad un collegio di cui faceva parte il professor Guido Calabresi (26).

2. Lo scenario europeo.

Lo scenario europeo è disomogeneo (27). In Inghilterra l'accesso dei solicitor (28) alla pubblicità è stato ammesso dalla Law Society sin dal 1986 e poi ribadito dal “Solicitors' Code of Conduct” del 2007, che con la regola settima la permetteva, purché non ingannevole o equivoca (29). Nella nuova versione del Codice deontologico, entrata in vigore nel 2011, alla pubblicità è dedicata una disciplina maggiormente articolata, contenuta nel capitolo ottavo. La veridicità e la completezza delle informazioni rimangono i criteri guida, che presiedono ad una serie di canoni imposti alla pubblicità, la quale deve: essere puntuale, non ingannevole, tale da non tradire la fiducia nei servizi legali; chiarire gli esborsi, distinguendo le spese dagli onorari (e precisando se l'iva è inclusa); evitare approcci personali o telefonici; fornire dati precisi sul professionista e lo studio (30). Sono segnalati alcuni comportamenti virtuosi, improntati a trasparenza e chiarezza (31); altri all'opposto rivelatori di atteggiamenti imbonitori e predatori (32).

Anche i barrister sono liberi di reclamizzare la propria attività, nei limiti posti dalla disciplina generale in materia (33). È consentito includere: fotografie del soggetto; indicazione degli onorari e delle modalità per il loro calcolo; descrizione dei servizi offerti; informazioni sui casi affrontati (incluso il nome del cliente) qualora tali informazioni siano già divenute di pubblico dominio o vi sia comunque l'autorizzazione scritta del cliente a diffonderle. In ogni caso la pubblicità non deve risultare fuorviante o incompleta; minare la fiducia del pubblico nella professione forense o nell'amministrazione della giustizia o arrecare comunque danno al decoro della professione; effettuare

paragoni diretti o critiche di altri soggetti identificabili; includere informazioni sulla quantità di cause vinte; manifestare la disponibilità a compiere atti che non siano conformi al codice deontologico; presentarsi così frequente o invasiva da creare disturbo ai suoi destinatari. Con il primo gennaio 2014 sono entrate in vigore le nuove regole di condotta (35), dove figura il divieto di fornire indicazioni ambigue circa i servizi legali offerti e le condizioni in base alle quali sono prestate (36).

In Germania l'art. 43b del Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), in combinato con l'art. 6 del Codice deontologico, permette agli avvocati di farsi pubblicità soltanto con riguardo all'oggetto dell'attività professionale. È ammessa ogni forma di comunicazione (volantini, inserzioni, siti internet, posta elettronica), ma è vietato il riferimento a successi e al fatturato; la menzione di nominativi e cause presuppone il consenso espresso del cliente.

In Spagna l'art. 7 del Codice deontologico consente all'avvocato la pubblicità (37), purché sia dignitosa, veritiera e corretta, rispetti la dignità della persona, la normativa in materia, nonché quella sulla concorrenza e la disciplina deontologica nazionale e locale (38).

In Francia la pubblicità delle prestazioni professionali è disciplinata dal decreto n. 2005-790 del 12 luglio 2005 “Décret relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat” (39) recante il codice deontologico della professione (40), integrato con decisione del Consiglio nazionale dei *barreaux*, a carattere normativo, n. 2005-003 che ha adottato il regolamento interno nazionale della professione forense, ove la materia è disciplinata all'art. 10 (41).

Quale criterio generale è sancita la funzione informativa della pubblicità, nel rispetto dei principi fondamentali della professione. È vietato offrire servizi personalizzati, inoltre avvalersi di manifesti, film, trasmissioni radiofoniche e televisive. Quale che sia il mezzo impiegato, sono proibiti: i riferimenti comparativi o elogiativi della propria prestazione professionale; le indicazioni relative all'identità del cliente, messaggi falsi o inesatti; espressioni suscettibili di creare l'affidamento circa l'esistenza di una struttura in realtà inesistente; menzioni di funzioni od attività prive di legame con la professione forense; notizie atte a violare il segreto professionale.

Sono autorizzati: l'invio di lettere d'informazione generale sullo studio, di aggiornamento legislativo e giurisprudenziale; la diffusione di notizie circa la composizione dello studio; la pubblicazione di annunci pubblicitari, purché non decettivi o tali da integrare atti di concorrenza sleale; la diffusione di brochure; l'affissione di targa sul portone (previo benessere del consiglio dell'ordine). Sono menzionate le indicazioni che è consentito far figurare su carta intestata e biglietti da visita: tra queste, l'anzianità professionale ed i settori di attività, riservando la qualifica specialista ad ambiti rispetto ai quali si vanta un'apposita certificazione; i criteri di determinazione dei compensi; incarichi di insegnamento; corrispondenti convenzionati. L'apertura di un sito Internet dello studio dev'essere comunicata al consiglio dell'ordine; la sua tenuta non può prestarsi ad aggirare le prescrizioni sulla pubblicità elencate.

2.1. Le indicazioni della CEDU.

La pronuncia della Corte Europea dei diritti dell'uomo maggiormente significativa risulta quella resa nel caso Casado Coca (42). Protagonista era un avvocato spagnolo, del foro di Barcellona, il quale era stato sottoposto a sanzione disciplinare dal consiglio dell'ordine per aver aveva fatto pubblicare su un giornale articoli sulla sua attività, che riportavano il suo nome accompagnato dalla qualifica di “Avvocato”, oltre ad indirizzo e numero di telefono.

Avverso le sanzioni comminate dal consiglio dell'ordine locale e confermate da quello nazionale, l'avvocato aveva adito il Tribunale sostenendo che il fine dei suoi annunci non fosse stata la pubblicità, ma l'informazione; egli lamentava la violazione sia del diritto alla libertà di espressione garantito dall'art. 20 della Costituzione spagnola, sia del principio di legalità, in quanto le disposizioni proibitive erano di natura regolamentare. Il Tribunale aveva respinto il ricorso, sostenendo che quegli annunci avevano integrato uno strumento pubblicitario piuttosto che un mezzo per fornire informazioni, infrangendo la disciplina sugli annunci.

La Corte Suprema, a sua volta, respingeva il ricorso, rigettando la censura relativa alla violazione dell'articolo 20 Cost., obiettando che esso non tutela la diffusione dei messaggi pubblicitari quale diritto fondamentale e puntualizzando che nella specie l'intento non era quello di esprimere pensieri, idee o opinioni, ma di pubblicizzare la professione. Inoltre, il divieto di pubblicità rilevato dal Consiglio dell'Ordine di Barcellona perseguiva una finalità legittima, mirando alla tutela della libera concorrenza e degli interessi dei clienti.

L'avvocato proponeva un ulteriore ricorso davanti alla Corte costituzionale, nel quale sosteneva ancora che l'applicazione di sanzioni amministrative per mezzo di un decreto costituiva una violazione del principio di legalità sancito dalla Costituzione e che il suo annuncio, comunque, riportava informazioni veritiere; la Corte tuttavia dichiarava la domanda irricevibile. A seguito di ciò, l'avvocato adì la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, lamentando la violazione dell'art. 10 della Convenzione.

Circa il quesito se la pubblicità sia coperta dalle garanzie previste da detta disposizione, la Corte ammette la legittimità della sua sottoposizione a limiti diretti ad impedire la concorrenza sleale o la diffusione di messaggi ingannevoli, per garantire il rispetto dei diritti altrui o giustificati dalle particolarità di un'attività commerciale o di una determinata professione. Con riferimento allo specifico contesto, la Corte osserva che "la regolamentazione della professione di avvocato, in particolare modo per quanto riguarda la pubblicità, varia da un Paese all'altro in funzione delle tradizioni culturali" e nel valutare la necessità delle restrizioni "bisogna tenere conto della natura specifica della professione, quindi nel caso specifico di un avvocato, che, proprio per la sua qualità di ausiliario della giustizia, beneficia del monopolio e dell'immunità delle difese, è necessario dare prova di discrezione, di onestà e di dignità nella sua condotta. Le limitazioni alla pubblicità devono trovare il loro fondamento in tali particolarità". Nel difetto di principi regolatori uniformi a livello europeo, alle autorità nazionali di ciascuno Stato compete prendere posizione, considerando "gli imperativi di una buona amministrazione della giustizia, la dignità della professione, il diritto di tutte le persone a ricevere un'informazione sull'assistenza giuridica e la possibilità per un avvocato di fare pubblicità al proprio studio".

Dopo aver confermato la propria competenza ad esercitare il controllo su tali restrizioni, la Corte chiarisce che l'art. 10 della Convenzione deve essere esteso alle informazioni di carattere commerciale, quali i messaggi pubblicitari, in quanto esso "non vale soltanto per alcuni tipi di informazione, di idee e modi di espressione, particolarmente di natura politica", ma "comprende anche l'espressione artistica, le informazioni di carattere commerciale o anche la musica leggera o i messaggi pubblicitari diffusi per cavo. Pertanto, esso è applicato all'avvocato che fa pubblicare annunci in un giornale indicando semplicemente il suo nome, indirizzo, professione e numero telefonico, avendo uno scopo dichiaratamente pubblicitario, ma fornendo anche alle persone aventi bisogno di

una assistenza giudiziaria informazioni di una certa utilità e tali da facilitare il loro accesso alla giustizia".

Al contempo, la Corte ridimensiona la portata di questo principio, sia giustificando in generale l'adozione di provvedimenti (anche da parte degli ordini professionali) tesi a disciplinare l'accesso alla pubblicità, sia valorizzando lo specifico ruolo dell'avvocato nella gestione della giustizia e nel rapporto tra cittadino ed istituzioni. Nel caso in esame, la Corte esclude alcuna violazione dell'art. 10, in quanto le limitazioni alle quali era stato sottoposto il ricorrente erano previste dalla legge; inoltre attesta che le sanzioni inflitte dal Consiglio dell'Ordine non erano sproporzionate rispetto allo scopo perseguito, di tutelare il diritto degli altri appartenenti al medesimo Ordine.

2.2. Alcune pronunce della Corte di giustizia.

Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si attingono indicazioni circa la legittima imposizione di requisiti al prestatore di un servizio motivati dall'applicazione di norme professionali giustificate dal pubblico interesse nello Stato ospitante (43). Secondo l'orientamento della Corte (44), salvo esista una normativa di armonizzazione comunitaria applicabile al servizio, le norme nazionali sull'esercizio della pubblicità di un'attività regolamentata che trovano il loro fondamento in un interesse legittimo di tutela del destinatario del servizio, costituiscono «norme professionali giustificate dal pubblico interesse».

La pubblicità svolge «un ruolo determinante per consentire ad una società di stabilirsi in un nuovo Stato membro e di svolgervi le proprie attività», nella misura in cui «consente ai consumatori di modificare le proprie abitudini, favorendo così la concorrenza» (45); essa assume un rilievo ancora maggiore rispetto alle professioni liberali, assoggettate a norme eterogenee le quali rischiano di ostacolare ulteriormente l'attitudine dei professionisti a penetrare nel mercato di un altro Stato membro. In una pronuncia del 1995, la Corte di giustizia ha sottolineato che un divieto che «priva gli operatori interessati di una tecnica rapida e diretta per farsi pubblicità e contattare potenziali clienti che si trovano in altri Stati membri... è... atto a costituire una restrizione alla libera prestazione dei servizi transfrontalieri» (46). Alcuni anni dopo la Corte si è pronunciata sulle attività mediche, confermando il carattere restrittivo di una pubblicità di attività di formazione sanitaria (47).

Particolare rilievo è assegnato alla sentenza pronunciata nella causa *Corporación Dermoeástica*, in cui si contestava la conformità con l'articolo 56 TFUE di una normativa nazionale che vietava la pubblicità di trattamenti medico-chirurgici nell'ambito dei servizi di trattamenti di bellezza. In tale occasione la Corte ha ravvisato nel regime contestato una restrizione alla libera prestazione di servizi, confermandone l'attitudine a "rendere più difficile l'accesso [degli] operatori economici al mercato" (48) ed ha aggiunto che un provvedimento restrittivo consistente nel vietare un determinato tipo di pubblicità può essere giustificato qualora soddisfi quattro condizioni: deve applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificato da ragioni imperative di interesse pubblico, essere idoneo a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo (49).

3. La disciplina italiana.

3.1. Le origini del divieto di pubblicità.

Si è osservato che il divieto di pubblicità trae fondamento dal bagaglio etico, culturale e deontologico proprio della libera professione (50), piuttosto che da una norma specifica; ori-

ginario riferimento è l'art. 38 r.d.l. 1933 n. 1578, convertito dalla legge 36/1034, il quale prevede soltanto che "... gli avvocati ed i procuratori che si rendano colpevoli di abusi o mancanze nell'esercizio della loro professione o comunque di fatti non conformi alla dignità e al decoro professionale sono sottoposti a procedimento disciplinare". La norma non contiene alcuna tipizzazione delle ipotesi degli illeciti, ma sulla sua base è stata elaborato il divieto di "effettuare alcuna forma di pubblicità con *slogans* evocativi e suggestivi, privi di contenuto informativo professionale, e quindi lesivi del decoro ed alla dignità professionale".

Tale preclusione è stata introdotta nell'art. 17 del codice deontologico, che vietava "qualsiasi forma di pubblicità dell'attività professionale", facendo salva soltanto la possibilità di indicare "i propri particolari rami di attività" nei rapporti con i terzi (51). Nel 1991 il CNF sanciva "il ripudio di mezzi pubblicitari di ogni genere costituisce tradizione e vanto dell'Avvocatura italiana, che nel corso di decenni ha sempre confermato il rifiuto di forme di emulazione diverse da una dignitosa gara di meriti dimostrati attraverso le opere e lo studio" (52). In sede disciplinare, da parte dei consigli degli ordini locali e dal CNF (53), sono stati ritenuti illeciti: l'esercizio di qualsiasi pressione su potenziali clienti (54); l'affidamento a riviste e quotidiani di inserzioni finalizzate a reclamizzare la propria attività (55); l'inserimento del proprio nominativo in grassetto nell'elenco telefonico (56). Molti procedimenti si sono, invece, conclusi con l'assoluzione (57).

Nel tempo si è registrato un susseguirsi di interventi sul codice deontologico forense, informati ad una linea di crescente permissività, peraltro attuati secondo tecniche da alcuni ritenute inadeguate (58). Decisivo si è, ovviamente, rivelato l'intervento del legislatore.

3.2. Abrogazione del divieto di pubblicità ad opera del "decreto Bersani".

Nel 2006 con il c.d. Decreto Bersani (59) è stato abrogato lo storico divieto italiano di pubblicità per le attività libero professionali e intellettuali, tuttavia dettando solo generiche indicazioni circa il contenuto dei messaggi (60). A distanza di pochi anni il legislatore è intervenuto (con la c.d. "Manovra bis" del 2011 (61), poi nel 2012 (62)), dettando criteri e limiti in ordine all'esercizio della pubblicità; è stata, nel frattempo, approvata la riforma degli ordini professionali, comprensiva della disciplina generale delle società di professionisti (63), la cui attuazione è attesa coinvolgere i termini delle informazioni circa le prestazioni fornite.

A stretto giro ha visto la luce la riforma forense (64), la quale ha suggellato la particolare posizione dell'avvocatura, in ragione della connessione con la tutela giurisdizionale dei diritti; ivi troviamo contemplata la pubblicità informativa relativa all'attività professionale, all'organizzazione ed alla struttura dello studio, nonché alle eventuali specializzazioni e titoli scientifici e professionali posseduti (65).

3.3. Le modifiche apportate al Codice deontologico forense.

L'abrogazione del divieto ha inciso sul codice deontologico forense: si è consentito all'avvocato di fornire informazioni sulla propria attività professionale (art. 17) (66), disciplinando le modalità (art. 17 bis) (67). Impianto e contenuti di questo regime appaiono allineati alla maggior parte dei codici deontologici stranieri esaminati, ai quali appaiono ispirarsi, come emerge da parecchi segmenti: l'apertura verso la diffusione di informazioni, purché coerenti con "la finalità della tutela dell'affidamento della collettività" e rispondenti a "criteri di trasparenza e veridicità"; la prescrizione che,

quanto al contenuto, l'informazione sia "conforme a verità e correttezza"; la preclusione ad "avere ad oggetto notizie riservate o coperte dal segreto professionale"; il divieto di "pubblicità ingannevole, elogiativa, comparativa", nonché di "offrire, sia direttamente che per interposta persona, le proprie prestazioni professionali al domicilio degli utenti, nei luoghi di lavoro, di riposo, di svago e, in generale, in luoghi pubblici o aperti al pubblico", ancora di "offrire, senza esserne richiesto, una prestazione personalizzata e, cioè, rivolta a una persona determinata per un specifico affare". Si sono attestati su di una linea di rigore superiore a quello di altri ordinamenti sia la preclusione a rivelare al pubblico il nome dei clienti, ancorché questi vi consentano, sia la prescrizione secondo cui, quanto alla forma e alle modalità, l'informazione deve rispettare la dignità e il decoro della professione (art. 17).

In tempi recenti sono state assunte iniziative verso la soppressione dei richiami a decoro e dignità professionale, proponendone la sostituzione con il riferimento alla tutela dell'affidamento della collettività, alla natura e ai limiti dell'obbligazione professionale (68).

3.4. La posizione dell'Agcm.

Contro il divieto della pubblicità comparativa in ambito forense si è pronunciata l'Antitrust, convinta che la sua eliminazione gioverebbe alla concorrenza tra professionisti, conseguentemente avvantaggiando i consumatori (69).

Soprattutto è nota la vicenda che ha visto sotto processo il provvedimento disciplinare adottato nei confronti di avvocati in ordine a modalità di lancio del messaggio pubblicitario riprovate dal consiglio dell'ordine locale (70). I comportamenti ritenuti contrari al decoro professionale si concretizzavano nell'esposizione di una grossa insegna recante "A.L.T." seguita da "Assistenza legale per tutti", che a detta degli incolpati rappresentava un semplice acronimo e fu invece ritenuta uno slogan suggestivo in sede disciplinare, con decisione confermata dalla Cassazione (71). Mentre nessuna sanzione era stata comminata per aver aperto sulla strada uno studio dotato di vetrina, era stato invece perseguito l'acronimo A.L.T., nonché l'offerta della prima consulenza gratuita. Consta che l'insegna sia stata mutata (da A.L.T. ad A.L. - Assistenza Legale) e da ciò sia seguita una espansione dell'attività, attraverso l'installazione di diciassette studi legali in sedici città italiane, cui seguirono procedimenti disciplinari presso i vari ordini. Gli interessati hanno fatto capo all'Antitrust lamentando l'attività concorrenziale posta in essere dall'Ordine forense di Brescia nel provvedimento disciplinare loro inferto, ma nel procedimento sono intervenuti numerosi altri Ordini forensi delle varie città di espansione della nuova 'A.L. - Assistenza Legale'.

Tra i motivi presentati dall'Ordine di Brescia, in massima parte condivisi poi dall'Antitrust, figurava il diverso atteggiarsi della nozione di decoro professionale, nonché la puntualizzazione di non aver censurato la pubblicità dello studio, bensì le modalità suggestive ed ingannevoli con le quali essa era stata attuata, in particolare la vaghezza della promessa della "prima consulenza gratuita", priva di specifico riferimento.

Tali argomenti svolti dall'Ordine sono stati sostanzialmente accolti dall'Antitrust, che ha negato l'applicabilità del divieto di abuso di posizione dominante (art. 3, comma 1, legge 287/1990), non essendo emersi elementi sufficienti a confermare le preoccupazioni concorrenziali sollevate. Merita, poi, segnalare come ulteriore argomento a suffragio della posizione dell'Ordine sia stato tratto dalla segnalazione dei de-

nunzianti che, con il passaggio da A.L.T. ad A.L. -Assistenza Legale, il network aveva aperto sul territorio nazionale diciassette studi in sedici città e si era aggiudicato vari premi (72); di qui l'Antitrust ricavò spunto per considerare che l'iniziativa dell'Ordine avrebbe comunque sortito un'efficacia limitata. Pertanto, l'Autorità ha escluso che il Consiglio avesse posto in essere un'intesa in violazione dell'articolo 2 nel mercato dei servizi di assistenza legale, non essendo emersa l'attitudine a produrre alcun generale condizionamento dei professionisti sul mercato.

3.5. La recente giurisprudenza di legittimità.

La concreta individuazione delle condotte costituenti illecito disciplinare è rimessa all'Ordine professionale; rispetto alle decisioni del CNF alla giurisdizione ordinaria compete un controllo di legittimità sull'applicazione delle norme, che non consente di sostituirsi nell'enunciazione di ipotesi di illecito, se non nei limiti di una valutazione di ragionevolezza (73). La vicenda da ultimo sopra riportata è giunta all'attenzione della Cassazione, presso la quale fu impugnato il provvedimento con cui il CNF aveva irrogato la sanzione della censura a carico dei due avvocati che avevano aperto uno studio con la suggestiva insegna "A.L.T. - assistenza legale per tutti - prima consulenza gratuita". La decisione è stata ritenuta ragionevole, facendo capo all'invalidità del decoro e della dignità professionale (74).

È giunta in Cassazione anche la decisione che aveva affermato costituire illecito disciplinare l'inserimento nel "box" pubblicitario di un giornale di uno slogan sull'attività svolta, con grafica tale da porre enfasi sul dato economico dei costi molto bassi, contenente elementi equivoci, suggestivi ed eccedenti il carattere informativo (75).

Con altra sentenza quasi coeva (76) si è ritenuta irrilevante sia la circostanza che "il D.Lgs. 2 agosto 2007, n. 145, abbia disciplinato esaustivamente la materia della pubblicità ingannevole e comparativa, attribuendo i poteri sanzionatori all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in quanto questi non attengono alle violazioni del codice di deontologia forense", sia che "il D.L. 4 luglio 2006, n. 223, art. 2, comma 1, lett. b), conv. dalla L. 4 agosto 2006, n. 248, consenta di svolgere pubblicità informativa", dal momento che "la disposizione non incide sul rilievo disciplinare delle modalità e del contenuto con cui la pubblicità informativa è realizzata" (77).

L'arresto più recente, reso dalle Sezioni Unite, è stato pronunciato a seguito del ricorso proposto da un avvocato sanzionato per aver rilasciato una intervista, il cui testo apparve su un periodico mensile (78), relativa alla costituzione di joint venture e partnership all'estero; secondo la ricostruzione emersa in corso di causa esso "lungi dal contenere riferimenti alle problematiche tecnico giuridiche sui rapporti commerciali e societari che ci si aspetterebbe chiamate in causa dal titolo, si sviluppava in quattro pagine soffermandosi sulla struttura, le competenze e le attività dello studio professionale arricchito da numerose fotografie" (79). Anche la pubblicità incriminata è stata ritenuta svolta con modalità lesive della dignità e del decoro della professione, in quanto "informazione pubblicitaria confezionata... sotto "altre spoglie", senza dichiarare espressamente che effettivamente di pubblicità si trattava (80).

Con questa recente sentenza le Sezioni Unite hanno altresì affrontato la questione del mancato rispetto della normativa europea dalla quale deriverebbe il riconoscimento di un principio di libertà nella pubblicizzazione delle attività professionali, respingendo tale prospettiva esegetica in ragione

del già rilevato difetto di incidenza dell' art. 2 d.l. n. 223/2006, convertito in legge n. 248/2006 "sul rilievo disciplinare delle modalità e del contenuto con cui la pubblicità informativa è realizzata" (81). Al riguardo la sentenza puntualizza che "nulla autorizza una lettura della normativa comunitaria nel senso che essa consenta la realizzazione della pubblicità professionale anche con modalità classificabili come "pubblicità occulta" o che siano lesive della dignità e del decoro della professione" (82).

4. Notazioni riepilogative.

Nell'analisi del "livello di intensità della concorrenza professionale fra avvocati" si è invitato a non trascurare il suo "riflettere, con riguardo ai vari momenti storici, le pratiche commerciali vigenti nei singoli momenti sociali" (83). Con la crescente assimilazione delle attività legali alle commerciali è indubitabile l'emulazione da parte delle prime delle strategie messe a punto e praticate dalle seconde, ma rimane la differenza irriducibile consistente nella connessione della prestazione forense con l'accesso alla giustizia, la sua strumentalità rispetto alla tutela dei diritti, irriducibile alla pura mercificazione (84).

Il dibattito sull'ammissibilità della pubblicità dei servizi legali fatalmente riprende alcuni degli argomenti classici elaborati a margine dell'opportunità della regolamentazione delle professioni liberali, che coinvolge il tema dell'efficienza degli ordini di categoria. Tra le prospettive maggiormente ricorrenti risalta quella relativa alle c.d. asimmetrie informative, attenta alla protezione dei contraenti privi di strumenti adatti a valutare la qualità della prestazione loro offerta da parte di specialisti (85).

Le medesime ragioni di fondo che depongono nel senso del mantenimento dell'organizzazione dell'avvocatura sulla base degli ordini militano per la conservazione di controlli sulla pubblicità, sebbene aggiornati quanto a tecniche e contenuti. Il pur sintetico giro d'orizzonte compiuto attraverso alcuni ordinamenti assegnati alla tradizione occidentale ha censito la presenza diffusa di limiti alla pubblicità dei servizi legali, sebbene con alcune differenze. Risulta, invero, condiviso - dall'ambiente statunitense, come da quello europeo occidentale - il transito da un modello improntato sulla conservazione del decoro della categoria, verso uno incentrato su parametri funzionale alla tutela della platea dei potenziali clienti, in linea con l'evoluzione dei paradigmi delle professioni liberali, condiviso da quella forense (86).

Note:

- (1) Il lettore italiano dispone di qualificata letteratura in tema: G.C. Hazard - A. Dondi, *Etiche della professione legale*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 200 ss.; A. Dondi (cur.), *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, Milano 1993, 57 ss; L. M., Friedman, *A History of American Law*, New York, 1985, trad. ital. a cura di G. Alpa G., M. Marchesiello, G. Rebuffa, *Storia del diritto americano*, Milano, Giuffrè, 1995, 640; R. Danovi, *La pubblicità dell'avvocato negli Stati Uniti e nei paesi europei*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1992, pagg. 3 e ss.; J. Paroni Rumi, *La pubblicità dei servizi legali negli USA*, in *Foro It.*, 1978, V, pagg. 273 e ss.. Negli Stati Uniti è fatto risalire ad inizio novecento l'abbandono della distinzione di categorie all'interno degli avvocati (L.M. Friedman, *A History of American Law*, cit., 315) ed è segnalata intorno al 1890 la nascita della law firm moderna con lo studio Crawath, Staine & Moore (R.T. Swaine, *The Crawath Firm and its Predecessors: 1819-1948*, 3 voll, New York, 1946-1948).
- (2) Si trattava dell'*Arizona Republic* del giorno 22 febbraio 1976.
- (3) A titolo esemplificativo per l'assistenza in sede di divorzio a domanda congiunta veniva richiesta una parcella di 175 dollari; per un'istanza volta ad ottenere un *change of name* la pretesa si riduceva a soli 95 dollari.

(4) "A lawyer shall not publicize himself, or his partner, or associate, or any other lawyer affiliated with him or his firm, as a lawyer through newspaper or magazine advertisements, radio or television announcements, display advertisements in the city or telephone directories or other means of commercial publicity, nor shall he authorize or permit others to do so in his behalf".

(5) La sanzione, peraltro, non sarebbe stata applicata contemporaneamente a Bates e O'Steen, così da evitare la completa inattività dello studio legale.

(6) Lo *Sherman Antitrust Act* del 1890 è, notoriamente, la prima e fondamentale normativa antitrust americana.

(7) Quella della Corte Suprema Federale, *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 U.S. 350 (1977), è stata pubblicata anche in *Foro it.*, 1978, V, pp. 273 e ss. .

(8) Secondo uno studio, tra il 1951 ed il 1971 il numero degli avvocati era lievitato del 326%.

(9) First Amendment: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances".

(10) *Pharmacy Board v. Virginia Consumer Council*, 425 U.S..

(11) Opinione del giudice Holohan: "Obviously the information of what lawyers charge is important for private economic decisions by those in need of legal services. Such information is also helpful, perhaps indispensable, to the formation of an intelligent opinion by the public on how well the legal system is working and whether it should be regulated or even altered.... The rule at issue prevents access to such information by the public".

(12) "But habit and tradition are not in themselves an adequate answer to a constitutional challenge".

(13) "But we noted the presence of a potent alternative to this highly paternalistic approach: That alternative is to assume that this information is not in itself harmful, that people will perceive their own best interests if only they are well enough informed, and that the best means to that end is to open the channels of communication rather than to close them".

(14) Con espressione tranciante fu considerato "we suspect the argument rests on an underestimation of the public".

(15) Icastica la notazione secondo cui "we cannot accept the notion that it is always better for a person to suffer a wrong silently than to redress it by legal action".

(16) Invero "where consumers have the benefit of price advertising, retail prices often are dramatically lower than they would be without advertising".

(17) Merita menzione la decisione della Corte Suprema del New Jersey del 24 luglio 2006: *Advertisements Touting Designation as "Super Lawyer" or "Best Lawyer in America"*.

(18) Come già illustrato da R. Danovi, *Il pendolo della professione*, Milano, 1999 pag. 20, i due schemi differiscono non poco nello spirito. Il primo enuncia un elenco di vendite contenute informativi che possono essere pubblicizzati, proibendo quelli non previsti; il secondo consente tutte le forme pubblicitarie non espressamente vietate (quali le pubblicità decettive, contenenti false rappresentazioni di fatti o leggi, quelle che creino infondate aspettative di successo, quelle raffiguranti servizi comparativi con quelli di altri).

(19) http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct.html.

(20) "Rule 7.1: Communication Concerning a Lawyer's Services: A lawyer shall not make a false or misleading communication about the lawyer or the lawyer's services. A communication is false or misleading if it contains a material misrepresentation of fact or law, or omits a fact necessary to make the statement considered as a whole not materially misleading".

(21) "Rule 7.2: Advertising: (a) Subject to the requirements of Rules 7.1

and 7.3, a lawyer may advertise services through written, recorded or electronic communication, including public media. (b) A lawyer shall not give anything of value to a person for recommending the lawyer's services except that a lawyer may..."

(22) "Rule 7.3: Solicitation of Clients. (a) A lawyer shall not by in person, live telephone or real-time electronic contact solicit professional employment when a significant motive for the lawyer's doing so is the lawyer's pecuniary gain, unless the person contacted... A lawyer shall not solicit professional employment by written, recorded or electronic communication or by in person, telephone or real-time electronic contact even when not otherwise prohibited by paragra..."

(23) "Rule 7.4: Communication of Fields of Practice and Specialization: (a) A lawyer may communicate the fact that the lawyer does or does not practice in particular fields of law. ... (d) A lawyer shall not state or imply that a lawyer is certified as a specialist in a particular field of law, unless: (1) the lawyer has been certified as a specialist by an organization that has been approved by an appropriate state authority or that has been accredited by the American Bar Association; and (2) the name of the certifying organization is clearly identified in the communication". "Rule 7.5: Firm Names and Letterhead (a) A lawyer shall not use a firm name, letterhead or other professional designation that violates Rule 7.1."

(24) "Rule 7.6: Political Contributions to Obtain Legal Engagements or Appointments by Judges. A lawyer or law firm shall not accept a government legal engagement or an appointment by a judge if the lawyer or law firm makes a political contribution or solicits political contributions for the purpose of obtaining or being considered for that type of legal engagement or appointment".

(25) Vincent Buzard presidente del New York State Bar Association nominò una commissione dedicata al "Lawyer Advertising", presieduta da Bernice K. Leber, incaricata di formulare proposte da sottoporre alla NYSBA e alle corti di New York

(26) Da parte dello United States District Court for the Northern District of New York, nel caso *Alexander v. Cahill*, deciso il 12 marzo 2010

(27) In Inghilterra la pubblicità risulta tendenzialmente consentita in termini ampi; in Francia è permessa nei limiti in cui si traduce in una informazione necessaria per il pubblico; in paesi della fascia meridionale (tra cui l'Italia, sino a pochi anni fa) emergono maggiori resistenze: S. RUSSO, *La pubblicità per gli studi legali*, in *Archivio Civile*, 2001

(28) Questa figura ricevette la prima disciplina con il *Solicitors Act* Del 1943. Riferimenti Bibliografici Classici Sono W. Holdsworth, *A History Of English Law*, Vol.15, Londra, 1965, 224; A. H. Manchester, *A Modern Legal History Of England An Wales 1750-1950*, Londra, 1980; R. L. Abel, *The Legal Profession in England and Wales*, Oxford, 1988. Il ruolo degli ordini professionali, le Inns of Court in Inghilterra, nell'accreditare l'immagine esterna dell'avvocato fu sottolineata da G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, 3 ss.

(29) D. Nitti, *La professione forense in Inghilterra*, in A. Berlinguer (cur.), *La professione forense. Modelli a confronto*, Giuffrè, 2008, pp. 124 ss.

(30) Inoltre l'intestazione della carta intestata, della posta elettronica, del sito web devono riportare la dizione "autorizzato e regolato dalla Solicitors Regulation Authority", nonché in caso di società la ragione sociale, il numero di registro

(31) "Acting in the following way(s) may tend to show that you have achieved these outcomes and therefore complied with the Principles: IB(8.1) where you conduct other regulated activities your publicity discloses the manner in which you are regulated in relation to those activities; IB(8.2) where your firm is an MDP, any publicity in relation to that practice makes clear which services are regulated legal services and which are not; IB(8.3) any publicity intended for a jurisdiction outside England and Wales complies with the Principles, voluntary codes and the rules in force in that jurisdiction concerning publicity; IB(8.4) where you and another business jointly market services, the nature of the services provided by each business is clear."

(32) "Acting in the following way(s) may tend to show that you have not achieved these outcomes and therefore not complied with the Principles: IB(8.5)approaching people in the street, at ports of entry, in hospital or at the scene of an accident; including approaching people to conduct a survey which involves collecting contact details of potential clients, or otherwise promotes your firm or in-house practice; IB(8.6)allowing any other person to conduct publicity for your firm or in-house practice in a way that would breach the Principles; ... (8.11)advertising your firm or in-house practice in a way that suggests that services provided by another business are provided by your firm or in-house practice; IB(8.12)producing misleading information concerning the professional status of any manager or employee of your firm or in-house practice. In-house practice. Outcomes 8.1 to 8.4 apply to your in-house practice unless it is clear from the context that the outcome is not relevant in your particular circumstances."

(33) Paragrafi 709.1 e 709.2 dell'ottava edizione del Code of Conduct of the Bar of England & Wales.

(34) "Advertising and publicity.709.1 Subject to paragraph 709.2 a barrister may engage in any advertising or promotion in connection with his practice which conforms to the British Codes of Advertising and Sales Promotion and such advertising or promotion may include: (a) photographs or other illustrations of the barrister; (b) statements of rates and methods of charging;(c) statements about the nature and extent of the barrister's services; (d) information about any case in which the barrister has appeared (including the name of any client for whom the barrister acted) where such information has already become publicly available or, where it has not already become publicly available, with the express prior written consent of the lay client. 709.2 Advertising or promotion must not:(a) be inaccurate or likely to mislead; (b) be likely to diminish public confidence in the legal profession or the administration of justice or otherwise bring the legal profession into disrepute;(c) make direct comparisons in terms of quality with or criticisms of other identifiable persons (whether they be barristers or members of any other profession); (d) include statements about the barrister's success rate; (e) indicate or imply any willingness to accept instructions or any intention to restrict the persons from whom instructions may be accepted otherwise than in accordance with this Code; (f) be so frequent or obtrusive as to cause annoyance to those to whom it is directed.1Amended 23rd March 2005".

(35) The Bar Standards Board Handbook - 1st Edition - January 2014

(36) "Not misleading clients and potential clients- rC19- If you supply, or offer to supply, legal services, you must not mislead, or cause or permit to be misled, any person to whom you supply, or offer to supply, legal services about: 1 the nature and scope of the legal services which you are offering or agreeing to supply; 2 the terms on which the legal services will be supplied, who will carry out the work and the basis of charging".

(37) A. Lazari e A. M. Mancaloni, *La professione forense in Spagna*, in A. Berlinguer (cur.), *La professione forense. Modelli a confronto*, cit., pp. 162 ss.

(38) Viola il Codice deontologico la pubblicità che: riveli direttamente o indirettamente fatti, dati o situazioni coperti da segreto professionale; danneggi l'indipendenza dell'avvocato; garantisca il conseguimento di risultati che in realtà non dipendono esclusivamente dalla attività dell'avvocato in questione; faccia riferimento direttamente o indirettamente a clienti dell'avvocato in questione o a questioni che li riguardino o all'esito di tali questioni; sia rivolta direttamente o indirettamente a vittime di incidenti o sventure che manchino della serenità necessaria per effettuare la scelta dell'avvocato; effettui comparazioni con altri avvocati o sia autoelogiativa in maniera infondata; utilizzi emblemi o simboli idonei a ingenerare confusione per essere il loro uso riservato alla pubblicità istituzionale da parte dei Collegi locali e del Consiglio generale dell'avvocatura spagnola; inciti direttamente o indirettamente alla litigiosità; impieghi mezzi o espressioni che comportano discredito, denigrazione o disprezzo dell'Avvocatura, della Giustizia o dei loro simboli; non

identifichi l'avvocato o lo studio che offrono i propri servizi; impieghi mezzi o contenuti contrari alla dignità della persona, della Avvocatura o della Giustizia.

(39) Jorf del 16 luglio 2005, pag. 11688. Art. 15 Décret relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat: "La publicité est permise à l'avocat si elle procure une information au public et si sa mise en oeuvre respecte les principes essentiels de la profession. La publicité inclut la diffusion d'informations sur la nature des prestations de services proposées, dès lors qu'elle est exclusive de toute forme de démarchage. Toute offre de service personnalisée adressée à un client potentiel est interdite à l'avocat".

(40) Illustrato da F. Toriello, *La professione forense in Francia*, in A. Berlinguer (cur.), *La professione forense. Modelli a confronto*, cit., pp. 69 ss.

(41) Article 10 : La publicité (D. 12 juillet 2005, art. 15 ; L. 31 décembre 1971, art. 66-4 ; D. 25 août 1972),modifié par DCN n°2010-002, AG du Conseil national du 08-05-2010, Publiée au JO par Décision du 20-05-2010 - JO 11 juin 2010

(42) Casado Coca c. Spagna. Numero ricorso: 15450/89, sentenza del 24.02.1994: "L'art. 10 della Convenzione non vale solo per alcuni tipi di informazioni, idee e modi di espressione, in particolare di natura politica, ma deve essere applicato anche all'espressione artistica e alle informazioni di carattere commerciale".

(43) Per il quadro in materia si rinvia a M. Astarita, *L'avvocato in Europa. L'esercizio della professione forense nell'Unione Europea*, Rubbettino, 2001; A. Berlinguer, *La professione forense nell'Unione Europea*, in A. Berlinguer (cur.), *La professione forense. Modelli a confronto*, cit., pp. 165 ss.; B. Nascimbene (con la collaborazione di E. Bergamini), *La professione forense nell'Unione Europea*, Milano, Ipsoa, 2010

(44) C. Giust. 3.12.1974, (C 33/74), caso Van Binsbergen .

(45) Come spiegato dall'avvocato generale Bot nelle conclusioni presentate nella causa che ha dato luogo alla sentenza Corporación Dermoeástica.

(46) C. Giust. 10. 5. 1995 (C-384/93), caso Alpine Investments , ove il provvedimento nazionale olandese contestato interessava esclusivamente le imprese stabilite nei Paesi Bassi.

(47) C. Giust.11. 7. 2002, (C 294/00), caso Gräbner

(48) C. Giust., 17 luglio 2008, C 500/06, caso Corporacion Dermoeestetica

(49) In tali circostanze, sebbene una misura che esige standard di correttezza deontologica non sia, di per sé, restrittiva della libera prestazione di servizi, la conclusione cambia radicalmente se tali standard sono formulati in termini ambigui ed equivoci e sono abbinati ad un severo regime disciplinare. Trattandosi di una restrizione ad una libertà di circolazione tutelata dal Trattato, gli Stati membri possono giustificare la compatibilità del provvedimento restrittivo se sono soddisfatte le condizioni indicate al paragrafo 58 delle presenti conclusioni. Il regime di pubblicità controverso si applica a prescindere dallo Stato membro di stabilimento dei professionisti interessati, trattandosi, quindi, di un provvedimento applicabile indistintamente. Si rinvia in proposito alle conclusioni generali presentate dall'Avvocato Generale Kostas Konstantinides nella Causa C-475/11 dove è riepilogata la disciplina europea della libertà di prestazione di servizi professionali; nella specie la prima infrazione riguardava il regime tariffario, dato che, ad avviso dell'Ordine, era stata applicato un prezzo eccessivo e incompatibile con le norme professionali vigenti in materia. La seconda infrazione riguardava la pubblicità in Germania attraverso una pagina Internet, impiegando termini che ad avviso dell'Ordine avevano attitudine a generare confusione nei destinatari del servizio, evocando l'idea che si sarebbe trattato di un servizio offerto nell'ambito di una struttura istituzionale, permanente e attiva nella ricerca scientifica. Su richiesta dell'Ordine dei medici del Land dell'Assia, il Berufsgericht ha avviato un procedimento disciplinare, nel corso del quale la corte ha ritenuto esistessero sufficienti elementi di dubbio per disporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Tale causa è stata decisa da C. Giustizia 12. 9.2013 (C-475/11)

(50) A. Berlinguer, *La professione forense in Italia*, in A. Berlinguer (cur.),

La professione forense. Modelli a confronto, Giuffrè, 2008, pp. 39 ss..

(51) Si è evidenziato come la regola abbia poi trovato conferma nell'art. 2229, comma 2, c.c., che attribuisce alle associazioni professionali di categoria "l'accertamento dei requisiti per l'iscrizione negli albi o negli elenchi, la tenuta dei medesimi e il potere disciplinare sugli iscritti", nonché nella disposizione generale dell'art. 38 l.p.f., che prevede come "gli avvocati ed i procuratori che si rendano colpevoli di abusi o mancanze nell'esercizio della loro professione, o comunque di fatti non conformi alla dignità ed al decoro professionale sono sottoposti a procedimento disciplinare" (A. Berlinguer, op. cit., p. 40).

(52) Nella specie, un avvocato aveva predisposto e diffuso uno stampato di tenore autoelogiativo (il cui contenuto è stato ritenuto avere un chiaro fine pubblicitario), contenente l'offerta di servizi professionali di ogni genere e per ogni settore, con l'ausilio di professionisti «di fama nazionale». Il Consiglio nazionale forense ha confermato la sanzione della censura (Consiglio Nazionale Forense, pres. Landriscina, rel. Passino), sentenza del 23 aprile 1991, n. 56).

(53) V. Varano, *Etica professionale e correttezza procedurale: l'esperienza italiana*, in *Studi in onore di Vittorio Denti*, Padova, 1994, pp. 453 ss..

(54) CNF, 24 marzo 1983, in *Rass. forense*, 1984, p. 295; CNF, 23 luglio 1990, in *Rass. forense*, 1991, p. 131.

(55) CNF, 23 aprile 1991, in. 56, in *Rass. forense*, 1992, p. 54.

(56) CNF, 23 settembre 1982, in *Rass. forense*, 1984, p. 72.

(57) Si pensi che la pubblicità a mezzi di servizi giornalistici sarebbe ascrivibile ad una forma di responsabilità oggettiva di carattere disciplinare, che però la Cassazione ha espressamente vietato laddove non sia ravvisabile la "volontarietà dell'azione" (*ex multis*, Cass. sez. un., 5 febbraio 1969, n. 360, in *Foro it.*, 1969, I, c. 2309).

(58) In tema, M. Clarich, *Cambiare tutto per non cambiare nulla*, in *Guida al dir.*, 30 ottobre 1999, n. 42, p. 25.

(59) Art. 2 d. l. 4 luglio 2006 n. 223, convertito in Legge 4 agosto 2006 n. 248.

(60) Secondo l'art. 2 "... al fine di assicurare agli utenti un'effettiva facoltà di scelta nell'esercizio dei propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato, dalla data di entrata in vigore del presente decreto sono abrogate le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali (...) b) il divieto, anche parziale, di svolgere pubblicità informativa circa i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto, nonché il prezzo e i costi complessivi delle prestazioni secondo criteri di trasparenza e veridicità del messaggio il cui rispetto è verificato dall'ordine".

(61) Art. 3, lettera g), d. l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in legge 14 settembre 2011, n. 148: "la pubblicità informativa, con ogni mezzo, avente ad oggetto l'attività professionale, le specializzazioni ed i titoli professionali posseduti, la struttura dello studio ed i compensi delle prestazioni, è libera. Le informazioni devono essere trasparenti, veritiere, corrette e non devono essere equivocate, ingannevoli, denigratorie".

(62) Con il d.p.r. 7 agosto 2012, n. 137, il cui art. 4 dispone che: "1. È ammessa con ogni mezzo la pubblicità informativa avente ad oggetto l'attività delle professioni regolamentate, le specializzazioni, i titoli posseduti attinenti alla professione, la struttura dello studio professionale e i compensi richiesti per le prestazioni. 2. La pubblicità informativa di cui al comma 1 dev'essere funzionale all'oggetto, veritiera e corretta, non deve violare l'obbligo del segreto professionale e non dev'essere equivoca, ingannevole o denigratoria. 3. La violazione della disposizione di cui al comma 2 costituisce illecito disciplinare, oltre a integrare una violazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e 2 agosto 2007, n. 145".

(63) Realizzata con l'articolo 10 legge 12.11.2011 n. 183 (poi modificato dal d. l. 24 gennaio 2012, n. 1), il quale è ritornato ad abrogare (all'undicesimo comma) la già soppressa legge 1815/1939

(64) La nuova disciplina dell'ordinamento forense è stata introdotta con la legge 31 dicembre 2012, n. 247

(65) Art. 10 legge 31 dicembre 2012, n. 247, recante "Nuova disciplina

dell'ordinamento della professione forense", entrata in vigore il giorno 2 febbraio 2013 .

(66) Il contenuto e la forma dell'informazione devono, infatti, da un lato essere coerenti con la finalità della tutela dell'affidamento della collettività; dall'altro, rispondere a criteri di trasparenza e veridicità.

(67) È stato, modificata - innanzitutto - la rubrica, che ora titola "*Modalità dell'informazione*" e non più "*Mezzi di informazione consentiti*"; inoltre è stata abolita l'analitica elencazione tassativa dei mezzi di informazione consentiti.

(68) Il Consiglio Nazionale Forense, nella seduta amministrativa straordinaria di venerdì 31 gennaio, ha approvato il nuovo Codice deontologico forense in attuazione delle previsioni contenute nella legge di riforma dell'ordinamento forense e nei termini temporali previsti dalla legge. Si trova ribadito il divieto di accaparramento di clientela. Il dovere di corretta informazione prevede che l'avvocato fornisca informazioni sulla propria attività professionale rispettando i doveri di verità, correttezza, trasparenza, segretezza e riservatezza, facendo in ogni caso riferimento alla natura e ai limiti dell'obbligazione professionale. Sono vietate informazioni comparative, equivocate, ingannevoli, denigratorie, suggestive o che contengano riferimenti a titoli, funzioni o incarichi non inerenti l'attività professionale né l'indicazione di nominativi di professionisti non direttamente o organicamente collegati con lo studio dell'avvocato. L'informazione è ammessa con ogni mezzo, ma il sito web deve avere dominio proprio senza re-indirizzamento, direttamente riconducibile all'avvocato, allo studio legale associato o alla società di avvocati alla quale partecipi, previa comunicazione al Consiglio dell'Ordine di appartenenza della forma e del contenuto del sito stesso. Non sono ammessi banner pubblicitari.

(69) Relazione dell'Antitrust del 18 .11. 2005, in Guida al Diritto, n. 46/2005, pag. 98. Della nozione di pubblicità ingannevole si sono occupati vari testi: Dpr 10 ottobre 1996 n. 627, Dlgs 2 agosto 2007 n. 145 (Attuazione dell'articolo 14 della direttiva 2005/29/CE che modifica la direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole) , Dlgs 2 Agosto 2007 n. 146, gli articoli 21-22-23 Dlgs 6 settembre 2005 n. 206

(70) Provvedimento dell'Antitrust n. 24553 (procedimento nei confronti del Consiglio dell'Ordine di Brescia contro 'A.L.T. - Assistenza Legale per Tutti), pubblicato sul Bollettino del 4 novembre 2013 n. 43. La vicenda prese le mosse dall'Ordine forense di Brescia, a seguito di spostamento di competenza da Milano per essere stato incolpato un consigliere dell'Ordine di quella città.

(71) Consiglio dell'Ordine di Brescia, provvedimento del 16 marzo 2008; Cass. S.U., 18. 11. 2010 n. 23287

(72) Consta si fossero classificati tra i "Top 50 Innovative Lawyers" del Financial Times per due anni consecutivi.

(73) Cass. S. U. 28 settembre 2007, n. 20360: "In materia di procedimento disciplinare a carico degli avvocati, con riguardo alla concreta individuazione delle condotte costituenti illecito disciplinare, il controllo di legittimità non consente alla Corte di Cassazione di sostituirsi al Consiglio Nazionale Forense nell'enunciazione di ipotesi di illecito nell'ambito della regola generale di riferimento, se non nei limiti di una valutazione di ragionevolezza, atteso che l'apprezzamento della rilevanza dei fatti rispetto alle incolpazioni appartiene alla esclusiva competenza dell'organo disciplinare". Conforme Cass. SU 13 novembre 2012, n. 19705secondo cui "nei procedimenti disciplinari a carico di avvocati, la concreta individuazione delle condotte costituenti illecito disciplinare definite dalla legge mediante una clausola generale (abusi o mancanze nell'esercizio della professione o comunque fatti non conformi alla dignità e al decoro professionale) è rimessa all'Ordine professionale..."

(74) Cass. S. U. 18 .11.2010, n. 23287: "Il decoro e la dignità professionale devono sempre esser considerati limiti invalicabili anche nell'esercizio della pubblicità degli avvocati , e pertanto non è sindacabile in sede di legittimità, in quanto non irragionevole, la decisione adottata dal Consiglio nazionale forense che riscontri la relativa violazione nel comportamento di chi abbia tentato di attirare clientela con insegne e offerte non consone a detti principi di decoro e dignità".

(75) Cass., S. U., 13. 11. 2012, n. 19705: “In tema di responsabilità disciplinare degli avvocati, la pubblicità informativa che lede il decoro e la dignità professionale costituisce illecito, ai sensi dell’art. 38 r.d.l. 27 novembre 1933 n. 1578, poiché l’abrogazione del divieto di svolgere pubblicità informativa per le attività libero-professionali, stabilita dall’art. 2 d.l. 4 luglio 2006 n. 223, convertito nella l. 4 agosto 2006 n. 248, non preclude all’organo professionale di sanzionare le modalità ed il contenuto del messaggio pubblicitario, quando non conforme a correttezza, in linea con quanto stabilito dagli artt. 17, 17-bis e 19 del codice deontologico forense, e tanto più che l’art. 4 d.p.r. 7 agosto 2012 n. 137, al comma 2, statuisce che la pubblicità informativa deve essere “funzionale all’oggetto, veritiera e corretta, non deve violare l’obbligo di segreto professionale e non deve essere equivoca, ingannevole o denigratoria”.

(76) Cass. S.U. 10.8.2012, n. 14368: “In tema di responsabilità disciplinare degli avvocati, la pubblicità informativa finalizzata all’acquisizione della clientela costituisce illecito, ai sensi del R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578, art. 38, e degli artt. 17 e 17 bis del codice deontologico forense, ove venga svolta con modalità lesive del decoro e della dignità della professione. A tal fine, invero, resta irrilevante sia che il D.Lgs. 2 agosto 2007, n. 145, abbia disciplinato esaustivamente la materia della pubblicità ingannevole e comparativa, attribuendo i poteri sanzionatori all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in quanto questi non attengono alle violazioni del codice di deontologia forense, sia che il D.L. 4 luglio 2006, n. 223, art. 2, comma 1, lett. b), conv. dalla L. 4 agosto 2006, n. 248, consenta di svolgere pubblicità informativa, siccome la disposizione non incide sul rilievo disciplinare delle modalità e del contenuto con cui la pubblicità informativa è realizzata, sia, infine, che l’incolpato si sia immediatamente adeguato al modello comportamentale suggerito dall’incolpazione, giacché non esiste alcuna norma nel sistema disciplinare forense che escluda l’illecito in ragione del c.d. ravvedimento operoso”.

(77) Nella specie è stato ritenuto altresì irrilevante, ai fini disciplinari, il ravvedimento operoso, consistente nel fatto “che l’incolpato si sia immediatamente adeguato al modello comportamentale suggerito dall’incolpazione, giacché non esiste alcuna norma nel sistema disciplinare forense che escluda l’illecito in ragione del c.d. ravvedimento operoso”.

(78) Con il titolo “Tra Germania e Italia accompagnando i clienti nella costituzione di joint venture e partnership all’estero. L’avv. Angela G.S. racconta la sua ventennale esperienza. L’impresa in primo piano”

(79) Cass. S.U., 3. 5. 2013, n. 10304: “In tema di responsabilità disciplinare degli avvocati, la pubblicità informativa che lede il decoro e la dignità professionale costituisce illecito, ai sensi dell’art. 38 del r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, poiché l’abrogazione del divieto di svolgere pubblicità informativa per le attività libero-professionali, stabilita dall’art. 2 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito nella legge 4 agosto 2006, n.

248, non preclude all’organo professionale di sanzionare le modalità ed il contenuto del messaggio pubblicitario, quando non conforme a correttezza, in linea con quanto stabilito dagli artt. 17, 17-bis e 19 del codice deontologico forense.”

(80) La sentenza impugnata aveva sottolineato che “il “tipo di pubblicazione”, il “titolo dell’articolo” - del quale è posto in evidenza proprio la parte, “l’impresa in primo piano”, che, in contraddizione con il reale contenuto dell’intervista, rivela una attitudine “deviante” - e la “forma dell’intervista”, costituivano, in una considerazione unitaria e nella loro contestualità, una “modalità” non consona, perché “non consentivano al lettore di percepire con immediatezza di trovarsi al cospetto di una informazione pubblicitaria”, che ben poteva, quindi, definirsi “occulta”. Si considera poi che a tanto contribuiva, inoltre, in maniera determinante “il contenuto intrinseco dell’intervista che, lungi dal contenere riferimenti alle problematiche tecnico giuridiche sui rapporti commerciali e societari che ci si aspetterebbe chiamate in causa dal titolo, si sviluppa in quattro pagine attardandosi, invece, sulla struttura, le competenze e le attività dello studio professionale arricchito da numerose rappresentazioni fotografiche”.

(81) Cass. S.U. 10 agosto 2012, n. 14368

(82) Cass. S.U., 3. 5. 2013, n. 10304, la quale ha precisato che nel caso di specie non era in discussione il “diritto” al libero esercizio di una “pubblicità promozionale” dell’attività professionale, bensì “esclusivamente la modalità secondo la quale detta pubblicità sia realizzabile nel dovuto rispetto di precisi e specifici limiti deontologici disciplinarmente rilevanti”.

(83) G.C. Hazard - A. Dondi, *Etiche della professione legale*, cit., 71.

(84) Rinvio a quanto esposto in A. Fusaro, *Le società per l’esercizio di attività professionali in Italia e all’estero, in Le società tra professionisti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, numero speciale, Supplemento al n. 2/2013, pp. 69 ss..

(85) Negli Stati Uniti il dibattito è talora indentificato attraverso lo slogan “Let’s deregulate”: ne ha dato conto B.H. Barton, *Why Do We Regulate Lawyers?: An Economic Analysis of the Justifications for Entry and Conduct Regulation*, 33 *Ariz. ST. L.J.* 429, 436-63 (2001); Id., *An Institutional Analysis of Lawyer Regulation: Who Should Control Lawyer Regulation - Courts, Legislatures or the Market?*, 37 *GA. L. Rev.* 1167, 1190 & n. 80 (2003); Id., *Economists on Deregulation of the American Legal Profession: Praise and Critique*, The University of Tennessee Knoxville Legal Studies Research Paper Series, Research Paper 172, Marzo 2012, reperibile nella Social Science Research Network Electronic library all’indirizzo: <http://ssrn.com/abstract=2008942>. Si segnala, inoltre, il lavoro di economisti C. Winston, R.W. Crandall & Vikram Maheshri, *First Thing We Do, Let’s S Deregulate All the Lawyers* (2011)

(86) G. Alpa, *L’avvocato. I nuovi volti della professione forense nell’età della globalizzazione*, Bologna, Il mulino, 2011.

*Il riconoscimento degli effetti
delle adozioni straniere in Italia
alla prova della giurisprudenza CEDU:
il caso dei single.*

Chiara Enrica Tuo

Avvocato, Foro di Genova

Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova

Sommario: 1. *Premessa.* - 2. *La giurisprudenza italiana sugli effetti delle adozioni internazionali da parte di single.* - 3. *L'impossibilità di far discendere, dalle attuali norme interne e internazionali, un obbligo del legislatore italiano di riconoscere piena efficacia alle adozioni dei single.* - 4. *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 8 CEDU e il principio di continuità degli status familiari acquisiti all'estero.* - 5. *Considerazioni conclusive.*

1. Premessa.

La determinazione degli effetti riconducibili, nel nostro ordinamento, a pronunce di adozione internazionale di minori a favore di persone singole costituisce un tema ancora dibattuto e rispetto al quale le posizioni della giurisprudenza di legittimità e di merito, oltre che della dottrina, non sono convergenti. Il presente contributo si propone pertanto, dopo una sintetica ricostruzione delle norme che governano la materia e del relativo approccio applicativo che è andato delineandosi nella giurisprudenza prevalente, di svolgere alcune brevi riflessioni circa la compatibilità di tale regime di riconoscimento con il diritto fondamentale al rispetto della vita familiare consacrato, come noto, dall'art. 8 della convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), così come interpretato dalla Corte di Strasburgo (Corte EDU), secondo la quale una violazione del diritto in questione può configurarsi anche laddove non sia garantita la continuità transnazionale degli *status* familiari validamente e stabilmente costituiti all'estero.

2. La giurisprudenza italiana sugli effetti delle adozioni internazionali da parte di single.

In Italia, come noto, le adozioni di minori stranieri da parte di *single* sono ammesse a spiegare unicamente gli effetti "non legittimanti" delle adozioni "in casi particolari" previste dall'art. 44 della l. n. 184/1983; ciò significa che, anche laddove il provvedimento di adozione straniero produca, nello Stato estero dove è stato pronunciato, effetti di adozione piena, nel nostro ordinamento tali effetti non possono spri-gionarsi integralmente, non considerandosi recisi i rapporti del minore con la famiglia d'origine né sorgendo legami di parentela tra il minore e la famiglia dell'adottante.

Non viene, quindi, messa in discussione la riconoscibilità in sé di tali adozioni per preteso contrasto con l'ordine pubblico (1), ma piuttosto negata la possibilità di riconoscere gli effetti "legittimanti" pur ad esse correlati nell'ordinamento di origine, con eventuali o possibili effetti manipolatori dei provvedimenti ivi emanati (2).

La ragione di tale trattamento risiede nel difetto, in capo all'adottante, del vincolo coniugale, che integra, secondo la stessa legge sull'adozione, uno dei requisiti necessariamente prescritti al fine di ottenere la dichiarazione di idoneità all'avvio del relativo procedimento (3).

Tale limite si riflette nella procedura da seguire (i) sia quando il *single* risiede in Italia e quivi avvia il procedimento di adozione internazionale (ii) sia quando il *single* aspirante adottante abbia risieduto e soggiornato continuativamente, per almeno due anni al momento della pronuncia dell'adozione, nel Paese estero dove tale provvedimento è stato emesso e ne chieda successivamente il riconoscimento davanti al Tribunale dei minori italiano.

(i) Nel primo caso, l'aspirante adottante deve chiedere al Tribunale dei minori di sua residenza l'autorizzazione ad adottare ai sensi dell'art. 44 l. n. 184/1983, non potendogli essere rilasciata la "dichiarazione di idoneità all'adozione" ai sensi dell'art. 29bis della medesima legge a causa del difetto del requisito del vincolo coniugale imposto dall'art. 6, richiamato appunto dall'art. 29bis.

In questi termini, chiaramente, si è espressa la Corte Costituzionale con l'ordinanza n. 347/2005, secondo cui "dalla normativa vigente non è evincibile il divieto di rilascio del certificato di idoneità all'adozione di stranieri in casi particolari, con la conseguenza che tale rilascio deve ritenersi consentito ogni qualvolta sussistano le condizioni di cui all'art. 44"; "tale idoneità è finalizzata ai casi particolari di adozione ... descritti dall'art. 44 e, in fase di dichiarazione di efficacia del provvedimento straniero di adozione, deve essere compiuta la valutazione dei presupposti dell'adozione in casi particolari".

L'autorizzazione ad adottare ai sensi dell'art. 44 è necessaria sia che il provvedimento adottivo provenga da uno Stato contraente della convenzione dell'Aja del 1993 (v. art. 35, c. 6, lett. b), l. n. 184/1983) sia che esso promani da uno Stato non contraente di detta convenzione (v. art. 36, c. 2, lett. b)-c), l. n. 184/1983) (4).

Anche se nel Paese di provenienza del minore questi potrebbe essere adottato, o viene effettivamente adottato, dal *single* con efficacia "legittimante", pertanto, l'autorizzazione ad adottare può essere rilasciata, nel nostro ordinamento, solo ai fini e per gli effetti, "non legittimanti", dell'adozione "in casi particolari".

(ii) Laddove, invece, si verificano i presupposti dell'art. 36, c. 4, l. n. 184/1983 - e cioè, l'adottante dimostri di aver risieduto e soggiornato continuativamente, per almeno due anni al momento della pronuncia dell'adozione, nello Stato straniero ove essa è stata pronunciata - l'autorizzazione non occorre, ma anche in questa ipotesi l'adozione non può che spiegare gli effetti di cui all'art. 44, l. n. 184/1983 (non potendo, quindi, essere riconosciuta "a ogni effetto", come in realtà recita il predetto c. 4 dell'art. 36), purché se ne accerti la conformità ai principi della convenzione del 1993.

Nessun rilievo, quindi, assume la circostanza che, nel Paese di pronuncia dell'adozione - dove l'adottante ha risieduto e soggiornato continuativamente per almeno due anni - essa sia idonea a spiegare gli effetti dell'adozione piena: nel nostro ordinamento quel provvedimento sarà bensì riconosciuto, ma solo nei limitati effetti in cui è ammessa l'adozione "in casi particolari".

In questi termini, del resto, si è espressa, ancora di recente, la Corte di Cassazione con la sentenza n. 3572/2011 (5). Il caso riguardava il riconoscimento di un provvedimento di adozione di una minore pronunciato dal tribunale del distretto di Columbia (USA) in conformità al provvedimento di adozione emesso dal tribunale regionale di Lipetsk (Russia); il Tribunale minorile di Genova aveva dichiarato l'efficacia di tale provvedimento ai sensi dell'art. 44, lett. d), l. n.

184/1983 e la Corte di Appello di Genova aveva respinto il reclamo proposto avverso tale declaratoria.

La ricorrente invocava, tra l'altro, l'art. 36, c. 4 e lamentava il fatto che le competenti autorità italiane non avessero, secondo tale prescrizione legislativa, riconosciuto la piena efficacia in Italia del provvedimento di adozione previa la sola verifica della sua conformità ai principi della convenzione dell'Aja del 1993: avendo l'adozione effetto "legittimante" negli ordinamenti statunitensi e russo, uguale effetto essa avrebbe dovuto spiegare in Italia anche alla luce dell'art. 23 della convenzione Aja, che statuisce il riconoscimento di pieno diritto delle adozioni perfezionate conformemente alla sua disciplina.

Il ricorso, tuttavia, è stato dichiarato infondato dalla Corte sulla base dell'affermazione che anche in presenza dei presupposti applicativi dell'art. 36, c. 4, l. n. 184/1983 l'adozione pronunciata all'estero deve rispettare il "principio generale" sancito dall'art. 35, c. 3 della medesima legge, e cioè risultare conforme ai principi fondamentali del nostro ordinamento in materia di famiglia e minori.

Ebbene, tra tali principi figura, secondo la Cassazione, il requisito posto dalla legge n. 184/1983 secondo cui solo coppie unite in matrimonio possono accedere all'adozione avendo il legislatore finora ritenuto tale condizione opportuna e necessaria nell'interesse generale del minore. Come rileva la Corte, infatti, anche l'ipotesi di adozione con efficacia "legittimante" da parte del singolo prefigurata dall'art. 25, l. n. 184/1983 presuppone comunque che l'affidamento preadottivo sia avvenuto nei confronti di una coppia sposata e consente l'autorizzazione all'adozione nei casi eccezionali di sopravvenuta morte di uno dei coniugi o di loro separazione durante il procedimento.

3. L'impossibilità di far discendere, dalle attuali norme interne e internazionali, un obbligo del legislatore italiano di riconoscere piena efficacia alle adozioni dei single.

Vero è che simile impostazione riflette lo stato della disciplina italiana in materia di adozione quale attualmente risulta anche a seguito delle modifiche apportate dal recente d. lgs. n. 154/2013 (6).

Come si legge nella relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo attuativo della l. delega n. 219/2012, infatti, dall'equiparazione dei figli adottivi a quelli nati nel matrimonio operata da tale legge devono essere esclusi gli adottati maggiore di età (v. il nuovo art. 74 cod. civ.) nonché, in ragione dell'analogia con tale ultima categoria di soggetti, anche coloro che siano stati adottati nei casi particolari di cui all'art. 44, legge n. 184/1983, atteso che in entrambe le ipotesi si conservano i legami tra adottato e famiglia d'origine, non potendosi, pertanto, l'adozione definire «piena» ai sensi dell'art. 27 legge n. 184/1983, come di recente modificato in occasione appunto della riforma della filiazione.

Vero è pure che non sussiste un obbligo, in capo al nostro legislatore, di rimuovere i limiti attualmente esistenti all'adozione di minori da parte dei single.

Lo ha chiarito la Corte costituzionale con la sentenza n. 183/1994, riferendosi alla portata della convenzione di Strasburgo sull'adozione di minori del 1967, di cui l'Italia è parte contraente e che, sebbene all'art. 6 prefiguri la possibilità di adozione da parte di una persona singola, non impone tuttavia agli Stati parte di introdurla, rimettendone la scelta alla discrezionalità dei legislatori nazionali.

Lo ha successivamente ribadito la Cassazione, da ultimo, con la menzionata sentenza n. 3572/2011, che invero reitera statuizioni già contenute nelle pronunce n. 6078/2006 (7) e n. 7950/1995 (8).

Anche dall'art. 8 CEDU, che come ricordato consacra il diritto al rispetto della vita familiare, non può del resto desumersi, secondo l'interpretazione della Corte EDU, un diritto dei single ad adottare.

La questione dell'adozione da parte di single (omosessuale) è stata affrontata, da ultimo, dalla Corte di Strasburgo nel caso *E.B.* (del 22 gennaio 2008) (9), riguardante un cittadina francese omosessuale alla quale l'accesso all'adozione internazionale era, a suo dire, stato precluso in ragione del proprio orientamento sessuale. La donna, quindi, davanti alla Corte EDU lamentava la violazione del proprio diritto fondamentale al rispetto della vita familiare (art. 8 CEDU) in relazione al divieto di discriminazione parimenti sancito dalla convenzione (art. 14 CEDU).

La Corte, nel valutare il caso, al par. 49 della sua decisione osserva (per quanto rileva ai fini dell'adozione da parte di single): "The present case does not concern adoption by a couple or by the same-sex partner of a biological parent, but solely adoption by a single person. Whilst Article 8 of the Convention is silent as to this question, the Court notes that French legislation expressly grants single persons the right to apply for authorisation to adopt and establishes a procedure to that end. Accordingly, the Court considers that the facts of this case undoubtedly fall within the ambit of Article 8 of the Convention. Consequently, the State, which has gone beyond its obligations under Article 8 in creating such a right - a possibility open to it under Article 53 of the Convention - cannot, in the application of that right, take discriminatory measures within the meaning of Article 14."

In altri termini, secondo la Corte, l'art. 8 non fonda il diritto all'adozione e tanto meno il diritto all'adozione da parte dei single. Tuttavia, nel momento in cui il legislatore statale, come quello francese, ammette in via generale i single all'adozione, allora tale diritto ricade nella protezione di cui all'art. 8 e deve essere riconosciuto a, e poter essere esercitato da, tutti i single, senza discriminazioni, che la stessa CEDU, come detto, vieta all'art. 14.

Orbene, atteso che la Corte costituzionale, con la sopra richiamata ordinanza n. 347/2005, ha riconosciuto l'applicabilità dell'art. 44, l. n. 184/1983 anche ai singoli che, in Italia, intraprendono procedimenti di adozione internazionale (escludendo quindi l'illegittimità costituzionale di tale norma per violazione dell'art. 3 Cost.) e che l'art. 44 esaurisce, allo stato attuale della legislazione nazionale, le possibilità accordate ai singoli di adottare minori (italiani o stranieri che siano), neppure sembrano potersi ravvisare profili di contrasto tra le condizioni poste dalla l. n. 184/1983 per l'accesso all'adozione da parte dei single e l'art. 8 letto in combinato disposto con l'art. 14 CEDU.

4. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 8 CEDU e il principio di continuità degli status familiari acquisiti all'estero.

È peraltro altrettanto innegabile che dalla giurisprudenza della Corte EDU si ricava - proprio sulla scorta della sua interpretazione dell'art. 8 della convenzione - il principio della continuità transnazionale degli effetti di status personali validamente e stabilmente acquisiti all'estero.

In particolare, è sulla base delle sentenze *Wagner* (2007) (10) e *Negrepontis* (2011) (11) della Corte EDU che sembra possibile affermare che una violazione dell'art. 8 CEDU può avere luogo anche in sede di riconoscimento, da parte dello Stato richiesto, di sentenze straniere costitutive di status familiari. Tale violazione si verifica, secondo la Corte, quando le condizioni alle quali gli Stati subordinano l'efficacia di provvedimenti

giudiziari stranieri non soddisfano il requisito della legittimità dell'obiettivo cui siano preordinate ovvero della proporzionalità con cui sarebbe ammissibile che, perseguendo un obiettivo legittimo, esse apportino limitazioni al diritto tutelato dalla CEDU. Tanto in *Wagner* quanto in *Negrepontis*, pertanto, il rifiuto che le competenti autorità giudiziarie (rispettivamente, lussemburghesi ed elleniche) avevano opposto, sulla base delle conferenti norme di diritto internazionale privato, al riconoscimento degli effetti di provvedimenti di adozione stranieri è stato giudicato dalla Corte una violazione dell'art. 8 CEDU, in quanto integrante un'interferenza sproporzionata rispetto al pieno godimento del diritto alla continuità transnazionale degli *status* familiari acquisiti all'estero quale espressione di quello, più generale, al rispetto della vita familiare.

Nel caso *Wagner*, in particolare, gli effetti dell'adozione pronunciata in Perù non avrebbero dovuto essere riconosciuti in Lussemburgo perché, secondo le conferenti norme di diritto internazionale privato di tale Stato, la legge applicabile al rapporto sarebbe stata quella lussemburghese, alla cui stregua un tale tipo di adozione era precluso a soggetti non coniugati quale era, nel caso concreto, l'adottante. Secondo la Corte, una disposizione nazionale di tale tenore deve intendersi inammissibilmente restrittiva del diritto al rispetto della vita familiare dei soggetti interessati dalla decisione straniera; diritto che, quindi, ad avviso della Corte, include anche, e protegge, l'aspettativa di tali soggetti a che la decisione da cui sono riguardati si veda riconosciuta, in tutti gli ordinamenti statali, la medesima efficacia ad essa connaturata in quello d'origine. E tanto più tale pretesa deve considerarsi ricompresa nell'alveo dell'art. 8 CEDU quanto più stretto ed intenso si configuri il collegamento del rapporto familiare in questione con lo Stato nell'ambito del quale esso è stato instaurato.

Come si è osservato in dottrina, dalla giurisprudenza della Corte EDU testé evocata non deve necessariamente evincersi *“la necessità di mettere fuori gioco il diritto internazionale privato ove questo conduca nel caso di specie alla violazione di un diritto fondamentale”*; pare infatti che con tale giurisprudenza la Corte abbia piuttosto voluto *“semplicemente chiarire che lo Stato è tenuto a valutare attentamente l'impatto concreto del richiamo internazionalprivatistico sulla realtà sociale, al fine di verificarne la ‘sufficienza’ (meglio, la proporzionalità) rispetto allo scopo”* (12).

5. Considerazioni conclusive.

È dunque utilizzando questa chiave di lettura delle richiamate decisioni della Corte che occorre interrogarsi sulla compatibilità con l'art. 8 CEDU del regime italiano di riconoscimento delle adozioni straniere da parte di persone singole. Sembra, infatti, difficile negare che, messo alla prova dell'esaminata giurisprudenza di Strasburgo, il meccanismo di riconoscimento imperniato sulla l. n. 184/83 sarebbe giudicato inadeguato a garantire che agli effetti dello *status* acquisito all'estero in virtù di un provvedimento di adozione sia accordato quel grado di continuità in presenza del quale soltanto può escludersi la violazione dell'art. 8 CEDU.

Orbene: vero è che la posizione dei giudici italiani non è nel senso di negare *tout court* riconoscimento ai rapporti in questione. Ma neppure può affermarsi che ad essi, in Italia, siano ricondotti i medesimi effetti da cui sono connotati in virtù dell'ordinamento d'origine.

Né sembra che, a giustificazione di simili restrizioni del diritto sancito dall'art. 8 CEDU, possa invocarsi il limite dell'ordine pubblico alla cui stregua, ferme ben determinate condizioni, gli Stati possono, sempre secondo la giurispru-

denza EDU, esercitare in concreto il margine di apprezzamento di cui godono (13). Tale limite, è bene ricordarlo, non può più ritenersi posto a presidio di valori solo nazionali, questi ultimi essendo idonei ad opporsi al riconoscimento di realtà giuridiche straniere esclusivamente nella misura in cui riflettano principi assurdi a patrimonio comune degli Stati parte della convenzione o esprimano, comunque, di tali Stati, l'irrinunciabile identità giuridico-costituzionale (14). Non si vede dunque come potrebbe superare il vaglio della Corte EDU l'orientamento, sopra richiamato, della Cassazione secondo cui la riconoscibilità con effetti solo “non legittimanti” dell'adozione a favore di persona singola non coniugata si fonderebbe sull'esistenza, nell'ambito dell'ordine pubblico invocabile in Italia, del “principio generale” che consente l'adozione solo nei confronti di soggetti uniti dal vincolo matrimoniale (sentenza n. 3572/2011). Un tale assunto, oltre a trovare smentita nella stessa legge n. 184/1983 che, seppur in casi eccezionali, ammette l'adozione anche “piena” dei singoli, è comunque da disattendere in ragione della constatazione che i legislatori della maggior parte degli altri ordinamenti europei hanno ormai rimosso ogni ostacolo a tale tipo di adozione, anche nei casi in cui l'adottante sia omosessuale.

L'adozione di minore da parte di un singolo soggetto è invece consentita in Germania (§ 1741, comma del 2 del B.G.B.); in Francia (art. 343-1 del Code Napoleon come riformato dalla l. n° 66-500 dell'11 luglio 1966); in Svizzera (art. 246-b del codice civile come modificato dalla legge federale del 30 giugno 1972); in Svezia (chap. 4, section 1 del Parenthood and guardianship code); in Norvegia (act. n. 8 del 28 febbraio 1986 relating to adoption, del Royal norwegian ministry of health and social affairs); nel Regno Unito (Adoption and Children Act del 2002). Analogamente, nella maggior parte degli altri Stati europei - come Belgio, Irlanda, Finlandia, Austria e Spagna - la tendenza è nel senso di favorire le adozioni internazionali anche quando si tratta di soggetti singoli, senza limitarla a casi eccezionali, ma con particolare attenzione alla valutazione caso per caso dell'idoneità dell'adottante.

Alla considerazione che precede si aggiunge, superandola, quella secondo cui le questioni attinenti ai rapporti di genitorialità - ivi inclusi, dunque, i rapporti adottivi - sono sempre improntate al principio dell'interesse superiore del minore (*“child's best interests”*), che deve orientare sia le misure legislative generali e astratte sia le applicazioni concrete della disciplina (15). D'altra parte, è lo stesso art. 35, c. 3, l. n. 184/1983 - invocato, come visto, dalla Cassazione quale fondamento per l'attribuzione di efficacia solo “non legittimante” a pronunce di adozione “piena” emesse all'estero a favore di *single* - che, nel subordinare il riconoscimento delle adozioni internazionali al rispetto dei principi fondamentali del nostro Stato in materia di diritto di famiglia e dei minori, espressamente prescrive di “valutare” tali principi *“in relazione al superiore interesse del minore”*.

L'esigenza di adeguarsi alla giurisprudenza relativa all'art. 8 CEDU per non incorrere nella censura della Corte di Strasburgo e l'opportuno apprezzamento caso per caso, che ne conseguirebbe, del preminente interesse del minore potrebbero dunque suggerire l'attribuzione dell'efficacia di adozione piena ai provvedimenti pronunciati all'estero a favore, quanto meno, di *single* italiani che, nel Paese estero di pronuncia dell'adozione, abbiano stabilmente e continuativamente trasferito la propria esistenza, integrandosi fino al

punto da ottenere, secondo le leggi di quel Paese, la costituzione di un rapporto adottivo "legittimante".

Nel senso che non potrebbe configurarsi "un contrasto tra il c.d. ordine pubblico italiano ed il riconoscimento di effetti legittimanti all'adozione di una persona non coniugata", si segnala così l'interessante pronuncia del Tribunale dei minori di Bologna del 27 aprile 2007 (16). In quel caso si è infatti dichiarato pienamente efficace in Italia un provvedimento argentino di adozione "legittimante" in favore di una *single* italiana che da dodici anni aveva stabilito la propria residenza, e viveva, in Argentina, sulla base nel meccanismo generale di riconoscimento delle sentenze straniere predisposto dalla legge n. 218/1995. A tale conclusione il Tribunale è pervenuto dopo aver constatato l'inapplicabilità delle norme speciali della legge sull'adozione in tema di riconoscimento (artt. 35-36) ogni qual volta, come nel caso, ad adottare non sia una coppia di coniugi bensì, appunto, una persona singola, con conseguente affermazione dell'operatività delle norme generali sul riconoscimento delle sentenze straniere (artt. 64 ss., l. n. 218/1995) in quanto richiamate dall'art. 40, c. 1, l. 218/1995.

Non potrebbe escludersi, peraltro, che simile soluzione determini una situazione di "discriminazione alla rovescia", per così dire, in danno dei cittadini italiani *single* che, mantenendo la propria residenza e continuando a vivere in Italia, ottengano all'estero un provvedimento adottivo con effetti "legittimanti" che, nel nostro Paese, continuerebbe tuttavia a vedersi attribuita - ai sensi degli articoli, a seconda dei casi, 35, c. 1, 35, c. 4 o 36, c. 2, l. n. 184/1983 - l'efficacia solo "non legittimante" correlata alle adozioni "in casi particolari".

È, quindi, auspicabile un intervento del legislatore. Del resto, a favore di una rimozione dei limiti all'adozione dei minori da parte dei *single* depongono (i) l'art. 2, par. 1 della convenzione dell'Aja del 1993 (17), e, in generale, il principio del preminente interesse minore immanente all'attuale disciplina italiana sull'adozione in quanto attuativa della convenzione del 1993, dichiaratamente improntata a tale principio quale "stella polare"; (ii) il già menzionato art. 6 della convenzione di Strasburgo del 1967 nonché l'art. 7 di quella del 2008, che l'ha sostituita (ma di cui l'Italia non è parte contraente), da taluni interpretato addirittura nel senso che non lascia più agli Stati contraenti la discrezionalità di scegliere se ammettere o meno i *single* all'adozione piena (18); (iii) la giurisprudenza della Consulta, che già con sentenza n. 183/1994, facendo riferimento agli artt. 3, 29, 30 Cost., ha chiarito come queste disposizioni "non vincolano l'adozione dei minori al criterio dell'*imitatio naturae in guisa da non consentire l'adozione da parte di un singolo se non nei casi eccezionali*" previsti dalla l. 184/1983. Tali disposizioni, infatti, esprimono un'indicazione di preferenza per l'adozione da parte di una coppia di coniugi mentre "gli artt. 3, 29 e 30 Cost. non si oppongono a un'innovazione legislativa che riconosca in misura più ampia la possibilità che, nel concorso di speciali circostanze tipizzate dalla legge stessa o rimesse volta per volta al prudente apprezzamento del giudice, l'adozione da parte di una persona singola sia giudicata la soluzione in concreto più conveniente all'interesse del minore"; (iv) la giurisprudenza della Cassazione, che nella più volte citata sentenza n. 3572/2011 (e, già, nella sentenza n. 6078/2006) - sottolineando che l'art. 6 della convenzione di Strasburgo del 1967 ammette l'adozione da parte di una persona sola - rileva che il legislatore nazionale ben potrebbe provvedere ad un am-

pliamento dell'ambito di ammissibilità dell'adozione di minore da parte di una singola persona anche con gli effetti dell'adozione legittimante.

Note:

(1) Cass., 3 ottobre 1992 n. 10923, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2638 ss.; 8 novembre 1994 n. 9278, in *Corr. giur.*, 1995, p. 25; in dottrina, per tutti, cfr. Mosconi, Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale*. II. *Statuto personale e diritti reali*, III ed., Torino, 2011, p. 230 e nota 25; Pizzolante, *Le adozioni nel diritto internazionale privato*, Bari, 2008, p. 214.

(2) In tal senso, di recente: Cass., 14 febbraio 2011 n. 3572, in *Fam. dir.*, 2011, p. 701. Negli stessi termini, peraltro, si era già espressa la giurisprudenza sia di legittimità che di merito: Cass., 18 marzo 2006 n. 6078, in *Dir. fam.*, 2007, p. 601; App. Roma, 11 gennaio 2006, in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 372; App. Roma, 12 gennaio 2006, in *Foro it.*, 2006, 2, c. 344.

(3) Ai sensi dell'art. 6, legge n. 184/1983, richiamato sia dall'art. 29bis sia dagli artt. 35, c. 6, lett. a) e 36, c. 2, dai quali si ricavano i requisiti necessari ad accedere alla procedura di adozione internazionale e ad ottenere il riconoscimento del provvedimento eventualmente pronunciato all'estero.

(4) Il riferimento è, naturalmente, alla convenzione adottata in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato ed entrata in vigore il 1° maggio 1995. Essa è stata ratificata sia da Stati membri della Conferenza sia da Stati che non ne sono parte. Per un elenco di tali Paesi cfr. <http://www.hcch.net>.

(5) Cit. *supra*, nota 2.

(6) Il riferimento è al d.lgs. n. 154 del 28 dicembre 2013, in *Gazz. Uff.*, n. 5 dell'8 gennaio 2014, entrato in vigore il 7 febbraio 2014, che ha dato attuazione all'art. 2 (rubricato «Delega al Governo per la revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione») della legge n. 219 del 10 dicembre 2012, «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali», in *Gazz. Uff.*, n. 293 del 17 dicembre 2012.

(7) Cit. alla nota 2.

(8) In *Dir. fam.*, 1995, p. 995.

(9) N. ric. 43546/02 in *hudoc.echr.coe.int*.

(10) Sentenza del 28 giugno 2007, ric. n. 76240/01, in *hudoc.echr.coe.int*.

(11) Sentenza del 3 maggio 2011, ric. n. 5659/08, in <http://hudoc.echr.coe.int>

(12) Campiglio, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 1029 ss.

(13) In argomento, per tutti, cfr. Tanzarella, *Il margine di apprezzamento*, in Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, p. 145 ss.

(14) In argomento oltre a Carbone, *I diritti della persona tra CEDU, diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali*, in *Dir. Un. eur.*, 2013, p. 1 ss., spec. pp. 25-26, sia consentito il rinvio a Tuo, *La rivalutazione della sentenza straniera nel regolamento Bruxelles I: tra divieti e reciproca fiducia*, Padova, 2012, spec. pp. 113-124.

(15) V., ad es., il par. 133 della sentenza *Wagner* e il par. 95 della sentenza *E.B.*

(16) In *Il merito*, 2007, p. 38.

(17) Il quale, nel definire l'ambito soggettivo di applicazione della convenzione, fa esplicitamente riferimento all'adozione "da parte di coniugi o di una persona".

(18) Lamarque, *Adozione da parte dei single omo e eterosessuali: i paesi del Consiglio d'Europa stanno perdendo il loro margine di apprezzamento?* in www.forumcostituzionale.it.

La definizione del compenso Norme di legge e nuovo Codice deontologico*

Alessandro Barca

Avvocato,
Consigliere Ordine Avvocati Genova

Sommario: 1. Premessa. - 2. Il “vecchio” sistema tariffario. - 3. Le liberalizzazioni (il c.d. decreto Bersani ed il suo “vate”). - 4. La concorrenza (la c.d. “manovra bis salva Italia”). - 5. L’abrogazione delle tariffe (c.d. “Decreto cresci Italia” o “D.L. liberalizzazioni”). - 6. Il Regolamento di riforma degli ordinamenti professionali. - 7. I parametri ministeriali del luglio 2012. - 7.1. La successione nel tempo delle tariffe forensi e dei parametri. - 8. L’articolo 13 della legge di riforma dell’ordinamento forense. - 9. Il decreto del Ministero della Giustizia che determina i c.d. nuovi parametri forensi. - 10. Possibilità di pattuire il compenso a percentuale e divieto di pattuire come compenso una quota del bene oggetto della prestazione o della ragione litigiosa.

1. Premessa.

Il nuovo codice deontologico forense, approvato nella seduta di *plenum* del 31 gennaio scorso e in corso di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, per espressa volontà del Consiglio Nazionale Forense intende disegnare un avvocato a fianco dei cittadini, delle imprese, degli organismi intermedi, con le sue capacità di assistenza e soprattutto di consiglio.

Nell’ambito del rapporto d’opera professionale che si instaura tra avvocato e cliente - comunemente definito *contratto di patrocinio* - uno degli aspetti più delicati riguarda la determinazione del compenso.

In questo scritto mi soffermerò proprio sul titolo II del Codice deontologico forense “Rapporti con il cliente e con la parte assistita”, ed in particolare sull’articolo 25 dedicato agli “accordi sulla definizione del compenso” (1).

Il canone 1 dell’art. 25 del Codice deontologico prevede, come regola generale, la libera pattuizione dei compensi tra cliente ed avvocato, non contempla la pattuizione scritta (2) a differenza della Legge di riforma dell’ordinamento forense e stabilisce che è ammessa la pattuizione:

- a tempo,
- in misura forfetaria,
- per convenzione avente ad oggetto uno o più affari,
- per singole fasi,
- per singole prestazioni,
- per l’intera attività,
- a percentuale sul valore dell’affare,
- a percentuale su quanto si prevede possa giovare il destinatario della prestazione, non soltanto a livello strettamente patrimoniale.

Al canone 2 dell’art. 25, è stato reintrodotta il divieto del c.d. patto di quota lite, la cui violazione comporta (art. 25 canone 3) l’applicazione della sanzione disciplinare della sospensione dall’esercizio dell’attività professionale da 2 a 6 mesi. La problematica legata alla definizione del compenso spettante all’Avvocato ha alle sue spalle una storia complessa e travagliata che cercherò di ricostruire.

*Relazione tenuta al IX Congresso giuridico-forense per l’aggiornamento professionale, Complesso Monumentale di S. Spirito in Sassia (Roma, 20-22 marzo 2014).

2. Il “vecchio” sistema tariffario.

Il tariffario forense trovava le sue origini nell’articolo 57 del Regio Decreto 27 novembre 1933, n. 1578, convertito nella Legge 22 gennaio 1934 n. 36, cd. Ordinamento della professione di avvocato, il quale prevedeva che gli “onorari e indennità sono stabiliti ogni biennio con deliberazione del CNF (...) e approvati dal Ministero della Giustizia”.

La vincolatività delle tariffe minime e la correlata previsione di nullità dei patti in deroga ai minimi tariffari era in vigore sin dai primi anni ‘40 del secolo scorso, giusta l’articolo 24 della Legge 13 giugno 1942, n. 794.

Accanto a tali norme speciali, vi era poi l’articolo 2233 c.c. che prevedeva il divieto del c.d. patto di quota lite: “Gli avvocati, i procuratori e i patrocinatori non possono, neppure per interposta persona, stipulare con i loro clienti alcun patto relativo ai beni che formano oggetto delle controversie affidate al loro patrocinio, sotto pena di nullità e dei danni.”

Per lungo tempo il sistema delle tariffe forensi, come lo abbiamo conosciuto, ha retto e mai nessuno lo ha posto in discussione.

E così è stato per 70 anni e cioè dal 1934 al 2004. Al 2004, infatti, risale l’ultimo tariffario forense deliberato dal C.N.F. e approvato dal Ministero della Giustizia con Decreto Ministeriale 8 aprile 2004, n. 127, il quale prevedeva anche che “All’Avvocato è dovuto un rimborso forfetario delle spese generali (diritti ed onorari) in ragione del 12,5%” (art. 14).

Tale ultimo tariffario avrebbe dovuto essere aggiornato nel 2006, alla scadenza del biennio 2004-2006.

3. Le liberalizzazioni (il c.d. decreto Bersani ed il suo “vate”).

Il legislatore delle liberalizzazioni, convinto che l’eliminazione della rigidità imputabile alle tariffe potesse giovare alla concorrenza, le ha abrogate, ponendo l’accordo tra le parti all’apice della gerarchia delle fonti di determinazione e solo se la pattuizione manchi - o quando si tratti di quantificare le spese del giudizio ha consentito al giudice il rinvio ai parametri.

La stura alle c.d. liberalizzazioni si è avuta con il Decreto Legge 4 luglio 2006, n. 223, c.d. Decreto Bersani, convertito con modificazioni dalla Legge 4 agosto 2006, n. 248 (3) che con l’obiettivo 1) di “rafforzare la libertà di scelta del cittadino consumatore e di rafforzare la promozione di assetti di mercato maggiormente concorrenziali, (...) al fine di favorire il rilancio dell’economia e dell’occupazione, attraverso la liberalizzazione di attività imprenditoriali e la creazione di nuovi posti di lavoro” (art. 1), 2) di garantire i principi comunitari di libera concorrenza, di libera circolazione dei servizi, e 3) di “assicurare agli utenti un’effettiva facoltà di scelta nell’esercizio dei propri diritti di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato” (art. 2), ha di fatto comportato per gli avvocati: a) l’abrogazione della vincolatività delle tariffe minime (l’inderogabilità dei minimi tariffari era prevista dall’art. 24 della Legge 13-6-1942, n. 794), mentre ha lasciato intatto il limite dei massimi tariffari; b) l’abrogazione della previsione di nullità dei patti in deroga ai minimi tariffari in vigore dal 1942, ai sensi dell’articolo 24 della Legge 13-6-1942, n. 794; c) l’abrogazione del divieto del patto di quota lite (art. 2233 c.c.), ossia possibilità di pattuire compensi parametrati (=proporzionati) al raggiungimento degli obiettivi conseguiti, anche se rimaneva comunque il divieto di pattuire la cessione di diritti oggetto di contestazione davanti all’Autorità giudiziaria (artt. 1418 e 1261 c.c.).

A seguito del Decreto Bersani si è resa necessaria una mo-

difica al Codice deontologico, adottata dal C.N.F. il 14 dicembre 2006, che recepisce il principio di derogabilità dei minimi tariffari e che recepisce l'abolizione del divieto del patto di quota lite con il cliente (4).

Il tariffario rimaneva, comunque, sempre come riferimento per la taratura presso i Consigli dell'Ordine territoriali ed in caso liquidazione giudiziale.

Peraltro occorre ricordare che già nel dicembre 2003 Mario Monti, in allora Commissario europeo per la Concorrenza, in occasione della "Giornata della Concorrenza" tenutasi a Roma, con una relazione dal titolo "*Il consumatore, operatore e beneficiario della politica comunitaria di concorrenza*" (5), con riferimento alle libere professioni così si esprimeva: "*i consumatori possono ottenere notevoli vantaggi dalla liberalizzazione dei settori molto regolamentati. Penso in particolare modo alle libere professioni che, paradossalmente, non sono poi tanto libere. Sono anzi uno dei settori più regolamentati dell'economia. Le libere professioni sono, infatti, sottoposte a vincoli relativamente alle possibili forme associative e non possono reclamizzare i loro servizi. Sono perfino sottoposte a prezzi fissi. E' giunto il momento di chiedersi se i consumatori di paesi come l'Italia non trarrebbero grandi vantaggi da regole meno numerose e meno stringenti, come sarebbe il caso se i professionisti potessero farsi concorrenza sul prezzo, fossero liberi di reclamizzare i propri servizi e fossero autorizzate forme diverse di associazione di professionisti appartenenti alle stesse o ad altre professioni. Questo già accade in altri Stati membri e non vi è, certamente, alcun segnale di un crollo nella fiducia dei consumatori verso avvocati o architetti!*". A sorpresa, nel corso della seduta del Senato del 20 ottobre 2010 vennero approvati gli emendamenti sul testo proposto dalla Commissione Giustizia in tema di nuovo ordinamento della professione forense.

Le modifiche sostanziali riguardavano il ripristino della vincolatività e dell'inderogabilità dei minimi tariffari e la reintroduzione del divieto del patto di quota-lite, restando invece nella disponibilità delle parti (avvocato-cliente) la derogabilità dei massimi tariffari, con unica condizione l'accordo redatto per iscritto a pena di nullità. Ma si è trattato di una illusione di breve momento.

4. La concorrenza (la c.d. "manovra bis salva Italia").

Il Governo Berlusconi, richiesto dalla U.E., intervenne nuovamente sulla materia delle tariffe professionali, con il Decreto Legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla Legge 14 settembre 2011, n. 148 con un provvedimento recante "*Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*" c.d. "manovra bis salva Italia" (6).

L'articolo 3, comma 5, prevedeva che gli ordinamenti professionali dovessero garantire che l'esercizio dell'attività rispondesse, senza eccezioni, ai principi di libera concorrenza, alla presenza diffusa dei professionisti su tutto il territorio nazionale, alla differenziazione e pluralità di offerta che garantisse l'effettiva possibilità di scelta degli utenti nell'ambito della più ampia informazione relativamente ai servizi offerti.

La c.d. manovra bis "salva Italia", all'articolo 3, comma 5, lettera d) prevedeva poi che con decreto del Presidente della Repubblica emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, gli ordinamenti professionali dovessero essere riformati entro 12 mesi dalla data di entrata in vigore del decreto (agosto 2011 - agosto 2012) per recepire, tra gli altri, i seguenti principi (7): a) compenso del professionista pattuito per iscritto all'atto del conferimento dell'incarico prendendo come riferimento le tariffe profes-

sionali; b) possibilità di pattuire i compensi anche in deroga alle tariffe; c) obbligo di rendere noto al cliente il livello della complessità dell'incarico, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento sino alla conclusione dell'incarico; d) in mancanza di determinazione consensuale del compenso applicazione delle tariffe professionali stabilite con decreto dal Ministro della Giustizia (tariffe che quindi rimanevano in vita in mancanza di accordi diversi).

L'articolo 5-bis prevedeva che le norme vigenti sugli ordinamenti professionali in contrasto con i principi di cui al comma 5, lettere da a) a g), sarebbero comunque state abrogate con effetto dalla data di entrata in vigore del regolamento governativo di cui al comma 5 e, in ogni caso, dalla data del 13 agosto 2012 (8).

L'attuazione di questi principi, che originariamente sarebbe dovuta avvenire con il metodo della c.d. delegificazione, cioè mediante regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, co. 2, Legge 23 agosto 1988, n. 400, in realtà avvenne con una normazione di rango primario.

4.1. La giurisprudenza comunitaria in materia di tariffe forensi.

Peraltro la giurisprudenza comunitaria ha riconosciuto che le tariffe non sono di per sé ostacoli alla concorrenza; in tale senso si vedano la Corte di Giustizia, grande sezione, 29 marzo 2011, C-565/08, riferita alle tariffe massime, mentre la direttiva sui servizi nel mercato interno (2006/123/CE del 12.12.2006 recepita in Italia con d.lgs. 23.4.2010, n. 94) non pone ostacoli alla previsione di tariffe nelle professioni regolamentate. Anche la sentenza Corte di Giustizia, grande sezione, 5 dicembre 2006, nei procedimenti riuniti C-94/2004 e C-202/2004, in un passo della motivazione afferma che "*non si può escludere a priori che tale tariffa consenta di evitare che gli avvocati siano indotti, in un contesto come quello del mercato italiano il quale ... è caratterizzato dalla presenza di un numero estremamente elevato di avvocati iscritti ed in attività, a svolgere una concorrenza che possa tradursi nell'offerta di prestazioni al ribasso con il rischio del peggioramento della qualità dei servizi forniti*".

5. L'abrogazione delle tariffe (c.d. "Decreto cresci Italia" o "D.L. liberalizzazioni").

Il governo Monti con il Decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1 c.d. "Decreto cresci Italia" o "D.L. liberalizzazioni", intitolato "Disposizioni urgenti per concorrenza, sviluppo infrastrutture e competitività", convertito, con modificazioni, dalla Legge 24 marzo 2012, n. 27 (9), all'art. 9 intitolato "Disposizioni sulle professioni regolamentate", esordisce testualmente disponendo che: "*Sono abrogate le tariffe delle professioni regolamentate nel sistema ordinistico*", così realizzando il superamento dell'iniziale previsione contenuta nell'art. 3, comma 5, lett. d) della Legge 148/2011, a mente della quale, invece, le tariffe continuavano ad avere la loro vitalità residua. Questo ha comportato che mentre prima la mancanza di un preventivo accordo era sostanzialmente ininfluenza perché il compenso poteva essere determinato ricorrendo alle tariffe, ora la convenzione circa la remunerazione dell'attività assume rilevanza centrale perché il rinvio alle tariffe non è più consentito stante la loro abrogazione.

Questo non è ininfluenza perché come ha acutamente osservato il Prof. Perfetti (10): "*E' vero che uscite di scena le tariffe, vi hanno fatto ingresso i parametri quali fattori esterni all'accordo in grado di surrogare l'eventuale sua mancanza; ma il risultato non può dirsi affatto uguale, non solo per certe loro ca-*

atteristiche che li distaccano dalle tariffe, ma soprattutto perché l'intera disciplina crea condizioni che spingono al raggiungimento dell'accordo".

Il "Cresci Italia" di Monti, inoltre, al comma 3 dell'art. 9 prevedeva che, le tariffe vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto continuano ad applicarsi, limitatamente alla liquidazione delle spese giudiziali, fino alla data di entrata in vigore dei decreti ministeriali di cui al comma 2 e, comunque, non oltre il centovesimo giorno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto (marzo 2012-luglio 2012).

Quindi, in definitiva le tariffe potevano applicarsi per la liquidazione delle spese giudiziali sino a luglio 2012.

In un primo momento si diceva che l'avvocato potesse utilizzare le tariffe facendo ad esse rinvio *per relationem*; infatti, restando in vigore l'art. 2233 c.c. che, oltre alle tariffe, fa riferimento agli usi, era legittimo pensare che, nel concordare il compenso, le parti potessero fare riferimento agli usi, i quali avrebbero potuto, in ipotesi, anche coincidere con le tariffe abrogate.

Tuttavia l'abrogazione delle tariffe ha determinato la simmetrica scomparsa del relativo riferimento contenuto nell'art. 2233 c.c., i cui criteri erano ordinati «secondo una scala preferenziale che indica al primo posto l'accordo delle parti, in subordine le tariffe professionali, ovvero gli usi ed infine la decisione del giudice» (11)

6. Il Regolamento di riforma degli ordinamenti professionali.

Ancora il governo Monti, questa volta con il D.P.R. 7 agosto 2012, n. 137 (12), *Regolamento di riforma degli ordinamenti professionali*, entrato in vigore il 15 agosto 2012, è nuovamente tornato sulle problematiche legate alla concorrenza. Con quest'ultimo D.P.R., emanato su proposta del Ministro della Giustizia, in attuazione della delega prevista dall'art. 3, comma 5, del Decreto Legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148 del 2011 (c.d. manovra bis "salva Italia"), ha ulteriormente ribadito i principi che già si erano affermati negli anni precedenti, ovvero: In punto di **libera concorrenza e pubblicità informativa** ha confermato che la pubblicità informativa riguardante l'attività delle professioni, i titoli posseduti ed i **compensi richiesti** è ammessa con ogni mezzo, purché funzionale all'oggetto, veritiera e corretta. Unico limite che essa incontra è quello che non deve violare l'obbligo del segreto professionale e non deve essere equivoca, ingannevole o denigratoria. In punto di **obbligo assicurativo del professionista** ha ulteriormente ribadito che esso è necessario per la tutela del cliente. In punto di **tirocinio e formazione del professionista** il decreto ha portato il tirocinio forense ad una durata massima di 18 mesi.

7. I parametri ministeriali del luglio 2012.

A seguito decreto *cresci Italia* che ha abrogato le tariffe, ed in mancanza di un accordo specifico tra cliente ed avvocato, il D.M. 20 luglio 2012 n. 140, intitolato "*Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione da parte di un organo giurisdizionale dei compensi per le professioni regolarmente vigilate dal Ministero della giustizia, ai sensi dell'articolo 9 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1*", convertito, con modificazioni, dalla Legge 24 marzo 2012, n. 27 (13), entrato in vigore 23 agosto 2012, ha stabilito che in caso di mancata pattuizione del compenso esso è liquidato dal giudice facendo riferimento ai soli parametri ministeriali.

7.1. La successione nel tempo delle tariffe forensi e dei parametri.

Problema di non poco conto è stato quello relativo ai criteri da tenere in considerazione per la quantificazione del compenso di quelle prestazioni professionali che siano sorte prima del Decreto Monti "cresci Italia" col quale sono state abrogate le tariffe (24 gennaio 2012) e si siano concluse dopo l'emanazione dei parametri (23 agosto 2012).

Le Sezioni Unite della Cassazione, intervenute con le sentenze 12 ottobre 2012, n. 17405 e 5 novembre 2012, n. 18920 (14), hanno affermato che i nuovi parametri sono da applicare ogniqualvolta la liquidazione giudiziale intervenga in un momento successivo alla data d'entrata in vigore del predetto decreto (23 agosto 2012) e si riferisca al compenso spettante ad un professionista che, a quella data, non abbia ancora completato la propria prestazione professionale, ancorché tale prestazione abbia avuto inizio e si sia in parte svolta in epoca precedente, quando ancora erano in vigore le tariffe professionali abrogate.

I giudici di legittimità hanno negato che possa trovare applicazione in materia la teoria del "frazionamento", non essendo possibile, anche a fronte di prestazioni professionali ancora in corso al momento dell'entrata in vigore del decreto, "segmentare le stesse nei singoli atti compiuti in causa dal difensore oppure distinguere tra loro le diverse fasi di tali prestazioni, per applicare in modo frazionato in parte la precedente ed in parte la nuova regolazione".

Alla base di questo ragionamento c'è il principio secondo il quale le norme relative alla liquidazione delle spese di lite hanno natura processuale. Pertanto esse sono rette dal principio processuale *tempus regit actum*.

In tale ultimo senso si è pronunciata anche la Corte costituzionale con ord. 7 novembre 2013 (15), la quale ha affermato che "*Il compenso professionale costituisce un corrispettivo unitario, che ha riguardo all'opera professionale complessivamente prestata. Pertanto, va confermata la correttezza del ragionamento - da sempre seguito in tutte le ipotesi di successione nel tempo di diverse tariffe - di liquidare il compenso maturato all'esito della prestazione, facendo riferimento alla tariffa vigente al momento in cui la prestazione professionale si è esaurita*".

Altri hanno sostenuto, invece, che le norme che determinano l'entità dei compensi professionali dovuti dall'assistito all'avvocato non hanno natura processuale ma sostanziale (cioè incidono sull'obbligazione derivante dal rapporto di prestazione d'opera intellettuale ai sensi dell'art. 2233 c.c.). e ad essi sarebbe così applicabile il principio di irretroattività del DM sui parametri sancito dall'art. 11 delle preleggi, in forza del quale le nuove norme relative all'obbligo di pattuizione del compenso non sono applicabili ai rapporti professionali sorti anteriormente al 24 gennaio 2012 (quando non vigeva l'obbligo della pattuizione del compenso).

Infatti l'art. 41 del D.M. 140/2012 - avente natura regolamentare, quindi norma secondaria - non può derogare al principio generale di non retroattività sancito dall'art. 11 delle preleggi (norma primaria).

A tale ragionamento, tuttavia, è stato obiettato che: a) l'art. 9 co. 3 del D.Legge 1/2012, cioè il Decreto legge del Governo Monti del 24 gennaio 2012, n. 1 c.d. "Decreto *cresci Italia*" convertito, con modificazioni, dalla Legge 24 marzo 2012, n. 27, afferma esplicitamente che la vecchia tariffa forense non è più applicabile trascorsi centoventi giorni dall'entrata in vigore dello stesso decreto (cioè dal 23 luglio 2012); e che b) non appare di immediata applicazione alla successione dei due diversi sistemi di determinazione dei compensi il prin-

cipio consolidato che regolava la diversa fattispecie della successione di tariffe nel tempo.

Tuttavia fare ancora riferimento a tale orientamento (ossia doppio binario: tariffe fino ad un certo punto/parametri da luglio 2012) comporterebbe una sottovalutazione della scelta legislativa di sostituire al precedente sistema tariffario il nuovo sistema dei parametri, eliminando la distinzione tra diritti e onorari per privilegiare l'unitarietà del compenso professionale.

Una via mediana è stata trovata applicando, ai rapporti tra cliente ed avvocato sorti anteriormente al D.M. 140/2012 (23-8-2012) ed ancora pendenti a quella data, una sensibile riduzione di compensi per attività già eseguite sulla base di condizioni tariffarie all'epoca vigenti e comunemente accettate.

8. L'articolo 13 della legge di riforma dell'ordinamento forense.

E giungiamo così ad i giorni nostri con la Legge 21 dicembre 2012, n. 247, c.d. Legge di riforma della professione forense, in vigore dal 2 febbraio 2013, il cui articolo 13 ricalca il contenuto dell'art. 25 del Codice deontologico:

il compenso spettante al professionista è pattuito di regola per iscritto all'atto del conferimento dell'incarico professionale (comma 2) (16);

La pattuizione dei compensi è libera: è ammessa la pattuizione a tempo, in misura forfetaria, per convenzione avente ad oggetto uno o più affari, in base all'assolvimento e ai tempi di erogazione della prestazione, per singole fasi o prestazioni o per l'intera attività, a percentuale sul valore dell'affare o su quanto si prevede possa giovare, non soltanto a livello strettamente patrimoniale, il destinatario della prestazione (comma 3);

Il comma 5 introduce una serie di obblighi informativi sulla complessità dell'incarico e l'obbligo di fornire un preventivo in forma scritta, ma solo su richiesta del cliente;

Al comma 9 si prevede che in mancanza di accordo tra avvocato e cliente ciascuno possa rivolgersi al Consiglio dell'Ordine territoriale affinché esperisca un tentativo di conciliazione. In mancanza di accordo il Consiglio può rilasciare un parere sulla congruità della pretesa dell'avvocato in relazione all'opera prestata.

9. Il decreto del Ministero della Giustizia che determina i c.d. nuovi parametri forensi.

Il 22 novembre 2013 il Consiglio Nazionale Forense ha approvato il parere sullo schema di decreto del Ministero della Giustizia che disciplina i parametri forensi, destinati ad essere applicati dal giudice per determinare il compenso dell'avvocato nella liquidazione delle spese a seguito di un processo o dalle parti in mancanza di accordo scritto o dalle parti in caso di mancata determinazione consensuale.

Il parere, predisposto dalla commissione parametri coordinata dal Consigliere Aldo Morlino, è stato positivo con alcune osservazioni volte a migliorare lo schema ministeriale sotto il profilo della maggiore chiarezza, semplicità e trasparenza.

Il Ministro Guardasigilli 10 marzo 2014 ha emanato il Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione di avvocato, dando tempestiva attuazione alla nuova legge forense del 31 dicembre 2012. Le modifiche hanno riguardato essenzialmente l'armonizzazione al decreto ministeriale n. 140 del 2012, che riguarda i compensi di tutti gli altri professionisti. Il Decreto ministeriale è stato pubblicato nella G.U. del 2 aprile 2014 ed i nuovi parametri sono entrati in vigore il 3

aprile 2014 (17).

Il Decreto ha accolto due delle principali richieste del CNF: 1) le spese generali sono tornate alla misura fissa del 15% (art. 2); 2) è scomparsa la norma che riduceva ulteriormente il compenso dei difensori nel patrocinio a spese dello Stato (art. 12, comma 2).

La richiesta del Consiglio Nazionale Forense di eliminare la riduzione dei compensi per inammissibilità della domanda, non è stata accolta ma i casi di riduzione sono limitati alla presenza di gravi ed eccezionali ragioni espressamente indicate nella motivazione (art. 4, comma 9): *“Nel caso di responsabilità processuale ai sensi dell'articolo 96 del codice di procedura civile, ovvero, comunque, nei casi d'inammissibilità o improponibilità o improcedibilità della domanda, il compenso dovuto all'avvocato del soccombente è ridotto, di regola ove concorrono gravi ed eccezionali ragioni esplicitamente indicate nella motivazione, del 50 per cento rispetto a quello altrimenti liquidabile”*.

10. Possibilità di pattuire il compenso a percentuale e divieto di pattuire come compenso una quota del bene oggetto della prestazione o della ragione litigiosa.

Il canone 1 dell'art. 25 del Codice deontologico forense ed il comma 3 dell'art. 13 della Legge 247/2012 contemplano, come detto all'inizio, la possibilità di pattuire il compenso - per iscritto ex art. 2233, comma 3 c.c.- anche *“a percentuale sul valore dell'affare, o a percentuale su quanto si prevede possa giovare il destinatario della prestazione, non soltanto a livello strettamente patrimoniale”*.

Al canone 2 dell'art. 25 del Codice deontologico forense ed al comma 4 dell'art. 13 della Legge 247/2012 si è fatto divieto all'avvocato di pattuire come compenso una quota del bene oggetto della prestazione o della ragione litigiosa: *“Sono vietati i patti con i quali l'avvocato percepisca come compenso in tutto o in parte una quota del bene oggetto della prestazione o della ragione litigiosa”*.

Ci si domanda quale differenza corra tra la possibilità di pattuire il compenso a percentuale sul valore dell'affare o a percentuale di quanto si prevede possa giovare il destinatario della prestazione ed il divieto di pattuire come compenso una quota del bene oggetto della prestazione o della ragione litigiosa e se quest'ultima ipotesi rappresenti la reintroduzione del c.d. divieto del patto di quota lite.

Che il patto di quota lite sia stato reintrodotta nell'ordinamento si evince da tre ordini di considerazioni: la prima che l'ufficio Studi del Consiglio Nazionale Forense all'indomani dell'entrata in vigore della Legge 247/2012 di riforma dell'ordinamento forense, in un commento a margine, così scriveva: *“I patti di quota lite sono vietati da subito. Il divieto non opera per i rapporti esauriti, mentre per quelli in corso d'effetto è opportuno una configurazione del patto in conformità alle nuove disposizioni”* (18); la seconda che anche confrontando la nuova disposizione con il vecchio art. 45 del Codice deontologico “ante Bersani” il contenuto della norma è pressoché identico (19); la terza che al canone 3 dell'art. 25 è prevista la sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio dall'attività professionale da 2 a 6 mesi per chi non rispetta il divieto di cui al canone 2.

In verità quello che nel Codice deontologico “ante Bersani” mancava, era la possibilità di pattuire il compenso anche *“a percentuale sul valore dell'affare, o a percentuale su quanto si prevede possa giovare il destinatario della prestazione, non soltanto a livello strettamente patrimoniale”*, a differenza di quanto oggi prevede il canone 2 dell'art. 25 del nuovo Codice deontologico forense.

Allora, in definitiva, che cosa è vietato e che cosa è consentito? Secondo Perfetti (20) la pattuizione del compenso a percentuale sul valore dei beni o degli interessi litigiosi può essere rapportata al valore ma non al risultato ottenuto e questo per evitare ogni commistione di interessi tra avvocato e cliente legata agli esiti della lite (21).

Personalmente ritengo che la differenza tra la vecchia concezione del patto di quota lite e l'ultima versione contenuta al canone 2 del codice deontologico possa concretizzarsi in questo:

È fatto divieto all'avvocato di trattarsi direttamente una percentuale della quota del bene oggetto della prestazione o della ragione litigiosa.

È consentito all'avvocato pattuire compensi parametrati (cioè proporzionati) al raggiungimento degli obiettivi conseguiti o di aumentare i compensi in funzione del buon esito della lite.

Questo potrebbe portare anche alla conseguenza di ritenere che il divieto del patto di quota lite ed il "nuovo" divieto di pattuire un compenso avente ad oggetto una quota del bene oggetto della prestazione o della ragione litigiosa siano cose differenti.

Dal combinato disposto dei commi 3 e canone 1 e comma 4 e canone 2, rispettivamente dell'art. 13 della Legge 247/12 e dell'art. 25 del Codice deontologico forense si evincerebbe l'esistenza di due differenti tipi di patto di quota lite lato sensu intesi: l'uno pienamente lecito, con il quale si stabilisce un compenso correlato al risultato pratico dell'attività svolta e, comunque, in ragione di una percentuale sul valore dell'affare o su quanto si prevede possa giovare; l'altro nullo allorché risulti, in via diretta o anche traversa, che il professionista ha raggiunto un accordo con il cliente per farsi cedere di una quota del credito o della *res litigiosa*.

Note:

- (1) Sul punto si veda il recentissimo scritto di U. Perfetti, in *Questa rivista*, nn. 3-4/2013, pagg. 647 e segg.
- (2) Sul punto si veda U. Perfetti, op. ult. cit., pag. 661 e segg.
- (3) Cfr. sul punto: U. Perfetti, *Mandato, onorari, oneri fiscali. Onorari e tariffe dopo la legge 248/2006. Parte prima: aspetti civilistici e deontologici*, intervento al XXVIII Congresso Nazionale Forense, II sessione, Roma 21-24 settembre 2006.
- (4) Si veda in tal senso la Relazione C.N.F. sulle modifiche apportate al Codice deontologico forense in applicazione al D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni dalla Legge 4 agosto 2006, n. 248.
- (5) Mario Monti, Commissario europeo per la Concorrenza "Il consumatore, operatore e beneficiario della politica comunitaria di concorrenza", Giornata della Concorrenza, Roma, 9 dicembre 2003: "Noi, autorità di concorrenza, ci siamo chiesti cosa potesse essere fatto per ammodernare le regole tradizionali (...). La Commissione ha esaminato dettagliatamente ogni aspetto della questione - con particolare riferimento alle professioni di avvocato, notaio, commercialista, ingegnere, architetto e farmacista (...) E' nelle mie intenzioni presentare un rapporto che spieghi la razionalità economica di un cambiamento delle

regole e delle regolamentazioni che hanno un impatto sulle professioni liberali. E' possibile che il rapporto si spinga fino a suggerire azioni da intraprendere a livello degli Stati membri o delle stesse professioni in merito a regole o a regolamentazioni specifiche. (...). La Commissione riconosce certamente che le libere professioni forniscono un bene pubblico e, pertanto, una certa regolamentazione è necessaria. (...) Tuttavia, vorrei indicare che la protezione dei consumatori e la massimizzazione del benessere degli utenti e della società non sono necessariamente garantiti dalle attuali regole. (...) Siano dunque benvenuti rigorosi criteri di ammissione, la formazione professionale continua, i codici deontologici destinati a mantenere standard etici. Non si giustificano, invece, i prezzi pre-stabiliti (o fissi) o l'impossibilità per il consumatore di accedere all'informazione. (...) Ritengo che, in un quadro che permetta il mantenimento di elevati standard d'integrità, i liberi professionisti dovrebbero competere liberamente sul mercato come in qualsiasi altro settore tanto in termini di qualità che di prezzo".

(6) Legge 14 settembre 2011, n. 148 c.d. "manovra bis salva Italia" pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 16 settembre 2011.

(7) Comma così modificato dall'art. 10, comma 1, legge n. 183 del 2011, poi dall'art. 9, comma 7, legge n. 27 del 2012.

(8) Comma introdotto dall'art. 10, comma 2, legge n. 183 del 2011, come modificato dall'art. 33, comma 1, legge n. 214 del 2011.

(9) Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 71, suppl. ord. n. 53, del 24 marzo 2012.

(10) U. Perfetti, *Patrocinio dell'avvocato*, in *Enciclopedia italiana Treccani*, 2013, pag. 515.

(11) Cass., ord. 29 dicembre 2011, n. 29837, in CED Cass., rv. 620796; U. Perfetti, *Patrocinio dell'avvocato*, op. cit., pag. 515

(12) Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 189 del 14 agosto 2012.

(13) Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 195 del 22 agosto 2012.

(14) Reperibili nel sito www.cassazione.net.

(15) Corte costituzionale, ord. 7 novembre 2013, n. 261, in *Questa rivista*, nn. 3-4/2013, pagg. 915 e segg.

(16) Le regole in materia di pattuizione dei compensi e conferimento dell'incarico operano da subito così Ufficio Studi C.N.F., in una nota di accompagnamento alla Legge 247/2012.

(17) Nella Gazzetta Ufficiale n. 77 del 2 Aprile 2014, è stato pubblicato il Decreto Ministeriale n. 55/2014 recante i nuovi parametri forensi, in attuazione della legge di riforma dell'ordinamento professionale.

(18) Sul punto si veda il recentissimo scritto di U. Perfetti, in *Questa rivista*, nn. 3-4/2013, pag. 661.

(19) Vecchia formulazione (ante c.d. decreto Bersani) dell'art. 45 del Codice deontologico: "E' vietata la pattuizione diretta ad ottenere, a titolo di corrispettivo della prestazione professionale, una percentuale del bene controverso ovvero una percentuale rapportata al valore della lite". Vecchia formulazione (ante c.d. decreto Bersani) dell'art. 2233, comma 2, c.c.: "Gli avvocati, i procuratori ed i patrocinatori non possono, neppure per interposta persona, stipulare con i loro clienti alcun patto relativo ai beni che formano oggetto delle controversie affidate al loro patrocinio, sotto pena di nullità e dei danni". Sul punto si veda anche R. Danovi, *Compenso professionale e patto di quota lite*, Milano, 2009.

(20) Perfetti, in *Questa rivista*, nn. 3-4/2013, pagg. 659, 660.

(21) Cfr. sul punto: G. Alpa, *Il ruolo del difensore tra normativa interna e sovranazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 65

Brevi cenni sui sistemi alternativi di composizione dei conflitti: l'arbitrato e la conciliazione

Carlo Alberto Calcagno

Avvocato, Foro di Genova

Ad analizzare con attenzione (1) perlomeno quello che è il nostro viatico (2) tra quei sistemi di composizione dei conflitti che noi oggi chiamiamo alternativi, riscontriamo che sono stati percepiti, perlomeno sino alla fine dell'Ottocento (3), come complementari al processo e senz'altro coesistenti nell'Ordinamento (4).

L'arbitrato nei secoli è stato addirittura il salvatore delle tradizioni giuridiche ebraiche e romane (ed oggi del processo italiano?). In epoca longobarda l'editto di Rotari configurava un foro facoltativo per i Latini che dunque si rivolgevano ai tribunali arbitrali romani. Lo stesso possiamo dire dei tribunali rabbinici in epoca romana: senza la loro presenza il diritto ebraico sarebbe sparito in quanto con Giustiniano (429 d.C.) venne abolita anche la giurisdizione ebraica in materia religiosa.

L'arbitrato è polivalente tanto che nel Medioevo è stato utilizzato anche per operazioni non necessariamente compositive dei conflitti, come la determinazione dei confini degli immobili pubblici (5), ovvero delle pubbliche vie (6), o ancora per stabilire il regime delle acque (7) o infine quando si trattasse di fare una stima dei beni pubblici (8).

Per alcuni secoli in arbitrato sono transitate obbligatoriamente le questioni e controversie familiari (9) e sino alla metà dell'Ottocento anche l'ambito societario era per lo più oggetto di arbitrato forzoso.

Il conciliatore del Regno delle Due Sicilie teneva di norma due registri: uno per le conciliazioni e i compromessi che redigeva egli stesso e l'altro per i giudizi (10).

Unitamente al conciliatore del 1865 poteva inoltre, al pari di qualsiasi cittadino, svolgere la funzione arbitrale che peraltro rivestivano abitualmente ed inappellabilmente per le questioni di modica entità.

Prima di loro ad Atene nel periodo classico alcuni giudici, i Dieteti pubblici, svolgevano funzioni sia di arbitrato, sia di conciliazione obbligatoria: si trattava di figure analoghe ai nostri giudici di pace.

Emerge inoltre sin dalle origini il fatto che il giudizio fosse comunque visto come un'estrema *ratio*.

Gli Ateniesi dell'età classica (11) non gradivano in generale che si litigasse senza fondati motivi: così veniva imposto il versamento di una cauzione che andava persa se la lite era immotivata e pure di una multa di 1000 dramme che veniva elevata a chi abbandonasse un pubblico processo o non ricevesse in esso almeno un quinto dei voti favorevoli (12). Le XII tavole dopo avere sancito tra i litiganti la validità dell'"accordo per via", precisavano che solo nel caso in cui esso non si fosse raggiunto, ambedue le parti potevano comparire nel foro o nel comizio (13) per perorare la loro causa, ed il *praetor* conosceva della causa prima di mezzogiorno (14).

Ciò riposava sulla considerazione che conciliare i propri interessi appare meno costoso che accertare chi abbia ragione; e accertare la ragione od il torto è più conveniente che stabilire chi sia il più forte.

I popoli antichi ne erano ben consci. Se ne accorsero anche i cosiddetti barbari ed in particolare i Longobardi che peraltro estesero la loro legislazione a buona parte dell'Europa.

Dopo secoli nei quali si diedero, come peraltro i Greci sino alla legislazione di Dracone, come regola prevalente la faida, ossia la vendetta, decisero di introdurre per legge (15) la prova di Dio e quindi un sistema processuale molto energico per stabilire il torto e la ragione, ma pure l'accomodamento pecuniario (*pacificatio faidae*) che peraltro consentiva all'erario di avere certe entrate e quindi coniugava l'interesse del singolo ad essere risarcito con quello della Corona (16).

Se ne rese perfettamente conto anche Carlo Magno che non si può dire non avesse un forte senso della giustizia. Lo possiamo ad esempio ricavare da un decreto che emise nell'811: "Se i Conti non fecero giustizia nell'ambito del loro ministero, allora un nostro Misso abbia cura della causa per conto nostro, sino a quando non sia stata fatta giustizia. E se un Vassallo nostro non fece giustizia, allora i Conti, e il nostro Misso siedano nella stessa casa, a loro spese, e rendano giustizia a tutti" (II. 52.2.) (17).

Tuttavia l'imperatore sentì la necessità in primo luogo di controllare personalmente coloro che non accettavano una composizione bonaria o che si rifiutavano di pagarne il prezzo: "Se qualcuno non volle accettare il prezzo della faida (18), sia trasmesso a noi, e noi lo indirizzeremo, di modo che sia fatto il minimo danno. Allo stesso modo se qualcuno non volle pagare il prezzo della faida, né quindi fare giustizia, allora che sia trasmesso a noi, e noi lo manderemo in un certo luogo, in modo che il danno non cresca" (I. 37.1) (19).

Arbitrato e conciliazione possiedono radici antichissime (20). Già Omero sottolineava principi che pur dettati per l'arbitrato influiranno anche sulla conciliazione moderna (21): gli Argivi, infatti, accettavano la decisione solo in quanto proveniente da persona a cui avessero conferito il potere di prenderla ed osservavano le regole soltanto qualora ciò fosse frutto di una libera scelta (22): avevano dunque ben chiaro il concetto di consenso e di volontarietà.

Ma ben prima del racconto omerico e possiamo aggiungere, dello stesso Cristianesimo, un popolo assai fiero e bellicoso, gli Illiri (23), eredi sul punto dei Sumeri, ci regalavano una massima generale da cui conseguiva necessariamente il rispetto della volontarietà e del consenso: "Tutti gli uomini sono uguali".

Se tutti gli uomini sono uguali non è concesso ad un uomo giudicare un suo simile a meno che questi non lo voglia; e se manca il consenso al giudizio l'unica strada percorribile è quella di coltivare i rapporti individuali tra i litiganti concedendo un "tempo di fiducia" (*Besa*) per trattare con l'aiuto di un terzo che può fare una proposta di composizione.

In base a questo ragionamento nasce l'arbitrato con una formula che in seguito si rivelerà in contrasto con uno Stato che vorrebbe imporre un sistema giurisdizionale (24), così prende forma altresì la conciliazione moderna che per secoli servirà ad evitare la vendetta di sangue e dunque che abbracciava (25) in sostanza l'ambito penalistico.

Platone ne *Le Leggi* ci parla di giudici scelti dalle parti che è meglio definire arbitri e che costituiscono il grado inferiore dei primi giudici, i quali a loro volta hanno come corte di riforma il Senato.

Ma sono presenti al filosofo anche gli strumenti di negoziato: nel dialogo I de *Le leggi* si interroga sul quesito se sia più avveduto un legislatore che si preoccupi di mantenere la pace esterna, ovvero quello che desideri la conservazione di quella interna. E fa pronunciare ad un suo personaggio detto "Anonimo Ateniese" (26) queste parole:

"Ma non dovremmo forse preferire un terzo tipo di giudice, uno che, raccolta una famiglia divisa, non mettesse a morte nessuno ma ne riconciliasse i membri e per il futuro desse loro delle leggi per assicurare una piena concordia reciproca? (27)"

Nel dialogo XI il grande filosofo così si esprime ancora in me-

rito alle questioni di possesso e di affrancamento dello schiavo: *“I processi per questi fatti siano di competenza dei tribunali e delle tribù, a meno che le parti non pongano fine alle imputazioni reciproche presso dei vicini o dei giudici da loro scelti”*.

Arbitrato e conciliazione erano vissuti in altre parole come istituti preventivi e la distinzione tra loro risiedeva più che altro nella persona del compositore.

Ed era usuale, come riferisce Platone, che prima di un appoggio contenzioso si tentasse la conciliazione o l'arbitrato mediante l'ausilio dei prossimi congiunti o magari dei vicini: e ciò principalmente perché la sentenza in unico grado era senza appello e inoltre in Grecia non esistevano diritti cui corrispondessero azioni, ma qualità personali (cittadino, meteco, schiavo, straniero ecc.) che consentivano o meno determinati passi processuali.

Mentre in Albania e Kosovo per millenni si fa piena opposizione a tutti i sistemi politici, culturali, religiosi e appunto alla giurisdizione statale, negli altri luoghi quest'ultima si afferma in quanto riesce a uniformare le proprie regole a quelle dei mezzi di risoluzione che trovavano ampio spazio presso le prime cellule della comunità, la fratria (in Grecia), la gens (a Roma), la famiglia ecc.; quel che si vuole intendere è che se c'è un giudice che decide è perché c'è stato un arbitro in precedenza che ha reso una decisione.

Le stesse XII Tavole non sono altro che un'embrionale codificazione dei costumi greci e romani (*mos maiorum*) e in esse ci si affida sì al processo del *praetor*, ma esclusivamente nel caso in cui la conciliazione non abbia luogo e soprattutto un posto di primo piano è riservato all'arbitrato delegato che da ultimo prima il CNF e poi il nostro Ministero della Giustizia stanno cercando di rilanciare.

Si pensi al ruolo insostituibile che aveva l'arbitro nel reato di furto (Tavola II)(28) o a quello nel caso di regolamento di confine (29) o di danno da acqua piovana tra vicini (Tavola VIII) (30), oppure ancora alle questioni dei beni contesi (Tavola XII) (31).

Ancora nella legislazione sabauda (1770), fondamentale per la nostra materia, è ben vivo l'eco del precetto della Tavola VIII romana in tema di regolamento di confine *“Decideranno parimenti le querele che insorgessero tra la gente rustica sopra la variazione de' confini, o altro incommodo che si pretendesse ne' beni, e percezione dei loro frutti, chiamando ed interponendo la mediazione dei più pratici di detti confini e terre, che sieno uomini dabbene, e non sospetti; ed avuto il loro sentimento, renderanno a ciascuno il loro diritto”*.

Negli Statuti comunali del Medioevo troviamo esempi di esercizio della giurisdizione che sono codificazione di antichissimi costumi longobardi (*cadarfrede*): un caso su tutti è quello dello Statuto del Comune di Milano (1215) per cui il processo consisteva in sostanza nella celebrazione di un duello ove vittima e offensore, o i loro campioni a pagamento, risolvevano la lite a bastonate, dopo che i rispettivi avvocati avevano giurato sulla bontà delle ragioni messe in campo(32).

E per chi non avesse abbastanza denaro per duellare o fosse inabile il giudice poteva anche autorizzare l'esperienza dell'acqua fredda(33): il reo convenuto catturava un fanciullo innocente, lo legava con una fune e lo lasciava cadere nell'acqua gelata; se l'acqua lo riceveva il convenuto era assolto; se l'acqua lo rigettava veniva condannato (34).

L'attuale distinzione tra sistemi di ordine imposto e di ordine negoziato è insomma probabilmente una mera e tarda convenzione: spesso nell'antichità è risultato davvero difficile distinguere tra un sistema di composizione ed un altro e probabilmente i popoli antichi non ne sentivano nemmeno l'esigenza.

A Roma l'*arbiter* (o gli arbitri) era chiamato a giudicare dal *praetor* che si limitava ad istruire il processo: ai tempi di Cicerone tuttavia non si riusciva a distinguere con esattezza lo *iudex* dall'*arbiter* (35).

E ciò anche perché le questioni bagatellari venivano affidate allo *iudex*, mentre all'*arbiter* si assegnavano le questioni più complesse non solo dal lato tecnico, ma anche da quello giuridico. Il *praetor* aveva poi il duplice ruolo di giudicare con equità e conciliare i litiganti, quando non ci riuscissero privatamente e ciò faceva nel foro e pure nelle dimore private (36).

In epoca giustiniana la differenza tra arbitrato e conciliazione non riposava sulla natura decisoria del secondo, ma semplicemente sul fatto che l'*arbiter* si obbligava a decidere, mentre il conciliatore al contrario non assumeva alcun impegno.

Forse tale modo di vedere si diffuse e si mantenne nei secoli perché la conciliazione ha avuto per molto tempo connotazioni marcatamente valutative e solo dagli anni '70 dello scorso secolo è entrato in gioco anche il modello facilitativo (37); il dato storico impone comunque una riflessione: se sia o meno opportuno rilanciare una tradizione millenaria di conciliazione (attualmente quella del 322 c.p.c. (38)).

Per la prima volta sentiamo parlare di Giudici civili sotto Federico II: essi tuttavia non erano dei magistrati “togati”, ma semplici laureati in giurisprudenza a cui le parti affidavano volontariamente le conciliazioni delle loro controversie; e pronunciavano sentenza (39) solo in caso di mancato accordo delle parti; diremmo noi moderni che tale sistema può considerarsi un antenato del *med-arb* così diffuso nei paesi anglosassoni.

Ricordo ancora e per inciso che proprio con Federico II di Svevia si è formato anche il concetto moderno di accesso alla giustizia che almeno nel secolo attuale si è decisamente allontanato da quello originario per quanto legato alla composizione bonaria.

“A coloro che vogliono rinunciare alla lite anche con un patto, o soltanto cominciare le transazioni dopo che è stata emessa la citazione, ma prima che la lite sia contestata non neghiamo il permesso ad eccezione di qualche pena per la contumacia; invece lo neghiamo, senza il permesso espresso della Corte, dopo che è intervenuta la contestazione della lite. Se si tentasse di fare ciò in frode ai nostri diritti, (a) il terzo della parte che il frodatore paga all'attore per l'accordo transattivo, compenserà la diminuzione fiscale. (b) Al contrario se il convenuto per qualche motivo nella predetta occasione non desse all'attore alcunché o meno di quello che la Corte ha perso per la menzogna, (c) pagherà il doppio della terza parte predetta che il confessato dovrebbe dare”(40).

In sostanza per l'Imperatore svevo l'accesso alla giustizia non poteva essere ritardato dalla conciliazione quando le parti non avessero voluto sfruttare a pieno il tempo per poter trovare un accordo, prima che la causa fosse istruita. Vedeva cioè di buon occhio solo una conciliazione preventiva: questa concezione arriverà integra al Conciliatore del Regno delle Due Sicilie del primo '800 e si trova ancora oggi nei principi della Comunità Europea, per quanto quest'ultima creda anche nella mediazione delegata dal giudice(41).

Nel Medioevo perlomeno in Occidente le magistrature minori (42), hanno svolto, almeno nelle questioni di minor rilievo economico, compiti di conciliazione, arbitrato e giurisdizione; spesso potremmo dire che non avevano nemmeno una vera e propria giurisdizione, almeno nel senso moderno del termine.

Così è di sicuro per la Chiesa che ebbe però un ruolo rilevantissimo nella storia della composizione del conflitto.

Un principio cardine che ridiede nuovo slancio(43) alla pratica della conciliazione(44), fu quello che troviamo nel Van-

gelo di Luca: “Quando vai con il tuo avversario davanti al magistrato, lungo la strada cerca di trovare un accordo con lui, per evitare che ti trascini davanti al giudice e il giudice ti consegna all'esattore dei debiti e costui ti getti in prigione. Io ti dico non uscirai di là finché non avrai pagato l'ultimo spicciolo.” (45).

Tale massima ha ben poco di religioso: non è che una attestazione della bontà del principio tavolare romano per cui alla *vocatio in ius* era opportuno che seguisse un accordo sanzionato dal pretore.

I Vescovi peraltro furono autorizzati (46) nell'era cristiana ad intromettersi negli affari civili dei fedeli quali conciliatori ed arbitri (47).

Quando Innocenzo III papa (48) istituì il processo canonico (49) scritto si preoccupò subito di disciplinare il tentativo di conciliazione (50) e la legislazione canonica si fuse col diritto comune in molti paesi (51).

Il principio più importante per la conciliazione dell'Umanesimo si fonda peraltro sul perdono che è una “novità” certamente condivisa dalla Chiesa, ma che assurge come possibile base nella composizione del conflitto, a livello politico, durante il conflitto tra gli Albanesi e gli Ottomani (1444). In sostanza si afferma la possibilità per l'offeso di scegliere tra la vendetta ed il perdono (52).

Di qui in poi della disciplina albanese di composizione dei conflitti si innamorano molti studiosi ed uno in particolare, Christian Wolff, tratterà con essa i principi che oggi consideriamo ovvi in merito agli attuali metodi alternativi.

Secondo questo grande “logico” (53) dell'Età dei Lumi l'amichevole composizione, la transazione, la mediazione e l'arbitrato sono gli strumenti utilizzati per comporre le controversie giuridiche nello stato naturale (54). Ricordo solo qualche affermazione elaborata da questo filosofo in merito alla mediazione per farne intendere l'importanza.

“Il mediatore è colui che presta la sua opera nella composizione di una controversia tra altri, quando nella composizione il diritto si è arenato; ma l'atto la cui composizione si perfeziona tramite un terzo o di cui si tenta la composizione tramite un terzo si definisce Mediazione” (55).

“Chiunque lo desidera può offrirsi come mediatore: ma ciò non dipende dalla volontà di una sola parte, ma dalla volontà di tutte” (56).

“Il mediatore deve pesare le argomentazioni di entrambe le parti” (57).

“Il mediatore deve prestare attenzione a tutto e non astrarsi dalla discussione” (58).

Il mediatore imparziale deve stare lontano dall'affezionarsi ad una parte (59).

Una svolta per l'arbitrato moderno avviene, sempre nel XVII secolo, in Francia.

Nel 1673 con l'*Ordonnance sur le commerce* (60) Luigi XIV istituì l'arbitrato obbligatorio in materia di società: le sentenze degli arbitri erano però sempre appellabili (61).

La norma luigina costituì il modello per il Codice commerciale francese del 1807, e dunque per l'arbitrato attuale.

Si prevedeva in particolare per il caso di morte o di lunga assenza di uno degli arbitri che gli associati ne nominassero un altro e che in caso di rifiuto vi provvedesse il giudice (62). Se gli arbitri fossero stati divisi nei pareri potevano nominare altri arbitri senza dover ottenere il consenso delle parti; e se essi non si accordavano ne venivano nominati altri dal giudice (63).

All'inizio del XIX secolo in Francia si conoscevano diverse figure di compositori: in particolare qui citiamo gli arbitri d'obbligo e gli arbitri conciliatori.

Gli arbitri d'obbligo venivano nominati dal tribunale di commercio per occuparsi delle vicende societarie che andavano in arbitrato obbligatorio.

Il giudice del commercio poi rimetteva davanti agli arbitri

conciliatori le parti per l'esame dei conti: essi avevano l'obbligo di sentire le parti e conciliarle, qualora fosse stato possibile, e dare in caso diverso il loro parere; questi arbitri peraltro non giudicavano, ma esprimevano solo un parere.

Nella Roma antica gli arbitri che svolgevano questo ruolo di mediatori e pacificatori erano detti *sequestri*.

Essi ricevevano dal pretore alcune controversie “per le molte differenze ed i rapporti assai intralciati” nelle quali assumevano appunto funzione di mediatori e di pacificatori (64).

In tal caso il Digesto ci dice che non si provvedeva a redigere il compromesso (65).

Sulla scorta dell'art 421 del Codice di procedura civile francese del 1806, il Codice commerciale etneo del 1819 prevedeva identica disciplina per l'esame dei conti.

Lo schema è dunque simile a quello più sopra visto della composizione sabauda del 1770 delle vertenze tra genti rustiche.

Gli arbitri conciliatori dovevano dare conto del loro tentativo che se infruttuoso diveniva un atto d'istruttoria; solo in caso di insuccesso passavano poi a fare il loro lavoro di periti.

In particolare gli arbitri nominati per discutere un conto, dovevano riferire nel loro elaborato circa le dispute che avevano avuto luogo fra le parti su tale conto onde il tribunale fosse istruito a sufficienza: il principio comportava quindi un *vulnus* al principio di riservatezza.

Di qui l'istituto è passato prima nel Codice di procedura civile sardo, poi nell'art. 402 dal Codice del 1865 e, venendo a tempi più recenti, si ritrova negli articoli 198-200 del nostro Codice di procedura civile, anche se in quest'ultimo non si fa riferimento all'incarico di arbitri, ma alla figura del consulente e vi sono particolari cautele a tutela della riservatezza. Tramite questa vicenda abbiamo una ulteriore conferma che i compositori sono sempre stati duttili quanto a funzioni. Con riferimento alla conciliazione registriamo ancora che in tutta Europa molte legislazioni la considerarono condizione di procedibilità nel XVIII e XIX secolo (66); in epoca napoleonica essa cambia però significato nei domini francesi, nel senso che essa avveniva tra procuratori costituiti a seguito dello spiegamento delle difese (67) e dunque aveva più l'aspetto dell'attuale conciliazione giudiziale (si tratta però del primo ed unico caso di assistenza obbligatoria dell'avvocato prevista per uno strumento di negoziato prima del decreto del fare del 2013).

In seguito, nel 1865, assume in Italia a dignità la conciliazione preventiva grazie al Codice di rito, ma le relazioni perigliose con il Fisco e con il ceto dei notai divengono ostacoli insuperabili.

Per concludere la conciliazione ebbe un secolare ruolo nell'ambito della materia del lavoro: l'organo deputato da sempre fu il *Conseil des Prud'hommes* (68) istituito durante il regno di Filippo il Bello nel lontano 1285; l'esperienza verrà ripresa anche in Italia nel 1895 con i *Probi viri*, ma il regime fascista li abrogò nel 1928 dopo che fecero comunque in tempo a stabilire le basi dei contrattazione collettiva che ancora ci regge.

Col regime fascista di fatto l'istituto conciliativo diviene solo un mezzo di controllo ad appannaggio del sistema corporativo e poi nell'epoca successiva investe nuovamente il mondo del lavoro sino alla nota abrogazione della obbligatorietà intervenuta nel 2010 (69).

Note:

(1) L'articolo trae spunto del volume di C. A. Calcagno, *Breve storia della risoluzione del conflitto I sistemi di composizione dall'origine al XXI secolo*, Aracne Editrice S.r.l., Roma, 2014. ISBN 978-88-548

(2) Ovvero quello di matrice greco-romana.

(3) Ciò può valere anche per i provvedimenti del XX secolo che spesso combinano arbitrato e conciliazione; e anche quando si sostituisce alla tutela giudiziaria quella arbitrale, si lascia sempre spazio per l'accordo delle parti.

(4) E tanto più questo accade ed accadrà in futuro in un mondo ove si assiste ad un progressivo avvicinamento delle culture giuridiche. V.F. Cuomo Ulloa, *La Conciliazione, Modelli di composizione dei conflitti*, Cedam, Padova, 2008, p. 27.

(5) «Item. Statuimo che el rectore debba far chiamare tre buoni massari di detto Comune, e' quali debbiano terminare tutta la terra del Comune; e terminata, neuno debbia laborare in termini; e chi contra facesse, sia punito per ciascuna volta in X soldi di denari» § LXXXIII Statuto Montagutolo. Cfr. F.L. Polidori, *Statuti senesi scritti in volgare nei secoli XII e XIII*, Gaetano Romagnoli, Bologna, 1863, p. 25.

(6) «Item, statuimo et ordiniamo ch'el signore e'l camerlengo sieno tenuti a fare chiamare al loro consello tre buoni omni e leali di Montagutolo, e' quali facciano acconciare e fare fare tutte le vie che sono utili per li uomi e per le femmine e per le bestie di Montagutolo... E che e' buoni uomini che sono aletti dal consello, debbiano giurare e fare saramento nuovo; el quale saramento lo' sia contiato di farle fae bene e lealmente...» § CXIIX Statuto Montagutolo. Cfr. F.L. Polidori, *Statuti senesi scritti in volgare nei secoli XII e XIII*, Gaetano Romagnoli, Bologna, 1863, p. 33-34.

(7) «Item, statuimo et ordiniamo che e' detti tre omni e' quali saranno aletti per fare acconciare le vie, sieno tenuti e debbiano tutte l'acque le quali corrono per le vie del Comune, ...» § CXXXI Statuto Montagutolo. Cfr. F.L. Polidori, *Statuti senesi scritti in volgare nei secoli XII e XIII*, Gaetano Romagnoli, Bologna, 1863, p. 34.

(8) «Item, statuimo et ordiniamo ch'el camerlengo e'l consello debbiano eleggere quattro buoni omni, due de la villa e due del castello, e' quali debbiano fare, col camerlengo e col consello, e' beni del Comune» § CLX Statuto Montagutolo. Cfr. F.L. Polidori, *Statuti senesi scritti in volgare nei secoli XII e XIII*, Gaetano Romagnoli, Bologna, 1863, p. 46.

(9) Con l'istituzione dei tribunali di famiglia.

(10) Il codice etneo stabiliva con riferimento alla conciliazione in corso di causa «che lo sperimento delle conciliazioni, come atti volontari, non può comunque impedire il corso de' giudizi» (Art. 6 Codice per lo Regno delle Due Sicilie, 26 marzo 1819).

(11) Il funzionamento della giustizia ci è noto solo per quanto riguarda Atene. Per le altre città greche abbiamo informazioni scarse ed insufficienti.

(12) Cfr. R. Flaceliere, *La Grecia al tempo di Pericle*, Rizzoli, 1983. *La Grecia al tempo di Pericle*, op. cit., p. 279.

(13) Si fa riferimento a quelle parti del foro che erano destinate all'attività contenziosa. Il pretore poteva invece esercitare la giurisdizione volontaria in qualunque luogo.

(14) «Ni ita pacunt; in comitio aut in foro, ante meridiem, causam conscito: quum paerorant ambo praesentes».

(15) Si fa qui riferimento all'Editto di Rotari (643 d.C.).

(16) Si pagava il guidrigildo all'offeso ed il *fredus* al re.

(17) 21. «Si Comes in Suo ministerio justitiam non fecerit, tunc Missus noster de hac causa sonare faciat, usque dum justitiae ibidem factae fuerint. Et si Vassus noster justitiam non fecerit, tunc Comes, & Missus noster in ipsa causa sedeant, & de Suo vivant, quousque justitiam faciant». II.52.2. Cfr. G.L. Von Muro, *Geschichte Des Altgermanischen und Namentlich Altbairischen Oeffentlich-muendlichen Gerichtsverfahrens: Dessen Vortheile, Nachteile und*

Untergang in Deutschland Ueberhaupt und in Baiern Insbesondere, JCB Mohr, Heidelberg, 1824, p. 12, nota 26.

(18) All'epoca la faida, ossia la vendetta, poteva essere bloccata attraverso il pagamento di una somma di denaro. Ciò era tipico di tutti i popoli germanici.

(19) 23. XCII «Si quis pro faida pretium recipere non vult, tunc ad nos transmittatur ut nos ipsam dirigamus ubi damnum neminem facere possit. Simili modo qui pro faida pretium soluere non vult, et iustitiam exinde facere, in tale locum illum mittere volumus, ut pro eodem maius damnum non crescat».

https://archive.org/stream/capitularieregum02bore/capitularieregum02bore_djvu.txt.

(20) Nel mondo orientale sono ancora più risalenti. In Cina il primo caso di mediazione che i libri storici ricordino risale a circa 4000 anni prima di Cristo.

Si narra che il re Sheun riuscì a conciliare i membri di alcune comunità del suo regno che erano in contesa tra di loro per la proprietà di fondi e per la vendita di una partita di ceramiche.

(21) Nell'Odissea (Canto VII, v. 70-75) Omero ci rappresenta inoltre la regina Arete, moglie di Alcino, come una nobile di mente e di animo che appiana i contrasti tra coloro che ama.

(22) E. Cantarella, *Diritto greco*, Cuem, Milano, 1994, p. 175.

(23) Essi si stanziarono nel territorio dei monti albanesi due millenni prima di Cristo, ma fondarono un regno solo nel III secolo.

(24) In Kosovo ed Albania ancora oggi si mantiene questa mentalità, nonostante il Kanun che disciplina arbitrato e conciliazione non sia formalmente più legge dello stato da almeno 80 anni. Cfr. C.A. Calcagno, *Il Kosovo e i sistemi di risoluzione delle dispute*, in <http://mediarensenzaconfini.org/2014/03/14/il-kosovo-e-i-sistemi-di-risoluzione-delle-dispute/>

(25) Anche in Grecia originariamente.

(26) Ossia il personaggio che nel dialogo impersona la posizione del grande filosofo.

(27) *Leggi*, 628. Platone, *Le Leggi*, trad. di Franco Ferrari e Silvia Poli, Bur, Milano, 2007, p. 91.

(28) Nella Tavola II dedicata ai giudizi e alla disciplina del furto si afferma che dovrà differirsi la causa in presenza di grave malattia o di assenza per ragioni pubbliche del giudice o dell'arbitro o del reo, oppure nel caso di controversia che veda coinvolto uno straniero (Capo II, 1. «...extra quam si morbus soticus, votum absentia reipublica ergo, aut status dies cum hoste intercedat: si quid horum fuat unum iudici arbitro-ve, reo-ve; eo die diffensus esto.»).

(29) La Tavola VIII stabilisce che se nasce controversia tra i confinanti, il pretore eleggerà tre arbitri per regolarli: la controversia sui confini aveva il nome speciale di *jurgum* e questi arbitri erano detti *agrimensori*. (Capo III, 2. «Si jurgant adfines finibus regundis praetor arbitros tris addicito»).

(30) La Tavola VIII statuisce che se a causa di un lavoro eseguito da un vicino l'acqua piovana danneggia un altro, quest'ultimo può esercitare l'azione di *acquae arcendae*; in tal caso il pretore concede tre arbitri, e si presta cauzione all'attore per i danni che questi tema possano avvenire nel fondo (Capo VII, 1. «Si aqua pluvia manu nocet, praetor arcendae, arbitros tris addicito, noxaeque domino cavetor»).

(31) La Tavola XII enuncia che se qualcuno abbia ottenuto ingiustamente l'assegnazione provvisoria di bene conteso, in attesa della decisione della lite, il pretore nomina tre arbitri e in base al loro giudizio condanna il mentitore a risarcire il danno pagando il doppio dei frutti (Capo III, 1 «Si vindiciam falsam tulit, rei sive stilitis, praetor arbitros treis dato, eorum arbitrii, fructi duplione decido»).

(32) Cfr. C.A. Calcagno, *Il duello a Milano nel XII secolo ed il processo*, in <http://mediarensenzaconfini.org/2014/03/12/il-duello-a-milano-nel-xii-secolo-ed-il-processo/>

(33) Quando il convenuto per la sua povertà non potesse pagare un campione, né fosse abile a combattere in proprio, se il giudice verificava che la «sua sostanza non arrivasse a certa somma (cento soldi)», gli accordava appunto l'esperimento dell'acqua fredda.

(34) Cfr. sulla tematica del duello nel Medioevo e successivamente: G. Campiglio, *Storia di Milano*, vol. I, Rusconi, 1831, pag. 233 e ss.; G. Prisco, *Principii di filosofia del diritto sulle basi dell'etica*, Tipografia Vincenzo Manfredi, Napoli, 1872, p. 185 e ss.; F. SCLOPIS, *Storia dell'antica legislazione del Piemonte del conte Federico Sclopis*, Bocca, 1833, Torino, p. 156.

(35) Se non per la estrazione: lo *iudex* veniva dal Senato, l'*arbiter* dai Cavalieri.

(36) Si tratta della cosiddetta giurisdizione *de plano*.

(37) In relazione al modello facilitativo ricordiamo qui le opere di diversi autori: C. Argyris, D. Schon, *Apprendimento organizzativo*, Guerini e Associati, Milano, 1998; K. Lewin, *Teoria del campo delle scienze sociali*. Se-

lected Theoretical Papers. (Hardcover, 1951); J. LISS, *La comunicazione ecologica. Manuale per la gestione dei gruppi di cambiamento sociale*, La Meridiana, 1992; L. cozzolino, *Il Cervello Sociale. Neuroscienze delle relazioni umane*, Raffaello Cortina Edizioni, 2008; D. A. Kolb, *Experiential Learning: Experience as the source of learning and development*, Prentice-Hall, 1984.

(38) Un tempo quella dei primi articoli del Codice di procedura civile del 1865.

(39) Appellabile ai Governatori della città.

(40) Titulus CVII

De pactionibus inhibitis, et de volentibus a lite discedere

Sponte volentibus a lite discedere pacta etiam, vel transactiones inire post citationem emissam ante litem contestatam tantum in civili iudicio, absque ulla contumaciae poena licentiam partibus non negamus; post contestationem vero litis habitam sine licentia, et iure Curiae expressius hoc partibus inhibemus. Quod si hoc facere in fraudem iuris nostri tentaverint, (a) ejus tertiam, quod pro transactione actori exolvit conventum absque diminutione aliqua fisco nostro componet. (b) Si autem reus aliquid actori pro praedicta occasione dederit, et nihil, aut minus se dedisse in dispendium Curiae mentiat, in ejusdem infractionis poenam (c) duplum tertiae supradictae, quam confessus dare debuisset, exolvat. Quae omnia diligenter per officiales nostros inquiri volumus, ut sicut cuilibet ius suum inviolate servamus, sic in iure nostro defectum perpeti non possumus.

(41) Preoccupazione che abbiamo visto essere ben viva già dal 1770 negli stati Sardi.

(42) Difensori di città, Sculdasci, Baiuli, Consoli di giustizia ecc.

(43) Dopo il III secolo d.C.

(44) Interrottasi con Caligola. L'Imperatore vietò gli accordi tra privati perché al Fisco doveva andare il 40% delle spese processuali. Cfr. G. Sventonio Tranquillo, *Le vite dei dodici Cesari*, trad. Fra Paolo Del Rosso, Cugini Pombe Comp. Editori, Milano, 1853, p. 214-215.

(45) Luca 12, 58-59.

(46) Da rescritti imperiali di Arcadio ed Onorio.

(47) Vedi l'istituto della Udienda episcopale. Si configurava qui potenzialmente addirittura un duplice tentativo di conciliazione e il tentativo preventivo era obbligatorio.

(48) 1160-1216 E.v.

(49) Peraltro e a differenza del diritto civile il diritto canonico prevedeva che la donna potesse stare in giudizio senza il consenso del marito: un elemento di grande modernità.

(50) C. Cantù, *Appendice alla Storia Universale*, tomo VI, Pompa & C., Torino, 1839, p. 394-395.

(51) Ad esempio nel regno di Castiglia.

(52) Un proverbio albanese dice che "è più coraggioso perdonare che uccidere" ('ai që fal është më trim se ai që vret'). Cfr. M. Mustafa- A. Young, *Feud narratives: contemporary deployments of kamun in Shala Valley, northern Albania*, 2008, in

http://www.drustvo-antropologov.si/AN/PDF/2008_2/Anthropological_Notebooks_XIV_2_Mustafa.pdf

Vi è comunque anche una tradizione ellenica in proposito.

(53) Christian Wolff (1679-1754) fu ispiratore tra l'altro dei principi della Dichiarazione di indipendenza americana.

(54) "...consultum quoque esse duximus, ut gi loci sgeremus de amabili compositione, transactione, mediatione et arbitrio: hi enim sunt modi, quibus in statu naturali controversiae de jure componi possunt". Cfr. Christiani Wolfii, *Jus naturae methodo scientifica pertractatum...* Volume V, Aere Societatis Venetae, p. iv e ss.

http://books.google.it/books?id=eA925c98G44C&pg=PA312&dq=,+ne+re+infecta+a+tractatibus+discedatur&source=bl&ots=EE-LUJfrmd1&sig=VoohpwV6jSO9Pq0bkG_OEXT1-4&hl=it&sa=X&ei=hT0PU6GIE4Sg4gStu4CwBw&ved=0CC4Q6AE-wAA#v=onepage&q=%2C%20ne%20re%20infecta%20a%20tractatibus%20discedatur&f=false.

(55) *Mediator est, qui ad rem controversiam inter alios componendam operam suam consert, jure eam componendi destitutus. Actus autem, quo compositio a tertio vel perficitur, vel tentatur Mediatio vocatur.*

(56) *Mediatorem se offerre potest, quicumque voluerit: a voluntate autem partium pendet, utrum eum admittere velint, nec ne.*

(57) *Mediator trutinare debet rationes praetensionum partis utriusque*

(58) *Mediator omnem dare operam debet, ne re infecta a tractatibus discedatur*

(58) *Mediator impartialis, seu a partium studio procul remotus esse debet.*

(60) <http://partages.univ-rennes1.fr>

(61) H. L. De Prèzel, voce *Arbitrato*, in *Dizionario del cittadino, o sia ristretto storico, teorico e pratico del commercio*, Volume 1, traduzione italiana, Remondini di Venezia Editore, Bassano, 1781, p. 39.

(62) Art. 10. «*Voulons qu'en cas de décès ou de longue absence d'un des arbitres, les associés en nomment d'autres; sinon il sera pourvu par le juge pour les refusants.*»

(63) Art. 11. «*En cas que les arbitres soient partagés en opinion, ils pourront convenir de surarbitre sans le consentement des parties; et s'ils n'en conviennent, il sera nommé par le Juge.*»

(64) P. Barinetti, *Diritto romano, Parte generale*, Vallardi, Milano, 1864 p. 190-191.

(65) Lib. 4, tit. 8, Dig. Fr. 11 § 2; *Arbitrum autem cogendum non esse sententiam dicere, nisi compromissum intervenierit.*

(66) A tacere delle leggi ordinarie almeno sedici Costituzioni nel mondo hanno costituzionalizzato tra il secolo XVIII ed il XIX gli strumenti alternativi prevedendo espressamente la conciliazione obbligatoria: Regno di Napoli (1799 e 1812), Regno delle Due Sicilie (1822), Francia (1791 e 1795), Cantone di Zugo (1814), Costituzione della Repubblica Ligure (1797), Costituzione della Repubblica Cisalpina (1798), Costituzione del Cantone di Zurigo (1814), Carta Costituzionale del Regno di Polonia (1815), Costituzione del Cantone di Unterwal Il Basso (1816), Costituzione politica della monarchia spagnola (1812), Costituzione del Portogallo (1826), Costituzione politica della Repubblica del Perù (1823), Costituzione del Cile (1823 e 1833), Costituzione dell'Impero del Brasile (1824). Cfr. C.A. Calcagno, *ADR e Costituzioni nei secoli XVIII e XIX*, in

<http://mediarensenzaconfini.org/2013/02/01/adr-e-costituzioni-nei-secoli-xviii-e-xix/>

(67) E del deferimento di giuramento sui punti controversi.

(68) Attuale tribunale del lavoro in Francia: il tentativo da loro è previsto a pena di nullità rilevabile in ogni stato e grado del processo.

(69) Con la legge di riforma del lavoro (legge 4 novembre 2010, n. 183) il tentativo di conciliazione è tornato facoltativo.

La legge Fornero in riforma dell'art. 7 della l. 604/66, ha inserito, per la verità, da ultimo un'ipotesi di conciliazione obbligatoria preventiva nel caso in cui un datore voglia comunicare il licenziamento per giustificato motivo oggettivo determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa: si tratta di una conciliazione tesa a verificare se ci sono soluzioni alternative al recesso.

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Sentenze e Ordinanze

I

T.A.R. Liguria, sez. II, 20 febbraio 2014, n. 295 - Pres. Caruso - Est. Caputo - O.M. (Avv. Granara) c. Ministero dell'Interno, U.T.G. - Prefettura di Genova (Avv. Stato) e nei cfr. di G.

CONSIGLIO provinciale - scioglimento - nomina di commissario straordinario - impugnazione degli atti (di scioglimento e di nomina) davanti al giudice amministrativo - sopravvenuta declaratoria d'incostituzionalità della base legislativa degli atti oggetto di impugnativa - pendenza di ricorsi amministrativi al momento della dichiarazione d'incostituzionalità - corrispondenza tra motivi di ricorso e ragioni dell'incostituzionalità - effetto (parzialmente) retroattivo della pronuncia di incostituzionalità - fondatezza del ricorso - invalidità degli atti impugnati - annullamento (con sentenza breve).

(Art. 141, d. lgs n. 267 del 2000; art. 23, comma 20, d.l. n. 201 del 2011 (conv. nella l. n. 214 del 2011))

La declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma dispiega senz'altro effetti nei giudizi pendenti al momento della dichiarazione di incostituzionalità, nel senso della fondatezza dei ricorsi, quando vi sia corrispondenza tra il motivo di censura dedotto dal ricorrente nel giudizio amministrativo e le ragioni alla base della pronuncia di incostituzionalità. Dalla accertata fondatezza del motivo d'impugnazione consegue che gli atti impugnati sono invalidi e pertanto devono essere annullati e che l'amministrazione deve rimuovere gli effetti prodotti e rimuoverli secondo le norme vigenti. (1)

II

Consiglio di Stato, sez. III, 6 marzo 2014, n. 1000 - L. (Cons. deleg.) c. Ministero dell'Interno e c. A. e nei cfr. di F.

CONSIGLIO provinciale - scioglimento - nomina di commissario straordinario - impugnazione degli atti (di scioglimento e di nomina) - annullamento degli atti impugnati da parte del giudice amministrativo - convalida legislativa dei provvedimenti annullati - istanza di sospensione della decisione di annullamento del giudice amministrativo - accoglimento (con decreto monocratico di urgenza).

In considerazione del rilievo dell'interesse della prosecuzione ordinata dell'attività amministrativa, a seguito della convalida da parte del legislatore di atti e provvedimenti oggetto di annullamento dei giudici amministrativi, si giustifica l'accoglimento dell'istanza di decreto monocratico di urgenza e di sospensione degli effetti della sentenza appellata. (2)

III

Consiglio di Stato, sez. III, 7 aprile 2014, n. 1643 - L. (Cons. deleg.) c. Ministero dell'Interno e c. A. e nei cfr. di F.

PROCESSO amministrativo - impugnazione - mancanza di un interesse "qualificato" e "differenziato" - difetto di interesse personale - inammissibilità del ricorso.

Solo la lesione diretta ed immediata del diritto all'ufficio del consigliere comunale o provinciale può fare sorgere, quindi, la legittimatio ad agendum o l'interesse personale al ricorso al fine del ripristino della situazione sostanziale lesa, attraverso la rimozione della situazione antiggiuridica affidata all'organo giurisdizionale. (3)

I

(...Omissis...)

Il ricorrente, consigliere della Provincia di Genova, ha cumulativamente impugnato il decreto di scioglimento del Consiglio provinciale e il decreto del Prefetto di Genova di nomina del commissario straordinario.

A fondamento del gravame, ha dedotto che, una volta divenute irrevocabili le dimissioni rassegnate del Presidente della Provincia, avrebbe dovuto trovare applicazione il procedimento di commissariamento disciplinato dall'art. 141 d. lgs 18 agosto 2000 n. 267, anziché quello previsto dall'art. 23, comma 20, d.l. 6 dicembre 2001 n. 201 convertito con l. 22 dicembre 2011 n. 214.

Norma quest'ultima ritenuta dal ricorrente non solo non applicabile al caso di specie, ma affetta da dubbi di costituzionalità.

Coi motivi d'impugnazione ha dedotto la plurima e concorrente violazione dell'art. 141 d. lgs 18 agosto 2000 n. 267 e dell'art. 23, comma 20, d.l. cit.

Il Ministero, evocato in giudizio, si è costituito insistendo per la declaratoria d'improcedibilità del ricorso, atteso che, in pendenza di lite, è sopravvenuta la sentenza della Corte costituzionale 19 luglio 2013 n. 220, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 23, (oltre ad altri commi anche il) comma 20, d.l. 6 dicembre 2001 n. 201 convertito con l. 22 dicembre 2011 n. 214.

Alla pubblica udienza dell'11.12.2013 la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta in decisione.

Il ricorso è fondato.

In uno dei motivi d'impugnazione il ricorrente ha dedotto l'illegittimità dei provvedimenti impugnati sul rilievo della dubbia costituzionalità dell'art. 23, comma 20, d.l. cit., precisando che la norma, al momento della notifica del gravame, era già all'esame della Corte costituzionale.

Sicché la sopravvenuta declaratoria d'incostituzionalità della norma, scaturente dalla sentenza (Corte cost. n. 220 del 2013), in forza dell'effetto (parzialmente) retroattivo della pronuncia e della teorica dei "rapporti non esauriti" di cui al combinato disposto di cui agli artt. 136 cost. e 30, comma 3 l. n. 87 del 1953, spiega senz'altro effetto in questo giudizio.

Ma non nel senso, auspicato dall'amministrazione resistente, d'improcedibilità del ricorso.

L'inapplicabilità della norma, conseguente alla declaratoria d'incostituzionalità, di cui è parola all'art. 30, comma 3, l.n.87/1953, depone invece nel senso che è fondato il ricorso. Infatti, relativamente alla vicenda in esame, agli atti impugnati ed al procedimento da cui sono scaturiti non trova applicazione l'art. 23, comma 20, d.l. cit., che è - va sottolineato - la fonte normativa di essi. La sua sopravvenuta inidoneità a spiegare effetti, e quindi a fondare la legittimità degli atti impugnati, corrisponde toto corde al motivo di censura dedotto dal ricorrente.

La conseguenza più rilevante della fondatezza del motivo d'impugnazione è che, in conformità al principio di effettività della tutela giurisdizionale che caratterizza oramai il processo amministrativo, gli atti impugnati sono invalidi e l'amministrazione - anziché limitarsi a disapplicare (per il futuro) la disposizione ritenuta incostituzionale - deve rimuoverne gli effetti prodotti e rinnovarli secondo le norme vigenti.

Conclusivamente, gli atti impugnati devono essere annullati. Le spese di lite seguono al soccombente e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati, in epigrafe indicati.

Condanna l'amministrazione resistente alla rifusione delle spese di lite in favore del ricorrente che si liquidano in complessivi 3000,00 (tremila) euro, oltre diritti ed accessori di legge. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. (...*Omissis*...)

II

(...*Omissis*...)

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Vista l'istanza di misure cautelari monocratiche proposta dal ricorrente, ai sensi degli artt. 56 e 98, co. 1, cod. proc. amm.; Visto che, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 220/2013 (che ha annullato l'art. 23, comma 20, del D L n. 201/2011 conv. dalla legge n. 214/2011), con legge 15 ottobre 2013 n. 119, art. 2, sono fatti salvi i provvedimenti di scioglimento degli organi e di nomina dei commissari straordinari delle amministrazioni provinciali adottati in applicazione del citato art. 20 D L 201/2011 dichiarato incostituzionale e che con la legge di Stabilità 2014 la cessazione delle gestioni commissariali convalidate dalla legge n. 119 è stata fissata al 30 giugno 2014;

Considerato, pertanto, che, nelle more dell'espletamento del nuovo procedimento di commissariamento in applicazione del TUEL n. 267/2000, il Consiglio provinciale di Genova, comunque, non potrebbe rivivere, poiché la nomina del Commissario è stata convalidata con la successiva legge n. 119/2013;

Ritenuto che, nel bilanciamento dei contrapposti interessi, appare prevalente quello del Ministero appellante volto a garantire la prosecuzione ordinata dell'attività amministrativa del Commissario nella cui competenza rientrano materie di primaria importanza per il soddisfacimento di molteplici esigenze della collettività provinciale;

P.Q.M.

accoglie l'istanza di decreto monocratico di urgenza e per l'effetto sospende gli effetti della sentenza appellata.

Fissa la trattazione dell'istanza cautelare alla camera di consiglio del 20 marzo 2014.

Il presente decreto sarà eseguito dall'Amministrazione ed è depositato presso la Segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti. (...*Omissis*...)

III

(...*Omissis*...)

13. L'appello è fondato e deve essere accolto.

14. Ritiene il Collegio che sia fondata e assorbente la censura relativa al difetto di interesse in capo al ricorrente in prime

cure, sollevata dal Ministero appellante.

15. La relativa eccezione, attenendo ad una condizione dell'azione quale è l'interesse ad agire e, dunque, rilevabile d'ufficio, può essere proposta dalla parte appellante senza incorrere nel divieto dei nova in appello previsto dall'art. 104, comma 1, c.p.a.

14.1. La censura relativa al difetto di interesse, ciò premesso, è fondata sotto un duplice e concorrente profilo.

14.2. Il ricorrente in prime cure, consigliere provinciale della Provincia di Genova, lamenta infatti che sussisterebbe il suo qualificato interesse di consigliere, che ha subito lo scioglimento e il conseguente commissariamento dell'ente, ad agire affinché tale scioglimento e commissariamento avvengano nel rispetto del principio di legalità (p. 12 della memoria di costituzione in appello).

14.3. "In altri termini - si afferma nell'atto di costituzione dell'odierno appellato - l'interesse dell'esponente non sussiste in ragione della possibilità di tornare a ricoprire la carica di consigliere provinciale di Genova, ma nell'affermare l'applicazione al caso della Provincia di Genova del legittimo procedimento di commissariamento" (p. 12 della memoria di costituzione in appello).

14.4. È evidente che una simile astratta aspirazione al ripristino della legalità violata non può integrare quel concreto interesse ad agire che deve sorreggere la domanda (art. 100 c.p.c.), poiché nessuna utilità, nemmeno di carattere morale, il ricorrente, nella sua qualità di consigliere provinciale, potrebbe ritrarre dall'accoglimento del ricorso, rimanendo comunque provvedimenti intangibili sia lo scioglimento e il commissariamento dell'ente.

14.5. Il consigliere comunale e provinciale è legittimato ad esercitare tutte le azioni connesse al proprio *ius ad officium*, ma certamente non può esercitare un controllo generalizzato, con funzione paragiurisdizionale, sulla vita dell'ente locale in nome di un astratto principio di legalità, promuovendo così un'inammissibile azione popolare di tipo oggettivo.

14.6. Egli, nell'impugnare gli atti dell'ente, non deve avere solo una posizione qualificata dalle vigenti disposizioni, quale in effetti ha, per la delicatezza delle sue funzioni, nell'ordinamento degli enti locali (art. 43 T.U.E.L.), ma anche differenziata, una posizione, cioè, che gli consenta di ritrarre un'utilità dall'impugnativa in termini di rimozione di un impedimento o di un apprezzabile vantaggio all'esercizio del proprio ufficio e all'espletamento del mandato.

14.7. Solo la lesione diretta ed immediata del diritto all'ufficio del consigliere comunale o provinciale può fare sorgere, quindi, la *legittimatio ad agendum* o l'interesse personale al ricorso al fine del ripristino della situazione sostanziale lesa, attraverso la rimozione della situazione antigiuridica affidata all'organo giurisdizionale.

14.8. Nulla di tutto questo può verificarsi nel caso di specie, poiché, per ammissione stessa dell'odierno appellato, il commissariamento dell'ente, seppur sulla base di un diverso presupposto normativo, rimarrebbe fermo, con conseguente cessazione definitiva della sua carica di consigliere.

14.9. Se così è, dunque, il ricorso di prime cure, nel censurare lo scioglimento del Consiglio e il commissariamento dell'ente, era sin dal principio inammissibile per difetto di interesse in capo all'odierno appellato.

15. Si aggiunga a questa considerazione, già di per sé dirimente, che l'impugnato decreto di scioglimento non si fonda solo sulla disposizione dell'art. 23, comma 20, del d.l. 201/2011, convertito nella l. 214/2011, e poi dichiarata incostituzionale, come assume il ricorrente in prime cure, ma

anche sull'art. 53, comma 3, del T.U.E.L., essendosi dimesso il Presidente della Provincia prima della scadenza del suo mandato, tanto che - si legge in detto decreto - «ai sensi dell'art. 53, comma 3, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ricorrono gli estremi per far luogo allo scioglimento della suddetta rappresentanza» e, ancora, si legge nella relazione accompagnatoria del Ministro dell'Interno «configurata l'ipotesi dissolutoria, disciplinata dall'art. 53, comma 3, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, è necessario procedere allo scioglimento dell'ente ai sensi del successivo art. 141, comma 1, lettera b), n. 2, contestuale nomina del commissario straordinario».

15.1. L'invocata applicazione dell'art. 141 T.U.E.L. al provvedimento impugnato, dunque, era già garantita direttamente dal ricorrere della fattispecie di cui all'art. 53, comma 3, del medesimo T.U.E.L., indipendentemente dall'applicazione del contestato e, poi, dichiarato costituzionalmente illegittimo art. 23, comma 20, del d.l. 201/2011.

15.2. Rimane pertanto del tutto ininfluenza e, comunque, inefficace a sostanziare un concreto interesse in capo al ricorrente originario, anche prescindendo da quanto sopra osservato circa la sua posizione di consigliere provinciale, la lamentata distinzione tra commissariamento politico e tecnico, essendo nel caso di specie una simile distinzione, al di là della sua opinabilità, del tutto inappropriata e irrilevante, dato che il provvedimento impugnato è stato adottato per garantire esclusivamente la «continuità amministrativa» dell'ente, come si legge chiaramente nella relazione ministeriale, e il suo «normale funzionamento» fino all'elezione dei nuovi organi.

15.3. Anche per tale profilo, dunque, il ricorso di primo grado è e doveva essere dichiarato del tutto inammissibile per difetto di interesse.

15.4. Ogni ulteriore questione, sollevata dall'appellato in ordine alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 23, comma 20, del d.l. 201/2011 e all'art. 2, comma 1, della l. 119/2013, appare irrilevante, quindi, ai fini del decidere.

16. In conclusione l'appello del Ministero deve essere accolto e la sentenza del T.A.R. Ligure totalmente riformata, con conseguente declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto in prime cure.

17. Attesa la particolarità della fattispecie, peraltro, sussistono le ragioni previste dal combinato disposto dell'art. 26 c.p.a. e dell'art. 92, comma secondo, c.p.c. per compensare interamente tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in integrale riforma della sentenza impugnata, dichiara inammissibile il ricorso di primo grado. Compensa interamente tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. (...*Omissis* ...)

(1-3) Annullamento del commissariamento della Provincia di Genova...tanto rumore per nulla?

Il 20 febbraio 2014 il T.A.R. della Liguria (1) si è pronunciato su di una vicenda nell'ambito della quale i profili di interesse prettamente locale, concernenti la provincia di Genova, si sono intrecciati con aspetti, invece, di rilievo nazionale, riguardanti la situazione e le sorti, più in generale, delle province.

Quanto al versante «locale», una tale decisione è stata origi-

nata dalle dimissioni anticipate del presidente della Provincia, reclutato, poi, ai vertici di un noto gruppo bancario (genovese) e dal successivo scioglimento del consiglio provinciale (di Genova) (2), con contestuale nomina di un commissario straordinario (3) e di (tre) sub-commissari prefettizi (4), al fine «di assicurare la continuità nella gestione delle amministrazioni interessate (5)».

A quel punto, un consigliere provinciale decaduto si è rivolto al giudice amministrativo lamentando, in particolare, il fatto che, una volta divenute irrevocabili le dimissioni del Presidente della Provincia, si sarebbe dovuto seguire il procedimento di commissariamento disciplinato dall'art. 141 del d. lgs 18 agosto 2000 n. 267 (TUEL) e non quello che sarebbe stato seguito nel caso di specie, previsto dall'art. 23, comma 20, del d.l. 6 dicembre 2011 n. 201 (c.d. «decreto salva-Italia») conv. nella l. 22 dicembre 2011 n. 214. Anche se poi, a ben vedere, dal testo del suddetto decreto e dalla relazione illustrativa del Ministero dell'Interno (allegata al medesimo) emerge come lo scioglimento del consiglio provinciale e la contestuale nomina del commissario straordinario siano avvenuti in applicazione, nella sostanza, proprio del menzionato art. 141 del TUEL (cfr., sul punto, altresì, *infra*).

Il fatto è che il presentarsi di una ipotesi dissolutiva disciplinata dall'art. 53, comma 3 del TUEL - che, in altre circostanze, avrebbe visto, verosimilmente, un'applicazione meno problematica del testé menzionato, art. 141 del TUEL (6) -, è stata complicata, nell'occasione, dalla circostanza per cui, all'epoca, la provincia di Genova risultava in «scadenza del mandato degli organi elettivi (7)». Ciò, infatti, ha portato a ritenere che la fattispecie fosse riconducibile «altresì» alla sfera di azione del summenzionato comma 20 dell'art. 23 del d.l. n. 201 del 2011, ai sensi del quale agli organi provinciali che, come nel caso della provincia di Genova, fossero dovuti «essere rinnovati entro il 31 dicembre 2012» si sarebbe dovuto applicare, «sino al 31 marzo 2013», si noti, proprio il ridetto «articolo 141 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267» (8) prospettandosi, dunque, un'applicazione della norma del T.U.E.L., non «immediata», ma in base al rinvio originato dalla disposizione contenuta nel decreto-legge.

Quanto da ultimo rilevato ci porta ora a considerare i profili di rilievo «nazionale» della vicenda. Quando già era stato adito il T.A.R. Liguria, infatti, il comma 20 dell'art. 23 del «decreto salva-Italia», è stato dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale (9) in considerazione dell'inammissibilità del ricorso alla decretazione d'urgenza «per realizzare una riforma organica e di sistema quale quella prevista dalle norme censurate» (v. la sent. n. 220 del 2013) (10).

Ebbene, il giudice amministrativo, disattendendo le richieste del Ministero, secondo cui, a seguito della sentenza della Corte, ci si sarebbe dovuti pronunciare nel senso dell'improcedibilità, ha dichiarato il ricorso fondato, valorizzando, in particolare, il motivo d'impugnazione in cui il ricorrente aveva ritenuto che il comma 20 dell'art. 23 del decreto-legge fosse non solo non applicabile alla fattispecie, ma, prima ancora, affetto da dubbi di costituzionalità (ciò di cui, peraltro, avrebbe costituito sintomo evidente il fatto che una tale norma, al momento della notifica del gravame, era già all'esame della Corte costituzionale), deducendo da ciò (anche, cioè, in base al rilievo della dubbia costituzionalità di tale norma) «l'illegittimità dei provvedimenti impugnati». Secondo il giudice amministrativo, infatti, a seguito della sen-

tenza della Corte costituzionale, «in forza dell'effetto (parzialmente) retroattivo della pronuncia e della teorica dei "rapporti non esauriti" di cui al combinato disposto di cui agli artt. 136 cost. e 30, comma 3 l. n. 87 del 1953», il suddetto «motivo di censura dedotto dal ricorrente» avrebbe acquisito consistenza, dal momento che il comma 20 dell'art. 23 del decreto-legge sarebbe divenuto "inidoneo" a spiegare effetti «e quindi a fondare la legittimità degli atti impugnati». Nella parte conclusiva della decisione, poi, il T.A.R., forse mosso dalla preoccupazione che il suo provvedimento potesse ingenerare il dubbio circa la possibile "resurrezione" anche dell'organo consiliare sciolto, ha tenuto a mettere a fuoco le conseguenze di una tale dichiarata invalidità, limitandone gli effetti al rinnovo dei soli atti impugnati. Se, pertanto, una tale decisione ha trascinato nel suo annullamento anche quanto compiuto dai soggetti invalidamente investiti in via straordinaria del potere di governo dell'ente, un maggior margine di incertezza lo si è prodotto con riguardo alle norme da applicare ed alle procedure da seguire per un tale rinnovo, dato il generico riferimento del giudice amministrativo alle «norme vigenti».

A quest'ultimo proposito, in attesa della sorte che avranno le proposte ad oggi in discussione nelle sedi istituzionali (cfr., al proposito, *infra*), il fatto che la suddetta pronuncia della Corte costituzionale sia intervenuta a censurare profili di ordine formale (l'impiego, come s'è detto, di un decreto-legge per la regolamentazione di una materia "ordinamentale", rispetto alla quale è estremamente difficile immaginare che possano sussistere i requisiti di necessità ed urgenza...) e non di carattere sostanziale, non è parsa frapporre ostacoli alla possibilità che si continuassero a seguire le procedure che, in casi analoghi, si seguivano prima della venuta in essere della norma dichiarata incostituzionale (11). Così che, già in quel frangente (cfr., al proposito, *infra*) si era potuto ritenere che l'art. 141 del TUEL fosse applicabile senza "interposizioni legislative" di sorta (sulla falsariga, del resto, di quanto domandato dalla stessa parte ricorrente) (12), sicché, su questa base, si sarebbe potuto procedere nuovamente alla nomina di "un commissario per la provvisoria amministrazione dell'ente" (v. il comma 7), in disparte il rinnovo del Consiglio provinciale (in attesa, anche qui, di vedere che ne sarebbe stato delle proposte in discussione (13)).

Il Consiglio di Stato (14) muovendo in una diversa prospettiva, all'atto di accogliere l'istanza di decreto monocratico d'urgenza e sospendere, quindi, gli effetti della sentenza del T.A.R. in commento, aveva rilevato come, a seguito della ridetta sentenza della Corte costituzionale n. 220 del 2013, il legislatore avesse approvato la legge 15 ottobre 2013 n. 119 (di conversione di un decreto-legge) (15) facendo salvi, in particolare, proprio i provvedimenti di scioglimento degli organi e di nomina dei commissari straordinari delle amministrazioni provinciali adottati in applicazione dell'art. 20 del decreto dichiarato incostituzionale (v. il 1° comma dell'art. 2).

Su questa base, quindi, nel pronunciarsi sulla domanda cautelare, il Supremo organo di giustizia amministrativa non ha avuto difficoltà a ritenere che, «in applicazione del TUEL n. 267/2000, il Consiglio provinciale di Genova, comunque, non avrebbe potuto rivivere», dal momento che la nomina del Commissario era stata «convalidata con la successiva legge n. 119/2013». Inoltre, esso (a differenza del T.A.R.: v. *supra*) ha ulteriormente rassicurato sulla perdurante validità degli atti compiuti sotto la controversa gestione commissariale, col ritenere «prevalente», «nel bilanciamento dei contrapposti interessi [...] quello del Ministero appellante volto

a garantire la prosecuzione ordinata dell'attività amministrativa del Commissario nella cui competenza rientrano materie di primaria importanza per il soddisfacimento di molteplici esigenze della collettività provinciale».

In sede di merito, poi, il Consiglio di Stato ha confermato l'esito della fase cautelare, ritenendo l'appello fondato. Tuttavia, nel giungere ad una tale conclusione, esso ha seguito una strada argomentativa diversa rispetto a quella percorsa in via d'urgenza, concentrandosi sul versante procedurale della fattispecie (e non su quello sostanziale, come aveva fatto in precedenza), col ritenere «fondata e assorbente la censura relativa al difetto di interesse in capo al ricorrente in prime cure» e, pertanto, inammissibile il ricorso di primo grado e necessaria l'«integrale riforma della sentenza impugnata» (16).

Più precisamente, una tale censura è stata motivata dai giudici della Terza sezione «sotto un duplice e concorrente profilo». E, cioè, primariamente, sulla base del fatto per cui in tutti i casi si sarebbe data applicazione all'art. 141 del TUEL, per cui a seguito del commissariamento dell'ente si sarebbe comunque assistito alla cessazione della carica di consigliere provinciale di parte ricorrente (in primo grado); poco importando, dunque, a ben vedere, sulla base di quale presupposto normativo ciò fosse avvenuto (e, cioè, come si è detto *supra*, se in base al comma 20 dell'art. 23 del decreto-legge dichiarato incostituzionale, o in forza del comma 3, dell'art. 53 del TUEL).

In altri termini, i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto insufficiente la sussistenza di un interesse ad agire, sia pure "qualificato" dalla particolare posizione ricoperta dal soggetto ricorrente, volto a far valere, come nel caso di specie, in "astratto", il rispetto del principio di legalità, ritenendo che ciò avrebbe consentito, ai soggetti direttamente beneficiati, di «esercitare un controllo generalizzato, con funzione paragiurisdizionale [...] in nome di un astratto principio di legalità», finendosi per promuovere, «un'inammissibile azione popolare di tipo oggettivo». Essi hanno, invece, privilegiato una nozione "concreta" di "interesse ad agire", in forza di cui risulta necessario che la posizione della parte ricorrente oltre che "qualificata", sia, altresì, "differenziata": «una posizione, cioè, che gli consenta di ritrarre un'utilità dall'impugnativa in termini di rimozione di un impedimento o di un apprezzabile vantaggio all'esercizio del proprio ufficio e all'espletamento del mandato» (nel caso di specie, il fatto di tornare a ricoprire, a seguito di un eventuale accoglimento da parte del giudice amministrativo, la carica di consigliere provinciale (17)).

Con riguardo, poi, alle situazioni che hanno reso più complicata la vicenda, il Consiglio di Stato ha tenuto (*ad abundantiam*) a chiarire, come l'«invocata applicazione dell'art. 141 TUEL al provvedimento impugnato» fosse, si noti, «già garantita direttamente dal ricorrere della fattispecie di cui all'art. 53, comma 3, del medesimo TUEL, indipendentemente dall'applicazione del contestato e, poi, dichiarato costituzionalmente illegittimo art. 23, comma 20, del d.l. 201/2011 (18)». Di qui, dunque, come s'è in parte anticipato, «[a]nche per tale profilo», l'affermazione di radicale inammissibilità del ricorso «per difetto di interesse».

In attesa, quindi che, il 1° gennaio 2015, le città metropolitane subentrino alle province omonime - tra cui quella di Genova - succedendo «ad esse in tutti i rapporti attivi e passivi» ed esercitandone «le funzioni, nel rispetto degli equilibri di finanza pubblica e degli obiettivi del patto di stabilità interno» (v., in tal senso, il comma 16 dell'art. 1 della menzionata "riforma Delrio" (19)), la gestione dell'ente provin-

ziale genovese resta affidata al commissario straordinario coi «poteri spettanti al consiglio provinciale, alla giunta ed al presidente» (secondo quanto statuito in origine) (20). Ed infatti, benché la c.d. legge di stabilità per il 2014 (21) avesse previsto che il 30 giugno 2014 dovessero cessare tutte le gestioni commissariali convalidate dalla richiamata legge n. 119 del 2013 (v. il comma 441 dell'art. 1 della legge), una tale data è stata posticipata da parte della ridetta "riforma Delrio", stabilendosi che "Ove alla data di entrata in vigore della presente legge la provincia sia commissariata" il commissariamento debba essere prorogato "fino al 31 dicembre 2014" (v. il comma 14 dell'art. 1 della legge n. 56 del 2014).

Lara Trucco

Note:

- (1) Cfr. T.A.R. Liguria, sez. II, sent. (breve) n. 295 del 20 febbraio 2014.
- (2) V. il d.P.R. del 9 maggio 2012 (reperibile, tra l'altro, in <http://www.provincia.genova.it/servelets/resources?contentId=178565&resourceName=Documento>).
- (3) V. la nota che precede
- (4) V. il decreto del Prefetto della Provincia di Genova del 10 maggio 2012 (reperibile, tra l'altro, in <http://www.provincia.genova.it/servelets/resources?contentId=178566&resourceName=Documento>).
- (5) Secondo quanto si afferma nella relazione illustrativa del Ministero dell'Interno allegata al d.P.R. del 9 maggio 2012 (v. lo *supra* alla nota 2).
- (6) Cfr., sul punto, la relazione illustrativa del Ministero dell'Interno allegata al d.P.R. del 9 maggio 2012 (v. lo *supra* alla nota 2)
- (7) Così nel d.P.R. del 9 maggio 2012 (di cui, *supra*, alla nota 2)
- (8) Ai sensi del medesimo disposto, invece, gli organi provinciali che fossero dovuti "essere rinnovati successivamente al 31 dicembre 2012" sarebbero dovuti restare "in carica fino alla scadenza naturale" (il testo originario del decreto si limitava a prevedere che con legge dello Stato fosse "stabilito il termine decorso il quale gli organi in carica delle Province decadono").
- (9) Una tale dichiarazione d'incostituzionalità ha riguardato anche altre disposizioni, segnatamente:
 - l'articolo 23, commi 14, 15, 16, 17, 18, 19 e 20, del d.l. n. 201 del 2011 (conv., con modif., nella legge n. 214 del 2011);
 - gli artt. 17 e 18 del d.l. n. 95 del 2012 (conv., con modif., nella legge n. 135 del 2012); e
 - in via consequenziale, l'art. 23, comma 20-bis, del d.l. n. 201 del 2011 (conv., con modif., nella legge n. 214 del 2011).
- (10) Secondo la Corte, infatti, la competenza legislativa esclusiva dello Stato non può abilitare un decreto-legge a porre «norme ordinarie», che non possono essere interamente condizionate dalla contingenza, sino al punto da costringere il dibattito parlamentare sulle stesse nei ristretti limiti tracciati dal secondo e terzo comma dell'articolo 77, concepito dal legislatore costituente per interventi specifici e puntuali, resi necessari dall'insorgere di "casi straordi-

nari di necessità e d'urgenza" e non per la realizzazione di riforme organiche e di sistema, ovvero «per introdurre nuovi assetti ordinamentali che superino i limiti di misure strettamente organizzative» (v. la richiamata sent. n. 220 del 2013). Al proposito, v., *amplius*, G. Boggero, A. Patanè, *Profili costituzionali del commissariamento delle Province nelle more di una riforma ordinamentale dell'ente intermedio*, in *Federalismi.it* del 10 giugno 2014.

(11) Cfr., per una casistica in punto di scioglimento dei consigli provinciali, E. Maggiora, *Le cause di rinnovo e scioglimento del Consiglio*, in *Lo Stato civile italiano*, 2005, 206 e ss.; e per quanto riguarda, invece, la nomina di commissari straordinari (prima della riforma del Titolo V), C.M. Di Vita, *Crisi politica e poteri surrogatori. Nomina del Commissario prefettizio e del Commissario straordinario*, Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza, 1995, 1250 e ss.

(12) Sia consentito rinviare, in tal senso, a L. Trucco, *Dopo l'intervento della giurisdizione amministrativa il Commissario della Provincia di Genova... succede a se stesso*, in <http://dirittiregionali.org/2014/03/21/dopo-l'intervento-della-giurisdizione-amministrativa-il-commissario-della-provincia-di-genova-succede-a-se-stesso/>.

(13) Particolarmente, la c.d. "riforma Delrio" che, all'epoca, era ancora in fase di gestazione (cfr., ad es., R. Giu., *Anci, Confindustria e Cdp si confrontano sul disegno di legge, mentre il ministero affronta il nodo del rinnovo elettorale di 60 Enti locali se la riforma non viene approvata in tempi stretti*, in <http://www.entilocali.ilsole24ore.com>, del 7 febbraio 2014) e che sarebbe stata destinata ad essere recata nella legge 7 aprile 2014, n. 56, contenente, per l'appunto, "Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni" (per un primo commento, al proposito, v. L. Vandelli, *Città metropolitane, province, unioni e fusioni di comuni*, Rimini, Maggioli ed., 2014).

(14) Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, decr. mon. d'urg. n. 1000 del 6 marzo 2014.

(15) Trattasi della legge di conversione del d.l. 14 agosto 2013, n. 93, contenente "disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere", nonché, si noti, "in tema di protezione civile e di commissariamento delle province".

(16) Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, sent. n. 1643 del 7 aprile 2014.

(17) Pertanto, anche da questo punto di vista, significativo è il fatto che, all'indomani della pronuncia di accoglimento del T.A.R. Liguria (v. la *supra*, alla nota 1) il Commissario straordinario fosse succeduto "a se stesso" (senza alcun ripristino delle cariche consiliari): sia consentito rinviare, al riguardo, a L. Trucco, *Dopo l'intervento della giurisdizione amministrativa il Commissario della Provincia di Genova... succede a se stesso*, cit.

(18) Corsivo nostro.

(19) V. la *supra* alla nota 13.

(20) Secondo quanto statuito, cioè, dal decreto di scioglimento e nomina del 9 maggio 2012 (v. lo *supra* alla nota 2).

(21) Trattasi, per la precisione, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, contenente le "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato".

Massime

T.A.R. Liguria, sez. I, 5 maggio 2014 n. 7011 - Pres. Balba - Est. Morbidelli - Soc. Il C. (Avv.ti Vallerga e Bottazzi) c. Comune di Loano (Avv. Marcelli).

ABUSI edilizi - sanzioni - ristrutturazione abusiva - demolizione - non comporta acquisizione gratuita nel caso di inottemperanza.

REGOLAMENTO edilizio - misura minima alloggi (anche maggiore di quella nazionale ex D.M. 5 luglio 1975) legittimità.

La sanzione per la ristrutturazione eseguita in assenza di titolo è soltanto la demolizione, non essendo prevista l'ulteriore sanzione dell'acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'opera abusiva in caso di inottemperanza all'ordine di demolizione. Ne consegue che laddove un provvedimento prefiguri la successiva acquisizione gratuita del bene al patrimonio comunale si appalesa illegittimo e deve per questa parte essere annullato.

La giurisprudenza ha recentemente affermato che l'art. 4, 1 comma del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 - TU Edilizia (secondo cui "il regolamento che i Comuni adottano ai sensi dell'art. 2, comma 4, deve contenere la disciplina delle modalità costruttive con particolare riguardo al rispetto delle modalità tecnico - estetiche, igienico - sanitarie, di sicurezza e vivibilità degli immobili e delle pertinenze degli stessi") consente ai Comuni di stabilire, con disposizioni regolamentari, la superficie di minima degli alloggi di nuova costruzione, atteso che la "vivibilità" alla quale tale norma si riferisce va intesa in senso ampio, comprensivo di tutti gli aspetti che l'Ente, nella sua sfera di competenza, ritenga rilevanti per il normale vivere civile dei propri cittadini, anche in termini di tutela del territorio e della qualità della vita.

Pertanto tale "vivibilità" può legittimamente essere ricercata imponendo, con una norma del regolamento edilizio caratteristiche dimensionali tali da limitare, in concreto, la costruzione delle c.d. seconde case con le tensioni dei prezzi e l'aggravio del carico urbanistico che queste inevitabilmente comportano (C.d.S. IV 17 febbraio 2014 n. 747, VI 6 maggio 2013 n. 24 33).

L.L.

T.A.R. Liguria, sez. II, 20 febbraio 2014 n. 303 - Pres. Caruso - Est. Goso - Soc. La Smarrita (Avv. Barabino) c. Invitalia.

AGEVOLAZIONE del lavoro autonomo e delle microimprese - abilitazioni professionali ai fini dell'ammissione alle misure di agevolazione - dimostrazione possesso specifiche abilitazioni professionali.

Non è richiesta secondo quanto disposto dal Dlgs. n. 185/2000 e dal suo regolamento attuativo (d.M. tesoro 28 maggio 2001, n. 295), la dimostrazione del possesso di specifiche abilitazioni professionali ai fini dell'ammissione alle misure di agevolazione del lavoro autonomo e delle microimprese, ma solo di requisiti soggettivi di carattere generale concernenti l'età, la residenza e lo stato di disoccupazione.

Invero, come si evince dall'art. 4 del rammentato regolamento, infatti, l'esame istruttorio delle domande di contributo si articola in due fasi, la prima delle quali (definita preliminare) è esclusiva-

mente diretta ad accertare la sussistenza dei requisiti di legge attraverso l'esame della domanda e della documentazione di cui al precedente articolo 3 (ove non si fa menzione del possesso di particolari requisiti professionali o abilitanti), mentre la seconda fase si estrinseca nell'accertamento del possesso del requisito necessario per l'avvio dell'attività commerciale.

Infatti il cennato art. 4, prevede che "le domande esaminate con esito positivo sono sottoposte ad un processo selettivo di orientamento/valutazione, inteso a verificare, in primo luogo, l'attendibilità professionale dei richiedenti in rapporto alla propria idea di autoimpiego, la coerenza e la fattibilità dell'idea stessa e ad individuare la misura incentivante applicabile e, successivamente, la validità tecnica, economica e finanziaria dell'iniziativa".

Il provvedimento impugnato è illegittimo in quanto fonda la decisione di rigetto sulla mancanza di un requisito che, pur essendo naturalmente necessario ai fini dell'avvio dell'attività da agevolare, non doveva necessariamente essere posseduto al momento di presentazione della domanda e che, in ogni caso, è stato regolarmente acquisito dalla ricorrente in un momento immediatamente successivo, prima della conclusione del procedimento.

L.L.

T.A.R. Liguria, sez. I, 5 aprile 2014 n. 696 - Pres. Balba - Est. Vitali - S.C. (Avv. Acquarone) c. Comune di Savignone (Avv. Borrello).

ORDINANZA contingibile e urgente - giurisdizione giudice amministrativo.

ORDINANZA contingibile e urgente - presupposti - tutela della pubblica incolumità - garanzie partecipative - natura vincolata del provvedimento - prevalenza dei principi di economicità e speditezza dell'azione amministrativa.

Giova premettere che sussiste certamente la giurisdizione del Giudice amministrativo in ordine all'impugnazione di un'ordinanza contingibile ed urgente, ben potendo il Tribunale conoscere incidentalmente - ex art. 8 comma 1 c.p.a. - della questione concernente la proprietà dell'area.(1)

Non è seriamente contestabile che il muro pericolante funga da contenimento del terrapieno ove è stato realizzato il giardino pubblico, che si trova ad una quota superiore rispetto alla sottostante sede stradale trovando pertanto puntuale applicazione la disposizione di cui all'art. 30 comma 4 primo periodo del Dlgs. 30. 04.1992 n. 285, a mente del quale la costruzione e la ripartizione delle opere di sostegno lungo le strade e le autostrade, qualora esse servano a difendere e a sostenere i fondi adiacenti, sono a carico dei fondi stessi.

Nel caso di specie non può fondatamente sostenersi che il comune potesse esperire gli ordinari rimedi previsti dall'ordinamento, in quanto, gli stessi sono previsti - per l'appunto - dall'art. 30 comma 2 del codice della strada, il quale prevede previa diffida al proprietario di compiere le opere necessarie e la successiva esecuzione in danno, facendo espressamente salvi i provvedimenti che nei casi contingibili e urgenti possono essere adottati dal sindaco a tutela della pubblica incolumità.

Sussistendo nel caso de quo il grave pericolo per l'incolumità pub-

blica e il rifiuto del proprietario di provvedere in proprio ricorrono dunque sicuramente gli estremi per provvedere ai sensi dell'art. 54 comma 4 Dlgs. n. 267/2000.

Vieppiù, per costante giurisprudenza la comunicazione di avvio del procedimento deve ritenersi superflua - con la prevalenza dei principi di economicità e speditezza dell'azione amministrativa - quando l'interessato sia venuto comunque a conoscere di vicende che conducono all'apertura di un procedimento con effetti lesivi nei suoi confronti (cfr., per tutte, T.A.R. Lombardia, IV, 7 settembre 2012 n. 2254). Deve ritenersi dimostrato ex art. 21 octies comma 2 L. 241/1990, che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. (2)

L.B.

(1-2) Nota:

Il ricorrente non contesta affatto l'originaria titolarità dell'area, per come attestata dalle risultanze catastali, ma sostiene di averne perso la disponibilità in forza di una dicatio ad patriam, avendo consentito alla realizzazione di un giardino pubblico. Senonché la dicatio ad patriam si limita ad asservire ad un uso pubblico un bene privato, mantenendone invariata l'appartenenza, ed ha sempre avuto come presupposto che il bene possa soddisfare l'uso pubblico nello stato in cui si trova, e non in quello realizzabile a seguito di manipolazioni (Cass. Civ. Sez. I, 1. 12. 1998 n. 12181).

Deve rilevarsi come da un lato la segnalazione di pericolo pubblico effettuata dal ricorrente al comune costituisca la prova che questi fosse ben a conoscenza di vicende suscettibili di condurre all'apertura di un procedimento ex art. 30 del codice della strada, di ingiunzione di messa in sicurezza e rifacimento del muro, con effetti lesivi nei suoi confronti.

Dall'altro, la segnalazione al comune per l'adozione dei provvedimenti del caso, con espressa manleva da ogni responsabilità nei danni che potessero coinvolgere persone o cose, chiarisce come il ricorrente avesse fin da subito dichiarato la propria indisponibilità a provvedere in proprio a compiere - ex art. 30 comma 2 c.d.s. - le opere necessarie, dovendosi ritenere altresì dimostrato ex art. 21 octies comma 2 L. 241/1990, che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere differente da quello in concreto adottato.

Lorenzo Barabino

T.A.R. Liguria, sez. I, 5 aprile 2014 n. 707 - Pres. Balba - Est. Vitali - P.G. (Avv. Castagneto) c. Comune di Imperia (Avv. Massa).

ORDINANZA contingibile e urgente - specifica indicazione delle ragioni di urgenza.

ORDINANZA contingibile e urgente -presupposti- tutela della pubblica incolumità.

Non vi è dubbio che qualora un muro "funga da contenimento di un piccolo specchio di terreno di proprietà dei ricorrenti, posto a monte della strada carrabile di pubblico passaggio, trovi puntuale applicazione la disposizione di cui all'art. 30 comma 4 primo periodo del Dlgs. 30. 04.1992 n. 285, a mente del quale la costruzione e la ripartizione delle opere di sostegno lungo le strade e le autostrade, qualora esse servano a difendere e a sostenere i fondi adiacenti, sono a carico dei fondi stessi. La situazione di incombente pericolo, testimoniata nel caso di specie dalla relazione istruttoria, fonda invece il potere sindacale di agire in via con-

tingibile e urgente secondo quanto disposto dall'art. 30 comma 2 del codice della strada il quale nel prevedere la competenza del prefetto a disporre in via ordinaria - per diffida - la demolizione o il consolidamento a spese del proprietario dei fabbricati o dei muri che minacciano rovina fa, infatti, espressamente salvi i provvedimenti che nei casi contingibili e urgenti possono essere adottati dal sindaco a tutela della pubblica incolumità"

L.B.

T.A.R. Liguria, sez. I, 11 aprile 2014 n. 612 - Pres. Balba - Est. Vitali - F.C. (Avv. Massa) c. Comune di Recco, c. Ministero Beni e Attività Culturali c. Sopr.za Beni Architettonici e Paesaggistici della Liguria e c. ARPAL.

TUTELA del paesaggio - istanze di celerità - vincoli paesaggistici - nulla osta deve riflettere il contenuto del vincolo impositivo - onere di motivazione sostanziale.

Le esigenze di celerità e la conseguente riduzione dei termini per l'autorizzazione all'installazione delle infrastrutture di comunicazione elettronica costituiscono, per finalità di tutela di istanze unitarie, principi fondamentali operanti nelle materie di competenza ripartita, ivi compresa la materia di governo del territorio (cfr. Corte Costituzionale n. 265 del 2006).

A tale stregua si è condivisibilmente affermato che la previsione di un ulteriore procedimento finalizzato al rilascio del permesso di costruire, che si sovrappone ai controlli da effettuarsi a cura dello stesso ente locale nell'ambito del procedimento unificato ex art. 87 Dlgs. 259 del 2003, costituisce un inutile appesantimento dell'iter sanzionatorio per l'installazione di torri e tralicci per impianti radiocetrasmittenti (cfr. Corte Costituzionale n. 129 del 2006).

Nondimeno è altrettanto indiscusso che la tutela del paesaggio non soggiace alle medesime istanze di celerità e riduzione dei termini per conseguire i relativi titoli abilitanti. Né il valore estetico e culturale è recessivo rispetto all'adeguamento tecnologico del servizio di telefonia (cfr. Corte Costituzionale n. 232 del 2005), specie nel caso in cui l'area di sedime sia gravata da vincoli paesaggistici imposti con provvedimenti specifici come nel caso de quo.

La duplicità dei vincoli paesaggistici (specifici) di rilievo estetico culturale conforma il regime dell'autorizzazione sia nel procedimento che nel contenuto dell'atto.

Sotto il primo profilo, trova applicazione la disciplina di cui al combinato disposto degli artt. 136 e 146 Dlgs. 42/2004, senza modulazione alcuna del procedimento di autorizzazione come previsto invece dall'art. 143, commi 4 - 8, Dlgs. 42/2004 per i vincoli imposti con il piano paesaggistico o urbanistico territoriale con valenza paesaggistica.

Sotto altro profilo, il nulla osta deve riflettere (in negativo) il contenuto del vincolo imposto (in positivo) sull'area.

Il nulla-osta deve infatti dare conto del perché l'impianto radiocetrasmittente, non pregiudichi (cfr. art. 136 lett. a, Dlgs. Cit.) i caratteri di bellezza naturali incarnati nell'area, dovendo altresì individuare i criteri in base ai quali il valore estetico, costituente il presupposto per l'imposizione del vincolo specifico, non sia compromesso anche in minima parte dall'impianto.

L'onere di motivazione non può essere bypassato mediante il rinvio formale a formule astratte e prive di alcun riscontro con l'oggettiva peculiarità del territorio (nel caso di specie il nulla osta paesaggistico operava un espresso rinvio alla motivazione del nulla osta monumentale evidenziando l'ontologica diversità dei beni tutelati e dei valori potenzialmente incisi).

L.B.

Sezione di Diritto tributario

Massime

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 21 marzo 2013, n. 80 - Pres. Loffredo - Rel. Piu.

ACCERTAMENTO - immobile - cessione - plusvalenza - valore - determinazione - imposte sui redditi - imposta di registro - utilizzabilità - contribuente - prova contraria - minor prezzo - ammissibilità.

In tema di accertamento delle imposte sui redditi, l'Amministrazione finanziaria può induttivamente accertare l'ammontare della plusvalenza generata dalla cessione di un terreno sulla base dell'accertamento del valore effettuato in sede di applicazione dell'imposta registro, essendo tuttavia onere del contribuente dimostrare, anche attraverso presunzioni, di aver in concreto ceduto il bene ad un prezzo inferiore al valore di mercato accertato in via definitiva in sede di imposta di registro. In ogni caso, l'adesione intervenuta ai fini dell'imposta di registro non prova, ai fini delle imposte sui redditi, l'esistenza di un prezzo incassato superiore a quello dichiarato, potendo l'Ufficio dimostrare l'avvenuto pagamento di un corrispettivo "in nero" anche attraverso altri strumenti di indagine, quali gli accertamenti bancari.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 4 aprile 2013, n. 87 - Pres. Ghigliazza - Rel. Mazzarino.

ACCERTAMENTO - accertamenti bancari - movimentazioni - ricavi e compensi - presunzione - prova contraria - professionista - incombenza - fattispecie.

ACCERTAMENTO - accertamenti bancari - prelevamenti - attività professionale - inerenza - professionista - giustificazione - indicazione dei beneficiari - incombenza - assegni - sufficienza.

ACCERTAMENTO - accertamenti bancari - prelevamenti - spese per il mantenimento proprio e dei familiari - Ufficio - valutazione - modalità - attività professionale - costi - incidenza - valutazione - necessità.

In forza dell'art. 32, d.p.r. n. 600/73, il contribuente è tenuto a giustificare le proprie movimentazioni bancarie evidenziando di averne già tenuto conto nella determinazione del reddito soggetto ad imposizione o che non hanno alcuna rilevanza a tale fine; conseguentemente, incombe in capo ad un professionista che abbia fatturato una prestazione alla fine di un anno di imposta senza tuttavia averne contestualmente incassato il relativo compenso, l'onere di dimostrare che tale compenso è stato comunque considerato al fine della determinazione del reddito nell'anno di percezione o comunque la sua irrilevanza reddituale rispetto a tale annualità.

In tema di accertamenti bancari, l'indicazione dei beneficiari dei prelevamenti, effettuata attraverso la produzione di copia degli assegni emessi, è sufficiente a superare la presunzione della loro riferibilità all'attività professionale svolta, avendo, al riguardo, mero valore indiziario liberamente valutabile dal Collegio giudicante nel quadro generale della documentazione prodotta, le dichiarazioni rese dagli stessi beneficiari.

L'Ufficio, nella quantificazione di quella parte dei prelevamenti bancari effettuati da un professionista che sia stata destinata a

coprire le proprie spese correnti ed il mantenimento dei propri familiari, deve sempre riferirsi all'attività svolta dal contribuente, alle giacenze sui propri conti correnti, all'immagine ed alla vita sociale dei familiari, dovendo quindi, entro tali limiti, quantificare e motivare gli importi riconosciuti come sufficienti per il mantenimento e per le spese ordinarie. Inoltre, giusta la sentenza della Corte Costituzionale n. 225/2005, non può essere considerato reddito tutto ciò che non può essere sufficientemente giustificato dal professionista, dovendo essere introdotta nell'accertamento anche una quota percentuale di potenziali costi afferenti l'attività svolta.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 16 settembre 2013 - Pres. Haupt - Rel. Assandri.

ACCERTAMENTO - lavoro irregolare - retribuzioni - maggiori ricavi - presunzione - legittimità.

È legittimo l'accertamento di maggiori ricavi basato sulla presunzione che la corresponsione di retribuzioni a personale impiegato irregolarmente sia sintomatico di ricavi non contabilizzati.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. VII, 20 febbraio 2014, n. 212 - Pres. Di Mattei - Rel. Teppati.

DONAZIONI - fondazione senza scopo lucro - ente impositore - ente non commerciale - effettiva sussistenza - onere probatorio - omesso assolvimento - attività commerciale - effettivo esercizio - onere probatorio - omesso assolvimento - donazioni ricevute terzi - indebita esenzione - non sussiste - illegittimità pretesa - consegua.

È illegittima la pretesa riguardante l'omesso assoggettamento a imposta sulle donazioni nei confronti di una fondazione senza scopo di lucro, per la quale l'ente impositore non abbia provato né il funzionamento di un ente non commerciale e neppure l'effettivo esercizio di attività commerciale (Nel caso di specie la contribuente, quale fondazione senza scopo di lucro, risultava destinataria di un avviso di liquidazione per omesso versamento di imposta sulle donazioni pari ad Euro 10.640,00. L'ente impositore, senza provare in capo alla contribuente né lo scopo associativo e neppure l'esercizio di attività commerciale, contestava l'indebita fruizione dell'esenzione dell'imposta in ordine alla donazioni ricevute da terzi).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 6 marzo 2014 - Pres. Ghigliazza - Rel. Silvano - M.S.a. (Avv. Lovisolo) c. Comune di Genova.

ICI - demolizione di fabbricato ed interventi di suo recupero ai sensi dell'art. 31 l. 1978, n. 457 - base imponibile - criterio di determinazione.

In caso di demolizione del fabbricato e ricostruzione sull'area o in caso di recupero edilizio dalla data di inizio dei lavori (di demolizione o di recupero) e fino al momento di ultimazione degli stessi, la base imponibile Ici è il valore dell'area fabbricabile senza con-

siderare il valore del fabbricato. Lo stesso dicasi nel caso di utilizzazione edificatoria dell'area: dalla data di inizio dei lavori di costruzione e fino alla loro ultimazione, la base imponibile è costituita esclusivamente dal valore dell'area senza considerare, quindi, il valore del fabbricato in costruzione.

Il D.lgs n. 504 del 1992, art. 5, comma 6, stabilisce, in tal modo, una diversa base di calcolo dell'imposta, che tiene conto di una particolare - e transitoria - situazione nella quale si trova il fabbricato, situazione che ne pregiudica la "normale redditività", giustificando il riferimento della base imponibile non più al fabbricato, ma al valore dell'area sulla quale il fabbricato insiste.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 2 maggio 2013, n. 117 - Pres. e Rel. Di Napoli.

IMPOSTA di registro - processo - sentenza - imposta - avviso di liquidazione - ricorso - riscossione - pendenza del giudizio - natura dell'imposta - principale - sospensione della riscossione - esclusione.

L'imposta di registro richiesta dall'Ufficio con apposito avviso di liquidazione in relazione ad una sentenza del Giudice Ordinario ha natura di imposta "principale" di modo che, ai sensi dell'art. 56 T.U.R., il ricorso del contribuente avverso tale avviso non ne sospende la riscossione, prevista invece per i casi di imposta "complementare" e "suppletiva".

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 22 marzo 2013, n. 81 - Pres. e Rel. Ghigliazza.

IMPOSTA sulla pubblicità - vetrofanie - palestra - messaggio pubblicitario - esclusione

Le vetrofanie realizzate sulle pareti vetrate di una palestra, che rappresentino vari momenti dell'attività ginnica svolta al suo interno, non costituiscono un messaggio pubblicitario diretto al pubblico e volto a far conoscere l'attività praticata, e, come tale, da assoggettare ad imposizione, dovendosi, invece, intendere destinate alla tutela della privacy degli sportivi che praticano l'attività all'interno dei locali.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 18 febbraio 2013, n. 50 - Pres. e Rel. Di Napoli.

IMPOSTE indirette - immobile strumentale non ultimato - compravendita - alternatività IVA/registro - imposte ipotecarie e catastali - debenza - Amministrazione finanziaria - solo in misura fissa - rimborso - termine di decadenza - dies a quo - circ. n. 12/E/2010 - arricchimento ingiustificato - termine di prescrizione - ordinario - sussistenza.

Nel caso di errato versamento dell'imposta ipotecaria e catastale per l'acquisto di immobili strumentali in corso di costruzione, il diritto ad ottenere il rimborso della maggiore imposta deriva dall'art. 77 d.p.r. n. 131/1986, ponendosi la circolare dell'Amministrazione finanziaria n. 12/E del 12 marzo 2010 (che ha riconosciuto, in tale ipotesi, non dovute le imposte ipotecarie e catastali in misura proporzionale) quale momento in cui la pretesa restitutoria può essere fatta utilmente valere e dal quale quindi decorre il termine di decadenza triennale previsto dall'art. 77 cit. per poter richiedere il rimborso. A maggior ragione, trattandosi di tributo inesistente erroneamente versato, la domanda di restituzione è comunque soggetta al termine di prescrizione ordinario cui sono soggette le azioni di ingiustificato arricchimento.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 27 febbraio 2014 - Pres. Giaccardi - Rel. Icardi - B.C. s.r.l. (Avv. Lovisolo) c. Agenzia delle Entrate di Savona.

IMPOSTE sui redditi - deducibilità dei costi - criterio di determinazione della loro inerenza.

Si deve, ribadire che una spesa o un costo assumono rilevanza non in quanto in rapporto diretto con un ricavo ma in quanto correlati all'attività d'impresa, intesa come attività destinata a produrre reddito.

Nel caso in esame i costi presentano tale carattere ed il contribuente ha fornito specifica prova al riguardo.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 27 marzo 2014 - Pres. Schito - Rel. Icardi - B.C. s.r.l. (Avv. Lovisolo) c. Agenzia delle Entrate di Savona.

IMPOSTE sui redditi - scostamento dalle risultanze degli studi di settore - particolari modalità di svolgimento della attività d'impresa - rilevanza - fattispecie.

Il contribuente ha l'onere di provare, senza alcuna limitazione, la sussistenza di condizioni che giustificano l'esclusione dell'impresa dall'area dei soggetti cui possono essere applicati gli standards o la specifica realtà dell'attività economica nel periodo di tempo in esame: e la motivazione dell'atto di accertamento "non può esaurirsi nel rilievo precisato dello scostamento, ma deve essere integrata con la dimostrazione dell'applicabilità in concreto dello standard prescelto e con le ragioni per le quali sono state disattese le contestazioni sollevate dal contribuente".

L'esito del contraddittorio non condiziona comunque l'impugnabilità dell'accertamento, potendo il giudice tributario liberamente valutare tanto l'applicabilità degli standards al caso concreto, da dimostrarsi dall'ente impositore, quanto la controprova offerta dal contribuente che non è vincolato alle eccezioni sollevate nella fase del procedimento amministrativo e dispone della più ampia facoltà, incluso il ricorso a presunzioni semplici.

I segnali emergenti dallo studio di settore - costituenti indici rilevatori di una possibile anomalia nel comportamento - devono essere "corretti", in contraddittorio con il contribuente, in modo da "fotografare" la specifica realtà economica della singola impresa, la cui dichiarazione dell'ammontare dei ricavi abbia dimostrato una significativa "incoerenza" con la "normale redditività" delle imprese omogenee considerate nello studio di settore applicato.

Il contribuente ha fornito piena prova circa l'inapplicabilità dello studio di settore:

L'impresa, di piccole dimensioni, è caratterizzata dal fatto di realizzare costruzioni su dei propri: la medesima cioè acquista immobili e poi, ottenute le necessarie autorizzazioni, procede alla edificazione ovvero ristrutturazione dei fabbricati: ciò determina un andamento ciclico dell'attività d'impresa, la quale realizzerà ricavi solo al momento in cui, ultimata la costruzione o la ristrutturazione, procederà alla vendita degli immobili: i periodi dedicati all'acquisto dei terreni, alle attività burocratiche o di progettazione non presentano, ovviamente, ricavi fiscalmente rilevanti.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 1 aprile 2014 - Pres. Spirito - Rel. Giordano - F.A. s.r.l. (Avv. Lovisolo) c. Agenzia delle Entrate Savona.

IMPOSTE sui redditi - applicabilità degli studi di settore - sentenza passata in giudicato che per il periodo

d'imposta precedente esclude l'applicabilità del cluster utilizzato dall'ufficio al fine della applicazione degli studi di settore - esistenza di giudicato, preclusiva di tale riesame per il periodo d'imposta successivo.

La Commissione Tributaria Regionale, visti gli atti, sentite le parti e preso atto di quanto eccepito dal difensore, ritiene di non entrare nel merito in quanto il fatto nuovo della sentenza di Cassazione SS.UU. 13916/06 la quale stabilisce che in presenza di due giudizi sulla medesima materia, di cui uno passato in giudicato, preclude il riesame dello stesso punto di diritto accertato e risolto e ciò vale anche in materia tributaria, come nel caso in esame, si ritiene equo compensare le spese per questo giudizio e per quello precedente.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 23 ottobre 2013, n. 81 - Pres. Haupt - Rel. Cunati.

IMPOSTE sui redditi - rapporto di lavoro dipendente - simulazione - società - giudizio civile - sentenza - accertamento della simulazione - amministrazione finanziaria - rilevanza - terzo estraneo - esclusione.

In tema di accertamento delle imposte sui redditi, mentre l'Amministrazione finanziaria, assumendo il correlativo onere probatorio, ha il potere di riqualificare i contratti sottoscritti dal contribuente oppure di farne rilevare la simulazione od altri profili di invalidità, quale la nullità per difetto di causa, e, conseguentemente, applicare un trattamento fiscale meno favorevole di quello conseguente agli effetti ricollegabili allo schema negoziale impiegato, il contribuente ha diritto di provare l'assenza del presupposto impositivo, purché tale prova si formi nel valido contraddittorio tra le parti. Pertanto, la sentenza resa dal Giudice del lavoro che abbia accertato la simulazione di un rapporto societario tra due persone, con dissimulazione di un rapporto di lavoro dipendente, ha efficacia di giudicato tra le sole due parti in causa senza dispiegare alcun effetto diretto nei confronti dell'Amministrazione finanziaria la quale si pone come soggetto creditore, terzo ed estraneo al giudizio.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 18 febbraio 2013, n. 50 - Pres. Brusco e Rel. Graziano.

IVA - credito - dichiarazione - rimborso - modello VR - mancata compilazione - preclusione - non sussiste - termine - prescrizione ordinaria - sussistenza.

Il mancato adempimento di un onere formale, quale la presentazione del modello VR, non può pregiudicare il diritto al rimborso del credito IVA regolarmente esposto in dichiarazione, dal momento che l'esposizione di un credito d'imposta nella denuncia dei redditi obbliga l'Amministrazione ad esercitare i propri poteri-doveri di controllo di modo che, una volta che il credito si sia consolidato, la stessa Amministrazione è tenuta ad eseguire il rimborso, essendo il relativo credito soggetto all'ordinaria prescrizione decennale.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 4 marzo 2013, n. 42 - Pres. Cingano - Rel. Bruni.

MISURE cautelari - art. 22, d.lgs. n. 472/97 - ente impositore - istanza - responsabile del procedimento - mancata sottoscrizione - invalidità - non sussiste.

MISURE cautelari - art. 22, d.lgs. n. 472/97 - periculum in mora - configurabilità.

Il vizio di omessa indicazione del responsabile del procedimento non è prospettabile con riguardo all'istanza con cui l'Ente impositore domanda la concessione di una misura cautelare ex art. 22, d.lgs. n. 472/97, trattandosi di atto di valenza giurisdizionale, e non amministrativa, in quanto destinato al vaglio del Giudice Tributario.

Ai fini della non configurabilità del requisito del periculum in mora, necessario per la concessione di una misura cautelare prevista dall'art. 22, d.lgs. n. 472/97, la circostanza che il contribuente non abbia mai posto in essere atti finalizzati alla dispersione del proprio patrimonio è irrilevante in quanto ciò non esclude necessariamente che tale depauperamento non possa essere posto in essere nel futuro.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 22 luglio 2013, n. 103 - Pres. Quattraro - Rel. Scanu.

MISURE cautelari - ipoteca - sequestro conservativo - art. 22, d.lgs. n. 472/97 - periculum in mora - configurabilità.

La concessione delle misure cautelari previste dall'art. 22, d.lgs. n. 472/97, è disposta nei casi in cui l'ente impositore abbia il fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito; a tal fine, deve ritenersi sussistente il requisito del "periculum in mora" ogni qualvolta vi sia una evidente sproporzione tra il credito vantato dall'ente impositore ed il valore dei beni del patrimonio del contribuente, essendo verosimile l'ipotesi che quest'ultimo possa disperderli o sottrarli prima del soddisfacimento del credito erariale (fattispecie in cui il "periculum" è stato ravvisato nel contegno del contribuente che non aveva mai provveduto al pagamento di molteplici cartelle esattoriali e di diversi accertamenti a lui notificati, né li aveva mai impugnati).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 3 aprile 2014, Pres. Mignone - Rel. Scanu - F. (Avv. Lovisolo) c. Equitalia Nord s.p.a.

NOTIFICA - notifica dell'atto di accertamento di cui si è appresa notizia attraverso la notifica dell'atto di presa in carico dell'agente della riscossione - inesistenza della notifica - fattispecie.

Nel caso in esame, l'Agente postale, nella relata di notifica, non ha dato atto di avere ricercato senza esito il destinatario dell'atto e le persone indicate dalla legge come consegnatari "preordinati", rispetto al portiere cui detto atto è stato consegnato; quest'ultimo non ha sottoscritto il registro di consegna indicandone la propria qualifica.

L'Ufficio non ha dimostrato che la C.A.N. (Comunicazione dell'avvenuta notifica) sia stata inviata a mezzo posta raccomandata all'indirizzo del contribuente.

Pertanto, poiché la notifica dell'accertamento impugnato è stata effettuata senza il rispetto delle formalità previste per le notifiche "a mezzo posta", ai sensi del combinato disposto degli art. 139 e 149 del c.p.c. e dell'art. 7 della L. 890/82, ne consegue che l'avviso di accertamento e la conseguente comunicazione dell'Agente della Riscossione debbono considerarsi inesistenti.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 20 giugno 2013, n. 146 - Pres. e Rel. Brusco.

PROCESSO tributario - parte resistente - costituzione - termine - tardività - conseguenza - memorie e documenti - inammissibilità - esclusione.

ICI - aree demaniali - concessione - concessionario - soggettività - sussiste - rendita catastale - concedente - procedura DOCFA - agenzia del territorio - rettifica - effetti - nei confronti del concessionario - notificazione - necessità.

Nel processo tributario, la costituzione della parte resistente oltre il termine di cui all'art. 23, d.lgs. n. 546/92, non produce le stesse decadenze che l'art. 22 ricollega alla tardiva costituzione in giudizio del ricorrente: infatti, dovendosi fare riferimento all'art. 171, c. 2, c.p.c., è ammessa la costituzione del resistente fino alla prima udienza, ferme le decadenze di cui all'art. 167 c.p.c. tra le quali non sono però previste la proposizione delle difese e la produzione di documenti, le quali potranno essere validamente svolte ed utilizzate dalla Commissione ai fini della decisione.

Il concessionario di un'area demaniale, ai sensi dell'art. 3, c. 2, d.lgs. n. 504/92, è soggetto ICI per tali aree. Pertanto, in forza di tale qualità, la rettifica della rendita catastale, precedentemente proposta dal concedente con procedura DOCFA, perché possa esplicare validamente effetti, anche retroattivamente, nei confronti del concessionario rimasto estraneo alla procedura, deve essergli notificata dall'Agenzia del Territorio, così come previsto dall'art. 74, c. 1, L. n. 342/2000.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. X, 23 gennaio 2014, n. 163 - Pres. e Rel. Mignone.

RISCOSSIONE - debiti de cuius - soggetto erede - rinuncia eredità - rapporti giuridici de cuius - carenza titolarità - sussiste - agente riscossione - iscrizione ipotecaria - oggettiva illegittimità - consegue.

È illegittima l'iscrizione ipotecaria effettuata, per debiti del de cuius, su immobili del chiamato che abbia rinunciato all'eredità e in quanto tale carente di titolarità per i rapporti giuridici facenti capo al de cuius (Nel caso di specie la contribuente risultava destinataria di un preavviso di iscrizione ipotecaria riguardante debiti per IVA ed IRAP del padre defunto per l'anno d'imposta 2004. L'agente della riscossione l'avvenuta rinuncia all'eredità e la conseguente carenza di titolarità della contribuente per rapporti giuridici facenti capo al de cuius).

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. I, 8 aprile 2013, n. 201, - Pres. Soave - Rel. Barabino.

RISCOSSIONE - compravendita azienda - società cedente - cessione credito iva - oggettiva ammissibilità - sussiste - società cessionaria - rispetto istruzioni ministeriali - inserimento dichiarazione iva - ente impositore - attività liquidatoria - notifica avviso bonario - successiva iscrizione ruolo - credito iva - illegittimità mancato riconoscimento - consegue.

È illegittima la pretesa riferita ad un credito IVA oggetto di trasferimento attraverso un contratto di cessione d'azienda qualora, pur avendo la società cessionaria correttamente operato il suo inserimento nella propria dichiarazione fiscale conformemente alle istruzioni ministeriali, l'ente impositore non lo abbia comunque riconosciuto comunicando dapprima l'avviso bonario e poi conferendo esecutività al ruolo (Nel caso di specie la contribuente, società di capitali svolgente commercio di autoveicoli, risultava destinataria per l'anno d'imposta 2006 di un ruolo per IVA di Euro 172.459,00 oltre a sanzioni ed interessi. L'ente impositore, che sosteneva l'impossibilità di cessione di un credito IVA attra-

verso un contratto di cessione d'azienda, lo aveva infatti disconosciuto integralmente nonostante la contribuente lo avesse correttamente indicato nella propria dichiarazione fiscale a seguito dell'acquisto di altra azienda del settore, la quale lo aveva dapprima regolarmente maturato e poi ceduto con l'azienda (insieme ad altri assets) a favore della contribuente).

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. II, 11 novembre 2013, n. 183 - Pres. Cardino - Rel. Chiti.

SANZIONI - professionista depositario scritture contabili - cliente assistito - autore principale - rileva - esposizione passività inesistenti - infedele dichiarazione fiscale - non rileva - concorso formale - professionista/cliente assistito - ente impositore - esplicitazione ragioni - esclusione - difetto motivazione - sussiste - omessa dichiarazione fiscale - rileva - irrogazione sanzione - misura fissa - consegue.

È illegittima l'irrogazione delle sanzioni proporzionali anziché in misura fissa nei confronti del professionista depositario delle scritture contabili in quanto, pur avendo esposto passività inesistenti, non può avere commesso in concorso con il proprio assistito (autore della violazione) la violazione di infedele dichiarazione quanto eventualmente quella di omessa dichiarazione fiscale qualora l'ente impositore non riesca neppure a motivare le ragioni della presunta violazione (Nel caso di specie il contribuente, professionista tenentario delle scritture contabili, risultava destinatario di un avviso di irrogazione sanzioni per l'anno 2008. L'ente impositore, pur non avendo esplicitato le ragioni della presunta violazione, aveva egualmente irrogato al professionista la sanzione proporzionale anziché quella fissa ritenendolo responsabile in concorso con il proprio cliente della violazione di dichiarazione infedele anziché della violazione riguardante l'omessa dichiarazione fiscale).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XIII, 8 maggio 2014, n. 925 - Pres. Ghigliazza - Rel. Piu - M. (Avv. Lovisolo) c. Agenzia delle Entrate Direzione provinciale di Genova.

TRATTAMENTO previdenziale integrativo - personale CAP - irpef - ritenute alla fonte - imponibile dell'85% - diritto al rimborso - spettanza.

Il Trattamento previdenziale integrativo del personale dell'ex Consorzio autonomo del Porto di Genova, erogato dal fondo previdenziale C.A.P. costituito presso l'I.N.P.S., ai sensi della L. 13 febbraio 1987, n. 26, è assoggettato a ritenuta su di un imponibile dell'85%, ai sensi degli art. 47 e 48 T.U.I.R. che rinviano al d.lgs 21 aprile 1993, n. 124 (di attuazione della legge delega 421/1992), con conseguente diritto al rimborso per il contribuente tassato sulla totalità. Tale trattamento fiscale riguarda infatti tutte le forme pensionistiche complementari, esistenti alla data di entrata in vigore della L. 421/1992, nessuna esclusa.

La subordinazione alla vigilanza del Covip non è richiesta in questo caso, in quanto i relativi fondi pensionistici già esistevano (sin dal 1987) alla data di entrata in vigore del citato d.lgs 124/1993, che ha previsto questo ulteriore adempimento.

Altresì la distinzione fra pensioni integrative e complementari non rileva, in quanto, al di là della terminologia formale adoperata, il trattamento pensionistico è pacificamente corrisposto al fine di garantire al personale del CAP il medesimo trattamento un tempo corrisposto dalla Cassa previdenziale dell'Ente di previdenza, e dunque quale integrazione del quantum corrisposto in via obbligatoria.

A.Q.

Sezione di diritto penale

Sentenze e Ordinanze

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 13 febbraio 2013 - Giudice Faraggi.

REATI del codice della strada - guida in stato di ebbrezza - accertamento condotto con etilometro - fase di assorbimento - possibile discrasia sangue venoso sangue arterioso - accertamento condotto con prelievo ematico - attendibilità - assenza elementi sintomatici - conferma - quantificazione della misura dell'ebbrezza attingendo al dato del prelievo ematico - possibilità.

(Art. 186 commi 2 bis, 9 bis C.d.S.)

Nel caso di discrasia tra esito dell'etilometro e successivo esito di prelievo ematico, nel caso in cui il primo dato sia stato raccolto in fase di assorbimento e laddove non si ravvisino elementi sintomatici di uno stato di ebbrezza coerente con il dato dello stesso etilometro, può avanzarsi il dubbio che il dato corretto sia vicino a quello rilevato con il prelievo ematico.

Questo perché in fase di assorbimento, la effettiva concentrazione di alcol nel sangue rilevata tramite espirato, può essere considerata una specie di "bersaglio mobile", lievemente variabile, in eccesso, rispetto a quello che sarebbe il risultato di un accertamento tramite prelievo ematico che viene sempre effettuato su sangue venoso.

Nel caso di specie al momento dell'accertamento di PG l'effettivo tasso di alcol nel sangue venoso poteva essere leggermente inferiore rispetto a quello rilevato dall'etilometro, e tale conclusione è avvalorata dalla valutazione del risultato delle analisi sul prelievo del sangue (concentrazione di 0,8 g/l), rapportato al tempo trascorso dall'accertamento con l'etilometro e dall'assenza, al momento dell'accertamento con l'etilometro, di evidenti segni di ebbrezza, che sarebbero stati certamente presenti ed eclatanti se avesse avuto un tasso di alcol nel sangue pari a quello accertato con l'etilometro stesso.

(... Omissis...)

In data 23.2.2012 il GIP ha emesso Decreto di citazione a giudizio a seguito di opposizione a Decreto penale di condanna nei confronti di X in ordine al reato in epigrafe.

Al dibattimento svoltosi alla presenza dell'imputato, è stato revocato il Decreto penale opposto.

Sono stati esaminati i testi delle parti ed il ct di parte dott. A. È stata acquisita la relazione di ct ed ulteriore documentazione (referto di analisi del sangue). X si è sottoposto ad esame.

All'esito dell'istruttoria dibattimentale le parti hanno formulato le rispettive conclusioni e il giudice ha pronunciato sentenza dando lettura del dispositivo.

Motivi della decisione.

Secondo quanto riferito dal teste ag. PM Q, egli nella serata del 2.7.2011 intervenne in Via Negro ove era stato segnalato un incidente.

Giunto sul posto constatato che le due autovetture coinvolte Citroen e Mitsubishi erano state rimosse e ne identificò i conducenti nelle persone di Y e di X.

L'auto di Y presentava danni su paraurti parafango e portiera

posteriore sinistra e l'auto dell'imputato era danneggiata su paraurti anteriore.

La strada era a doppio senso di marcia, priva della linea di mezzzeria e risultò evidente che le due autovetture erano venute a collisione urtandosi lateralmente mentre provenivano da direzioni opposte.

X risultò positivo al pre-test e fu quindi sottoposto ad alcoltest, che evidenziò presenza di alcol nel sangue nella misura di 1,54 g/l alla prima prova esperita alle h. 22.25 e di 1,63 g/l alla seconda prova esperita alle h. 22.39.

Fu quindi segnalato all'autorità giudiziaria in ordine al reato di cui all'art. 186 comma 2 lett. c) e comma 2 bis CdS.

Nel corso dell'interrogatorio al dibattimento l'imputato ha prodotto un referto di analisi del sangue effettuato presso l'ospedale di Sestri Ponente il giorno 3 luglio 2011 ove si era recato alle h. 00.58 (referto stampato alle h. 01.08), che evidenzia tasso di alcol nel sangue pari a 0,8 g/l.

Ha spiegato di aver deciso di effettuare l'esame del sangue, dopo l'accertamento della polizia municipale, in quanto molto stupito dei risultati dell'etilometro: nel corso della serata e prima di mettersi alla guida, infatti, aveva sì assunto alcolici, ma non in misura tale da giustificare una presenza di alcol nel sangue nella misura rilevata dall'etilometro.

In particolare ha ricordato di aver bevuto con degli amici prima di cena un aperitivo costituito da un bicchiere di vino, e di aver assunto un altro po' di vino (in tutto circa tre bicchieri) durante la cena, poco prima di mettersi in viaggio in macchina con la moglie e il figlio, diretti a Finale Ligure.

L'incidente si era verificato verso le 21:00, mezz'ora circa dopo la fine della cena, e non era addebitabile a sua responsabilità: mentre viaggiava lungo la via Negro, infatti, si era trovato di fronte l'altra autovettura che proveniva da direzione opposta di marcia, e che aveva invaso la sua parte di carreggiata. Con una sterzata verso destra X era riuscito ad evitare l'impatto frontale, ma le due auto si erano comunque toccate sulla fiancata. L'altra vettura si era allontanata senza fermarsi ed egli aveva quindi invertito il senso di marcia raggiungendola in piazza Baracca.

Poiché il conducente si rifiutava di dargli i documenti l'imputato aveva deciso di far intervenire la polizia chiamando il 113. La dinamica dell'incidente è stata confermata dalla testimonianza della moglie di X, K, che viaggiava al suo fianco in qualità di passeggera.

L'imputato ha ribadito che al momento del fatto non si sentiva per nulla alterato e che non si sarebbe quindi aspettato un risultato dell'etilometro così elevato.

È stato quindi esaminato il consulente tecnico della difesa, professor A, direttore del Dipartimento di patologia clinica della ASL 3 genovese, responsabile del laboratorio di secondo livello di tossicologia analitica dell'ospedale La Colletta di Arenzano, professore della scuola di specializzazione di tossicologia e membro della Società italiana di alcoologia ligure.

Secondo quanto da lui riferito ed illustrato nella relazione di consulenza tecnica acquisita agli atti, e negli articoli scientifici allegati, l'assunzione di alcol è seguita da tre distinte fasi: una fase cosiddetta di assorbimento, in cui l'alcol entra nel circolo e raggiunge il picco massimo di concentrazione dopo un pe-

riodo variabile da mezz'ora a due ore, una fase cosiddetta "di plateau", in cui la concentrazione tende a mantenersi stabile ed una terza fase di discesa, cioè di diminuzione della concentrazione di alcol nel sangue.

Nel momento in cui X fu sottoposto ad accertamento con l'etilometro, egli si trovava certamente nella fase di assorbimento, come dimostrato dall'aumento della concentrazione di alcol nel sangue a distanza di pochi minuti.

Secondo quanto ha riferito il consulente tecnico, in questa fase non vi è equilibrio fra la concentrazione di alcol nel sangue venoso e quella del sangue arterioso, che è quella rilevata, in questa fase dell'etilometro.

In particolare nella fase di assorbimento la concentrazione nel sangue arterioso può risultare sovrastimata rispetto a quella del sangue venoso: la concentrazione di alcol nel sangue arterioso e nel sangue venoso raggiunge l'equilibrio solo al picco massimo, cioè all'inizio della fase di plateau. Nella fase di discesa, invece, la concentrazione arteriosa è inferiore alla concentrazione venosa.

Per questo motivo, pur non ponendo in dubbio l'efficienza, l'efficacia e l'attendibilità dell'etilometro, il consulente tecnico ha evidenziato come in fase di assorbimento, la effettiva concentrazione di alcol nel sangue rilevata tramite espirato, possa essere considerata una specie di "bersaglio mobile", lievemente variabile, in eccesso, rispetto a quello che sarebbe il risultato di un accertamento tramite prelievo ematico che viene sempre effettuato su sangue venoso.

Le conclusioni a cui giunge il consulente tecnico sulla base di questi dati scientifici e cioè che al momento dell'accertamento di PG l'effettivo tasso di alcol nel sangue venoso potesse essere leggermente inferiore rispetto a quello rilevato dall'etilometro, sono avvalorate anche dalla valutazione del risultato delle analisi sul prelievo del sangue (concentrazione di 0,8 g/l), rapportato al tempo trascorso dall'accertamento con l'etilometro: considerando che la diminuzione della concentrazione etanolemica varia da 0,10 a 0,20 g/l per ora, ed effettuando calcolo "a ritroso" dal momento dell'ingresso in ospedale il Ct ha calcolato che al momento dell'esame con etilometro la concentrazione di alcool nel sangue potesse collocarsi in una misura ricompresa fra 0,8 ng/l e 1,34 g/l.

Ad ulteriore riscontro di questi risultati, il c.t. ha sottolineato come al momento dell'accertamento con l'etilometro l'imputato non presentasse evidenti segni di ebbrezza, che sarebbero stati certamente presenti ed eclatanti se avesse avuto un tasso di alcol nel sangue pari a quello accertato con l'etilometro.

Appare pertanto del tutto ragionevole ritenere che X si sia posto alla guida della propria autovettura con tasso di alcol nel sangue ricompreso fra le due misure indicate dal ct, entrambe rilevanti ai sensi dell'articolo 186 comma 2 lett b) Cds.

Non può essere esclusa l'aggravante di cui all'articolo 186 comma 2 bis: ed infatti, anche a voler considerare la possibilità di un concorso di colpa dei due conducenti nella produzione dell'incidente, è evidente che lo stato di alterazione prodotta dall'ingestione di alcol è suscettibile di influire sulla capacità di reazione ad eventi esterni, che potrebbero essere altrimenti evitabili.

L'imputato deve quindi essere dichiarato responsabile del reato di cui all'articolo 186 comma 2 lett b) e comma 2) bis Cds.

Per quanto attiene alla quantificazione della pena, possono essere concesse le circostanze attenuanti generiche in ragione della mancanza di precedenti e del corretto comportamento processuale. Le attenuanti possono essere valutate con giudizio di equivalenza rispetto all'aggravante contestata.

Valutati i criteri di cui all'articolo 133 c.p. si stima equa una

pena di mesi 3 di arresto ed € 1000 di ammenda, oltre al pagamento delle spese processuali.

La pena detentiva può essere sostituita con la corrispondente pena pecuniaria pari ad euro 22.500 di ammenda, ai sensi degli articoli 53 e seguenti legge 689/81.

Lo stato di incensuratezza consente di ritenere che l'imputato si asterrà in futuro dalla commissione di ulteriori reati e di disporre la sospensione condizionale della pena e la non menzione sul certificato penale rilasciato ad uso dei privati. Ai sensi dell'articolo 186 comma 2 lett b) Cds si applica la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida per un periodo che si ritiene opportuno quantificare in mesi sei.

P.Q.M.

Visti gli art. 533-535 cpp dichiara

X responsabile del reato di cui all'art. 186, comma 2 lettera b) e comma 2 bis D.Lvo 285/92 e applicate le circostanze attenuanti di cui all'art. 62 bis cp equivalenti alla contestata aggravante, lo condanna alla pena di mesi 3 di arresto ed € 1000 di ammenda, oltre al pagamento delle spese processuali.

Visti gli artt. 53 L 689/ 81 sostituisce la pena detentiva con la corrispondente pena pecuniaria pari a

€ 22.500 di ammenda Visto l'art. 163 e 175 cp DISPONE la sospensione condizionale della pena e la non menzione sul certificato penale rilasciato ad uso di privati Visto l'art. 186 comma 2 lett b) Cds applica la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida per un periodo di mesi 6.

(... Omissis...)

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 9 novembre 2012 - Giudice Carta.

REATI fiscali - dichiarazione infedele - elementi passivi fittizi - costo ritenuto fiscalmente non deducibile - costo realmente sostenuto - reato - insussistenza.

(Art. 4 D. Lgs. 10 marzo 2000 n. 74)

In tema di dichiarazione infedele la nozione di elemento passivo fittizio sotto il profilo penalistico deve essere interpretata in modo restrittivo con riferimento a costi mai sostenuti e non può comprendere anche costi realmente sostenuti e dedotti in violazione di norme fiscali. Una tale estensione comporterebbe una smisurata espansione della fattispecie penale applicabile ad un numero illimitato di comportamenti, talvolta anche dubbi ed equivoci perché basati su qualificazioni opinabili. Poiché, nella presente fattispecie, il costo è stato effettivamente sostenuto deve essere esclusa la sua fittizietà e conseguentemente la sussistenza del reato.

(... Omissis...)

Nei confronti di: Y (... omissis...) imputata del reato p. e p. dall'art. 4 del Decreto legislativo 10 marzo 2000 n.74 perché, nella sua qualità di legale rappresentante della società Y immobiliare srl, al fine di evadere le imposte sui redditi, indicava, nella dichiarazione annuale relativa all'anno 2007, elementi passivi fittizi, sottraendo in tal modo all'imposizione elementi attivi per un ammontare superiore al 10% di quelli dichiarati e realizzando un'evasione dell'imposta superiore a 103.291,38 €; in particolare nella dichiarazione indicava € 964.372 (con una imposta evasa relativa all'IRES pari a € 291.201) di elementi passivi fittizi avendo iscritto gli importi versati a garanzia per conto della società SF quali perdite su

crediti, scelta fiscalmente non praticabile in quanto elementi non inerenti all'attività di impresa. (... *Omissis*...)

Motivi della decisione

Ritenuto:

- che l'imputata ha fatto istanza di giudizio abbreviato ai sensi dell'art. 555 ce. 2 c.p.p., subordinando la richiesta ad un'integrazione probatoria consistente nell'acquisizione di una lettera inviata al consulente e dell'atto di costituzione nel giudizio tributario;
- che l'istanza è stata accolta ritenendosi l'integrazione probatoria richiesta effettivamente necessaria ai fini della decisione e compatibile con le finalità di economia processuale proprio del rito;
- che alla luce delle risultanze processuali l'imputata deve essere assolta dal reato a lei ascritto. Risulta come dato incontestato e documentalmente provato che la società Y immobiliare srl, di cui l'imputata era legale rappresentante, nella dichiarazione annuale relativa all'anno 2007 abbia portato in detrazione a titolo di perdite su crediti l'importo di € 964.372 pagato in qualità di garante

della SF dichiarata fallita il 24.5.2007. Tale detrazione non è stata ritenuta fiscalmente praticabile dall'Agenzia delle Entrate, trattandosi di elemento passivo ritenuto non inerente all'attività d'impresa. Senza scendere nel merito di tale valutazione si deve osservare come la nozione di elemento passivo fittizio sotto il profilo penalistico debba essere interpretato in modo restrittivo con riferimento a costi mai sostenuti e non può comprendere anche costi realmente sostenuti e dedotti in violazione di norme fiscali. Una tale estensione comporterebbe una smisurata espansione della fattispecie penale applicabile ad un numero illimitato di comportamenti, talvolta anche dubbi ed equivoci perché basati su qualificazioni opinabili. Poiché, nella presente fattispecie, il costo è stato effettivamente sostenuto deve essere esclusa la sua fittizietà e conseguentemente la sussistenza del reato.

P.Q.M.

Visto l'art. 530 assolve Y dal reato a lei ascritto perché il fatto non sussiste.
(... *Omissis*...)

Massime

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 10 giugno 2013 - Giudice Orsini.

BANCAROTTA - bancarotta fraudolenta - Amministratore di diritto e amministratore - rapporto familiare: padre amministratore di fatto, figlio amministratore di diritto - condotta del padre - gravità manifesta - circostanze attenuanti generiche - esclusione - condotta del figlio - responsabilità - sussistenza - autonomia limitata - minore gravità.

(Artt. 223 e 216 comma 1 nn. 1 e 2 r.d. 267/42)

BANCAROTTA - pluralità di condotte tipiche - ipotesi di cui all'art. 219 L. Fall - natura - cumulo giuridico - derogazione disciplina art. 81 C.P. - circostanza aggravante - esclusione.

(Art. 219 comma 2 n. 1 r.d. 267/42)

BANCAROTTA - pena accessoria - assenza di indicazione di limite minimo - possibilità di durata diversa dalla pena principale - esclusione.

(Art. 216 comma 4 r.d. 267/42)

All'amministratore di fatto di società dichiarata fallita responsabile di atti di distrazione e della carente e disordinata tenuta delle scritture contabile, che si sia avvalso del giovane figlio appena ventenne per fargli assumere il ruolo di amministratore della società, non sono concedibili le attenuanti generiche, attesa la notevole entità del dissesto, la spregiudicatezza con cui ha stipulato per finanziarsi contratti preliminari pur a fronte di una operazione non ancora concreta e l'entità delle attività distrattive.

La responsabilità per concorso nei reati del figlio, amministratore di diritto, sussiste per la sua consapevolezza di quanto avveniva, come dallo stesso ammesso e come risultante dal fatto che costui eseguiva quanto di volta in volta indicato dal padre, ivi comprese le operazioni bancarie distrattive.

Possono riconoscersi le attenuanti generiche all'amministratore di diritto atteso che lo stesso è stato coinvolto giovanissimo in un progetto del padre, trovandosi a commettere, in concorso con quest'ultimo, azioni distruttive, certamente con la consapevolezza della valenza illecita delle sue condotte, ma con un ruolo non autonomo.

Nel caso di consumazione di una pluralità di condotte tipiche di bancarotta nell'ambito del medesimo fallimento, le stesse mantengono la propria autonomia ontologica, dando luogo ad un concorso di reati, unificati, ai soli fini sanzionatori, nel cumulo giuridico previsto dall'art. 219, comma secondo, n. 1, legge fall., disposizione che pertanto non prevede, sotto il profilo strutturale, una circostanza aggravante, ma detta per i reati fallimentari una peculiare disciplina della continuazione derogatoria di quella ordinaria di cui all'art. 81 c.p.. Detta disciplina speciale (che si applica anche alle ipotesi di bancarotta impropria) si applica sia nel caso di reiterazione di fatti riconducibili alla medesima ipotesi di bancarotta, che in quello di commissione di più fatti tra quelli previsti dagli artt. 216 e 217 della stessa legge (Cass. Sez. Un. 21039/2011). In sostanza oggetto della punizione non è il fallimento, ma i singoli fatti di bancarotta, che ledono o pongono comunque in pericolo gli interessi dei creditori, sempre che l'imprenditore sia o sia stato dichiarato fallito,

rappresentando tale dichiarazione una "condizione di esistenza del reato".

Quanto alla pena accessoria dell'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e dell'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa, un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 216 comma 4 legge fall. porta a ritenere che nella norma citata venga indicato un termine (dieci anni), rispondente al termine edittale massimo. Non sarebbe infatti in armonia con l'art. 3 Cost. dedurre dall'assenza di previsione di un distinto limite minimo la convinzione che la legge fall. fissi indiscriminatamente la pena accessoria in anni dieci, sciogliendo il rapporto di durata con la pena principale stabilita dal giudice e così derogando l'art. 37 c.p.

Invero, il c.d. principio di "mobilità della pena", affermato dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 50/1980, richiamata dalla sentenza n. 91/08, impone la predeterminazione tra un minimo ed un massimo, quale necessario corollario del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., che consente di proporzionarla all'effettiva entità ed alle specifiche esigenze dei singoli casi, ciò che consente di adeguare le risposte punitive ai casi concreti contribuendo a rendere quanto più possibile personale la responsabilità penale (nella prospettiva segnata dall'art. 27 Cost. comma 1), e nello stesso tempo essendo strumento per una determinazione della pena quanto più possibile finalizzata (nella prospettiva dell'art. 27 Cost. comma 3).

Nonostante l'art. 216 cit. preveda solo un limite massimo, non si ritiene che la mancata previsione del limite minimo consenta, ai sensi dell'art. 37 c.p., di applicare la pena accessoria con una durata diversa da quella della pena principale. Pertanto, in definitiva, la durata della pena accessoria speciale stabilita dall'art. 216 u.c. cit. deve essere determinata in misura uguale a quella della pena principale inflitta nell'ambito edittale per questa previsto.

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 24 settembre 2013 - Giudice Bossi.

CODICE della strada - guida in stato di ebbrezza - lavori di pubblica utilità ex art. 186, comma 9 bis, c.d.s. - computo della sanzione sostitutiva - art. 54, comma 5, D.lgs. 274/2000 - applicabilità.

(Art. 186 c.d.s. - art. 54, comma 5, D.lgs. 274/2000).

In base a quanto stabilito dall'art. 186, comma 9 bis, c.d.s. il lavoro di pubblica utilità ha una durata corrispondente a quella della sanzione detentiva irrogata e della conversione della pena pecuniaria ragguagliando 250 euro a un giorno di lavoro di pubblica utilità. Inoltre, secondo quanto disposto dall'art. 54, comma 5, d.lgs. 74/2000, applicabile in parte qua, ai fini del computo della pena, un giorno di lavoro di pubblica utilità consiste nella prestazione, anche non continuativa, di due ore di lavoro.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 26 giugno 2013 - Giudice Cusatti.

COMPETENZA per territorio determinata dalla con-

nessione - foro determinato in ragione del reato più grave - foro determinato in funzione della competenza funzionale - prevalenza.

(Art. 16 c.p.p.)

CONTRASTI negativi fra pubblici ministeri - separazione dei procedimenti in fase di indagine - translatio iudicii disposta unilateralmente dal P.M. - incompetenza.

(Artt. 54 c.p.p. e 130 bis disp. att. c.p.p.)

La pacifica giurisprudenza di legittimità afferma la prevalenza del foro determinato in ragione della competenza funzionale a conoscere di un determinato reato sul foro determinato in ragione del reato più grave che a quello risulti connesso.

La separazione dei procedimenti - quand'anche disposta dal P.A. in forza dell'art. 130 bis disp. att. c.p.p. - non deve e non può operare sulla competenza: nel senso che la stessa postula che i procedimenti precedentemente riuniti e poi separati siano devoluti alla cognizione della medesima A.G.; a ragionare in termini diversi, la separazione dei procedimenti integrerebbe un'ulteriore forma - sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 54 c.p.p. - di inammissibile translatio iudicii disposta unilateralmente dal P.M., in palese violazione dei principi delineati in materia dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 262/1991.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 7 ottobre 2013 - Giudice Bolelli.

CONCORSO anomalo - responsabilità per l'evento diverso - dolo eventuale - dubbio - accettazione del rischio - inapplicabilità.

(Art. 116 c.p.)

STUPEFACENTI - detenzione illecita - impossessamento della sostanza stupefacente - consumazione - durata temporale - irrilevanza.

(Art. 73 D.P.R. 309/1990)

STUPEFACENTI - detenzione illecita - consumazione - ricezione dello stupefacente - controllo della P.G. - irrilevanza.

(Art. 73 D.P.R. 309/1990)

CONCORSO di persone nel reato - circostanza attenuante del contributo di minima importanza - apporto differenziato nella preparazione o nell'esecuzione materiale del reato - correo presente alla cessione - staffetta - inapplicabilità.

(Art. 114 c.p.)

Gli imputati devono rispondere del reato di cui all'art. 73 D.P.R. 309/1990, quanto meno a titolo di dolo eventuale, quando non si può dubitare che, tenuto conto di elementi emersi sia nel corso delle indagini che in udienza, si siano posti quanto meno il dubbio che la merce da trasportare potesse essere stupefacente e abbiano quindi accettato il rischio di tale evento diverso e più grave. Non appare quindi applicabile la fattispecie di cui all'art. 116 c.p., in quanto l'affermazione di responsabilità del compartecipe a titolo di concorso c.d. anomalo è subordinata all'accertamento che l'evento diverso non sia stato voluto neppure sotto il profilo del dolo indiretto.

L'avvenuto impossessamento della sostanza stupefacente, anche se

per un arco temporale contenuto, integra la fattispecie consumata della detenzione illecita, essendo irrilevante a tal fine la sua durata temporale, purché la detenzione sia cosciente e volontaria e sia corredata, sul piano oggettivo, dalla concreta e materiale disponibilità della sostanza.

In tema di detenzione di sostanze stupefacenti la Suprema Corte ha affermato che si realizza la piena consumazione del reato nel momento della ricezione dello stupefacente, a prescindere che tale operazione si sia svolta sotto il controllo della P.G. operante, attraverso un'operazione di "consegna controllata". Si ritiene infatti che nel lasso di tempo, sia pur breve, intercorso tra la consegna dello stupefacente e l'arresto, il soggetto agente abbia acquistato una disponibilità autonoma sulla cosa, sia pure momentanea e di breve durata, sufficiente a dar vita all'ipotesi consumata.

La Corte di Cassazione ha affermato che l'attenuante prevista dall'art. 114 c.p. presuppone un apporto differenziato nella preparazione o nell'esecuzione materiale del reato, non ritenendola applicabile al correo che, imputato di acquisto e codetenzione di stupefacente - sia stato presente alla cessione e abbia fornito il proprio contributo come staffetta, seppure non abbia ricevuto o custodito materialmente lo stupefacente.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 16 settembre 2013 - Giudice Orsini.

CONTRAVVENZIONI - inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità - norma penale in bianco a carattere sussidiario - inottemperanza dello straniero all'invito a presentarsi presso un ufficio di P.S. - presenza di una normativa specifica non surrogabile - inapplicabilità.

(Art. 650 c.p. - art. 14, d.lgs. 286/1998)

Non risponde del reato previsto dall'art. 650 c.p. lo straniero che non ottemperi all'invito a presentarsi presso un ufficio di P.S. - evidentemente ai fini dell'espulsione dal territorio nazionale -, in quanto l'ordine di allontanamento del Questore - e la relativa sequenza procedimentale stabilita dall'art. 14 del d.lgs. 286/1998 - non può essere validamente surrogata da altri atti.

L'art. 650 c.p. è infatti una norma penale in bianco a carattere sussidiario, applicabile solo quando il fatto non sia previsto come reato da una specifica disposizione ovvero allorché il provvedimento dell'autorità rimasto inosservato non sia munito di un proprio specifico meccanismo di tutela.

Ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 650 c.p. è necessario, tra l'altro, che l'inosservanza attenga a un provvedimento adottato in relazione a situazioni non prefigurate da alcuna previsione normativa che comporti una specifica autonoma sanzione.

Poiché l'invito a presentarsi presso l'ufficio di polizia in vista di possibili esiti negativi per l'interessato, quale, ad esempio, l'espulsione, non può validamente surrogare l'ordine di allontanamento, tipizzato dall'ordinamento giuridico, di competenza del Questore, attuativo del decreto prefettizio di espulsione e la precisa sequenza procedimentale stabilita dalla legge a tal fine, nel caso di specie l'art. 650 c.p. risulta inapplicabile.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 24 agosto 2013 - Giudice Cusatti.

DELITTI contro il patrimonio - appropriazione indebita - insussistenza.

(art. 646 c.p.)

Il delitto di appropriazione indebita si consuma nel momento e nel luogo in cui l'agente tiene consapevolmente un comportamento oggettivamente eccedente la sfera delle facoltà ricomprese nel titolo del suo possesso ed incompatibile con il diritto del proprietario, pertanto integra il reato in esame la condotta consistente nella mera interversione del possesso, che sussiste anche nel caso di una detenzione qualificata, conseguente all'esercizio di un potere di fatto sulla cosa, al di fuori della sfera di sorveglianza del titolare. E' pur vero che la giurisprudenza configura quale condotta di appropriazione indebita anche la mera omissione della restituzione della cosa che ne sia oggetto, ma occorre pur sempre, in tale evenienza, che dal comportamento tenuto dal detentore si rilevi, per le modalità del rapporto con la cosa, un'oggettiva interversione del possesso che, nel caso manchi, fa venire meno il reato.

(Fattispecie in cui l'imputato aveva restituito in ritardo un DVD noleggiato).

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 27 settembre 2013 - Giudice Bossi.

DELITTI contro il patrimonio - rapina - sussistenza - controllo visivo del rapinatore da parte della persona offesa - irrilevanza.

(Art. 628 bis c.p.)

Il reato di rapina è integrato dall'acquisita ed autonoma disponibilità della refurtiva, indipendentemente dalla circostanza, eventuale, che la persona offesa abbia mantenuto il controllo visivo del rapinatore e dalla temporaneità del possesso.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 26 settembre 2013 - Giudice Bolelli.

DELITTI contro la fede pubblica - falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico - falsa attestazione sostitutiva di certificazione - elemento oggettivo - reato di pura condotta e di pericolo - evento ulteriore dell'ottenimento o del mantenimento del beneficio cui è finalizzata la dichiarazione - irrilevanza - falsità della dichiarazione - integrazione del reato - elemento soggettivo - dolo generico - coscienza e volontà di dichiarare una cosa contraria al vero - presunzione di conoscenza della legge penale - consapevolezza dell'agente di compiere un'azione illegittima o antisociale - necessità.

(Artt. 5, 483 c.p. e 76 D.P.R. 445/2000)

La falsa attestazione sostitutiva di certificazione resa dal privato ai sensi del D. Lgs. n. 445 del 2000 integra il delitto di falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico.

Sotto il profilo dell'elemento oggettivo, il delitto di cui all'art. 483 c.p., è reato di pura condotta e di pericolo, che punisce tutte le false dichiarazioni in atto pubblico. Tale fattispecie criminosa, in quanto reato di pericolo e di pura condotta, prescinde dall'evento ulteriore dell'ottenimento o del mantenimento del beneficio cui è finalizzata la dichiarazione. La tutela anticipata, realizzata

dalla fattispecie in esame, punisce la lesione del bene "fede pubblica", in quanto tale, essendo sufficiente, per l'integrazione del reato, la falsità della dichiarazione.

Sussiste altresì l'elemento soggettivo, in quanto l'art. 483 c.p. prevede un reato a dolo generico, che consiste nella coscienza e volontà di dichiarare una cosa contraria al vero. Essendo la conoscenza della legge penale presunta dall'art. 5 c.p., quando l'agente abbia posto in essere coscientemente e con volontà libera un fatto vietato dalla legge penale, il dolo deve essere ritenuto sussistente, senza che sia necessaria la consapevolezza dell'agente di compiere un'azione illegittima o antisociale.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 10 giugno 2013 - Giudice Orsini.

DELITTI contro la libertà morale - violenza privata - finalizzazione della minaccia a coartare l'altrui volontà - necessità.

(Artt. 610; 612 c.p.)

Perché possa configurarsi il delitto di violenza privata è necessaria che la minaccia sia volta a costringere taluno a fare, tollerare od omettere qualcosa.

Difettando tale requisito e in presenza quindi di generiche minacce sarà configurabile la fattispecie di minaccia prevista e punita dall'art. 612 c.p.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 18 luglio 2013 - Giudice Carpanini.

DELITTI contro la persona - diffamazione a mezzo stampa - condotta - contenuto diffamatorio di intervista - presenza di profili di interesse pubblico - prevalenza su posizione soggettiva - reato - insussistenza.

(Art. 595 c.p., art. 13 L. 8/2/1948, n. 47)

Va ritenuta la responsabilità del giornalista che pubblica dichiarazioni rese da altri nel corso di un'intervista, se lesive dell'altrui reputazione in quanto sul giornalista incombe pur sempre il dovere di controllare veridicità delle circostanze e continenza delle espressioni riferite, ma la pubblicazione delle dichiarazioni aventi contenuto oggettivamente diffamatorio è da ritenere penalmente lecita, quando il fatto in sé dell'intervista, in relazione alla qualità dei soggetti coinvolti, alla materia in discussione e al più generale contesto in cui le dichiarazioni sono rese, presenti profili di interesse pubblico all'informazione, tali da prevalere sulla posizione soggettiva del singolo e da giustificare l'esercizio del diritto di cronaca, l'individuazione dei cui presupposti è riservata alla valutazione del giudice di merito.

(Fattispecie relativa ad un articolo relativo a dialoghi intercettati, che l'autorità giudiziaria ha comunque ritenuto rilevanti per l'adozione di un provvedimento di custodia cautelare, riportati come dato oggettivo e senza aggiungere nulla).

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 16 ottobre 2013 - Giudice Orsini.

GUIDA sotto l'effetto di sostanze stupefacenti - stato

di alterazione del conducente - esame tecnico su campioni di liquidi biologici.

(Art. 187 D. Lgs. 285/1992)

Secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, ai fini della configurabilità della contravvenzione di guida sotto l'influenza di sostanze stupefacenti, è necessario che lo stato di alterazione del conducente dell'auto venga accertato attraverso un esame tecnico su campioni di liquidi biologici, trattandosi di un accertamento che richiede conoscenze tecniche specialistiche in relazione alla individuazione e alla quantificazione delle sostanze, con la conseguenza che non costituiscono prova sufficiente dello stato di alterazione la descrizione del comportamento dell'imputato da parte dell'agente di polizia intervenuto e l'accertamento sintomatico eseguito dal sanitario del pronto soccorso.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 25 settembre 2013 - Giudice Orsini.

IMPORTAZIONE di stupefacenti - assenza di presupposti per le attenuanti generiche - misura di sicurezza dell'espulsione.

(Artt. 73 e 86 comma 1 DPR 309/90)

L'incensuratezza non può bastare per motivare la concessione delle attenuanti generiche, né le dichiarazioni confessorie non dettate da resipiscenza ma dalla volontà di ritagliarsi il ruolo di semplice occasionale corriere (circostanza smentita dall'ingente quantità e dalla circostanza di viaggiare su un mezzo di sua proprietà) e di allontanare i sospetti dalla moglie che viaggiava con lui.

Per poter applicare la misura di sicurezza dell'espulsione dal territorio dello Stato a pena espia, prevista dall'art. 86 comma 1 DPR 309/90, occorre accertare in concreto la sussistenza della pericolosità sociale del condannato: a tal fine sono elementi significativi il quantitativo e la qualità della sostanza trasportata e le modalità di occultamento su autovettura di sua proprietà, circostanze che ne dimostrano l'inserimento ad un certo livello nel traffico internazionale di stupefacenti; rileva inoltre l'assenza di alcun titolo per soggiornare in Italia ove si è portato al solo fine di commettere il reato emerso.

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 11 novembre 2013 - Giudice Bolelli.

IMPUTATO - dichiarazioni indizianti - veste unica di testimone - utilizzabilità.

(Art. 63 c.p.p.)

L'inutilizzabilità assoluta nei confronti di terzi per le dichiarazioni rilasciate da persona, che fin dall'inizio avrebbe dovuto essere sentita in qualità di indagato o imputato, è finalizzata a impedire che l'utilizzazione di dette dichiarazioni possa risolversi, comunque, sia pure indirettamente, in un possibile, nocumento, nei confronti di chi le ha rese. Ne consegue che dovevano ritenersi utilizzabili le dichiarazioni rese allorché, rispetto al delitto attribuito al terzo, il dichiarante, indagato in altro reato, assumeva solo la specifica veste di testimone.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 7 luglio 2013 - Giudice Carpanini.

MISURE di sicurezza patrimoniali - confisca - omessa ripetizione di denuncia in caso di trasferimento dell'arma - sentenza di non doversi procedere ex art. 129 c.p.p.- confisca dell'arma - obbligatorietà.

(Art. 240 c.p. - art. 6 legge n. 152/1975)

Anche se non vi è stata sentenza di condanna, con riferimento al reato di omessa ripetizione di denuncia in caso di trasferimento dell'arma, deve essere comunque ordinata la confisca della stessa in quanto, in base all'esplicito richiamo dell'art. 240 cpv c.p., contenuto nell'art. 6 della legge n. 152/1975, si tratta di provvedimento sempre obbligatorio per tutti i reati concernenti le armi.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 10 giugno 2013 - Giudice Bolelli.

OLTRAGGIO a pubblico ufficiale - riparazione del danno - presentazione a seguito di opposizione a decreto penale di condanna - richiesta di archiviazione - inammissibilità - istanza ai sensi dell'art. 129 c.p.p. - necessità.

(Art. 341bis c.p.)

Nel caso in cui il reato di oltraggio a pubblico ufficiale venga estinto ai sensi dell'art. 341bis comma 3 c.p. mediante riparazione integrale del danno solo a seguito di opposizione a decreto penale, è inammissibile la richiesta di archiviazione del P.M., essendosi la fase delle indagini preliminari già chiusa con la richiesta di emissione di decreto penale e dovendosi di contro emettere sentenza ai sensi dell'art. 129 c.p.p..

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 16 giugno 2013 - Giudice Orsini.

PROVE - valutazione della prova - chiamata in correità - valutazione dell'attendibilità intrinseca ed intrinseca delle dichiarazioni - necessità.

(Art. 192 c.p.p.)

CONCORSO di reati - concorso tra rapina e sequestro di persona - privazione della libertà personale non in rapporto funzionale con l'esecuzione della rapina e di durata non limitata al tempo strettamente necessario alla consumazione della rapina - configurabilità.

(Artt. 628 e 605 c.p.)

La chiamata in correità, proveniente da coimputato nel medesimo procedimento o da persona imputata in procedimento connesso ha valore di prova e non di mero indizio; essa è pertanto idonea a costituire oggettivo sostegno del libero convincimento del giudice, se suffragata da alti elementi o dati probatori che non devono necessariamente consistere in una prova distinta e autonoma di colpevolezza (la quale renderebbe superflua la stessa chiamata in correità), ma che possono essere di qualsiasi tipo e natura, purché dotati di consistenza tale da resistere agli elementi contrari dedotti dall'imputato.

Il procedimento di valutazione dell'attendibilità delle dichiarazioni rese da chi si trovi in una delle situazioni previste dall'art.

192 commi 3 e 4 c.p. può essere distinto in due fasi logicamente successive tra loro, tese a verificare, rispettivamente: 1) l'attendibilità intrinseca delle dichiarazioni, da valutare in rapporto a circostanze relative sia alla personalità del dichiarante sia al contenuto delle dichiarazioni stesse, con ricerca in esse di attributi di verosimiglianza, precisione, completezza e costanza; 2) l'esistenza di riscontri esterni, cioè di elementi di prova reperiti al di fuori delle dichiarazioni del chiamante, che siano in grado di confermare l'attendibilità di tali dichiarazioni.

Nel caso di rapina, se la privazione della libertà personale di un soggetto si protrae dopo l'impossessamento violento, allo scopo, per esempio, di potersi allontanare più agevolmente dal luogo in cui essa è consumata, costituisce non già una condotta integrativa del delitto di rapina, bensì la figura delittuosa autonoma del sequestro di persona.

La privazione della libertà personale costituisce infatti ipotesi aggravata del delitto di rapina (e rimane in essa assorbita) solo quando la stessa si trovi in rapporto funzionale con l'esecuzione della rapina medesima, mentre, nell'ipotesi in cui la privazione della libertà non abbia una durata limitata al tempo strettamente necessario alla consumazione della rapina, ma ne preceda o ne segua l'attuazione, in ogni caso protraendosi oltre il suddetto limite temporale, il reato di sequestro di persona concorre con quello di rapina.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 10 giugno 2013 - Giudice Carpanini.

REATI fiscali - dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture inesistenti - falsità materiale delle fatture - inapplicabilità dell'attenuante del risarcimento del danno di cui all'art. 62 n. c.p. - presupposti per la confisca.

(Art. 2 D. L.vo 74/2000)

Integra il reato di cui all'art. 2 comma 1 D. L.vo 74/2000, e non già la diversa fattispecie di cui all'art. 3, l'utilizzo, ai fini dell'indicazione di elementi passivi fittizi, di fatture false, non solo sotto il profilo ideologico, in riferimento alle operazioni inesistenti ivi indicate, ma anche sotto il profilo materiale, perché apparentemente emesse da ditta in realtà inesistente.

Ai reati tributari non è applicabile l'attenuante di cui all'art. 62 n. 6 c.p. (risarcimento del danno), trattandosi di reati che non incidono, se non indirettamente, sul patrimonio dello Stato, ma ledono il suo diritto costituzionalmente sancito alla imposizione dei tributi, alla loro riscossione e alla loro successiva distribuzione per le esigenze della collettività.

Non sussistono i presupposti per disporre la confisca per equivalente allorché l'imputato abbia integralmente soddisfatto il proprio debito tributario con il conseguente venire meno di qualsiasi indebito arricchimento.

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 18 luglio 2013 - Giudice Carpanini.

STUPEFACENTI - attenuanti - sussistenza e differenze.

(Artt. 73, c. 7 e 74, c. 7 D.P.R. 309/90)

Nell'ipotesi invece di cui all'art. 73 c.7 D.P.R. 309/90, l'attenuante del ravvedimento operoso deve essere riconosciuta quando la collaborazione prestata sia stata effettiva ed idonea a far con-

seguire un utile risultato, realizzato quale effetto del contributo offerto dall'imputato e se non è necessario che tale risultato consista nella sottrazione al mercato di rilevanti risorse per la commissione dei delitti, deve comunque verificarsi che l'imputato abbia offerto tutto il suo patrimonio di conoscenza e la sua possibilità di collaborazione per evitare che l'attività delittuosa, nelle sue varie articolazioni di produzione, commercio e detenzione di stupefacenti, sia portata a conseguenze ulteriori, tramite l'individuazione e la neutralizzazione dei responsabili (correi, corrieri, fornitori) da lui conosciuti o sui quali è in grado di fornire elementi utili all'identificazione, cioè a dire quando l'imputato abbia influenzato in modo decisivo le indagini, orientandole verso quadri probatori in precedenza non oggetto di investigazioni, mentre per quanto concerne la corrispondente attenuante prevista dal settimo comma dell'art. 74, è sufficiente che l'imputato si sia efficacemente adoperato per assicurare le prove del reato, ed è quindi eventualmente possibile riconoscerla anche solo per il fatto che l'imputato, con le sue dichiarazioni, abbia consentito di delineare l'organigramma e i programmi del sodalizio criminale.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 4 ottobre 2013 - Giudice Bolelli.

STUPEFACENTI - cessione illecita - affermazione di aver acquistato lo stupefacente - assenza di riferimenti in merito alle modalità di acquisto - assoluzione.

(Art. 73 D.P.R. 309/1990)

La sola affermazione di aver acquistato lo stupefacente dall'attuale imputato non contenuta in un verbale acquisito agli atti e priva di altri riferimenti in merito alle modalità di tale acquisto appare insufficiente a fondare una pronuncia di condanna nei confronti dell'imputato per il reato di cessione illecita di stupefacenti.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 17 ottobre 2013 - Giudice Amisano.

VIOLENZA sessuale su minore - valutazione delle dichiarazioni della persona offesa.

(Artt. 609bis e 609ter n. 1 c.p.)

Nell'ambito dell'accertamento di reati sessuali, la deposizione della persona offesa, seppure non equiparabile a quella del testimone estraneo, può essere assunta anche da sola come fonte di prova della colpevolezza, ove venga sottoposta ad un'indagine positiva sulla credibilità soggettiva ed oggettiva di chi l'ha resa. Tuttavia, non può dirsi raggiunta la prova della colpevolezza qualora, non solo non vi siano riscontri esterni univoci, ma semmai esistano specifiche smentite ad elementi che dovrebbero confortare la tesi accusatoria (nel caso di specie il Giudice non ha ritenuto attendibile l'accusa mossa dalla persona offesa a causa di alcune contraddizioni tra le varie deposizioni rese dalla stessa, della documentata assenza dell'imputato in una delle date in cui si sarebbero svolti i fatti, del mancato riscontro dai tabulati telefonici circa telefonate ed sms che la vittima avrebbe ricevuto, del tempo intercorso - circa tre anni - tra gli asseriti fatti e la loro rivelazione a terzi, della presenza di un possibile motivo di astio da parte della giovane nei confronti dell'imputato, sospettato di aver avuto una relazione extraconiugale con la di lei madre).

CR.BR.