

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.), Antonio Cimino (A.C.), Simonetta Cocconi (SI.CO.), Francesca Cuomo Ulloa, Rosario D'Arrigo (R.D'AR.), Leopoldo Ghigliotti (L.GH.), Francesco Ghisiglieri (F.GHI.), Carlo Iavicoli, Gian Maria Tavella (G.M.T.), Marco Tiby (M.TY.), Stefano Torchio (ST.TOR.), Ivano 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 Torsego (M.B.T.), Elisa Benvenuto (EL.BNV.), Silvio Bertieri (SB), Enrico Bet, Marzio Bini (MA.BN.), Antonio Bisignani, Tiziana Blengino (T.BLE.), Nicola Boggiano (NIC.BO.), Costanza Bracciforti (C.BC.), Elisa Brigandi (EL.BR.), Cesare Bruzzone (C.BRU.), Carlo Alberto Calcagno, Alessandra Caldini, Sonia Canata (SO.C.), Chiara Canepa (CH.CNP.), Matteo Caniglia Cogliolo (M.C.C.), Alessandro Castino, Massimiliano Cattapani (M.C.), Ivano Cavanna, Stefano Cavanna, Valentina Cavanna (V.CAV.), Mirko Cavazzana (MK.C.), Chiara Cellerino (C.CELL.), Lara Cipriani (LA.CIP.), Sandra Compiano (SA.COM.), Antonio Maria Corzino (A.M.C.), Maria Chiara Costabile (M.C.S.), Pierpaolo Curri (P.P.CU.), Francesca Dagnino (F.DA.), Marina Damonte (MA.DMT.), Michele Dassio, 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 Frasca (ST.FR.), Serafina Funaro (SE.F.), Giovanna Galione (G.G.), Barbara Gambaro (BA.GMB.), Matteo Gamenara (M.GA.), Stefano Garbarino (S.GARB.), Laura Garibbo (L.GRB.), Paola Gatti (PA.GAT.), Andrea Gegoli (A.GE.), Chiara Gianelli (C.GIA.), Vittorio Grasso (V.GR.), Christian Graziano (C.GRA.), Marco Grimani (MA.GRI.), Luca Guerrini (LU.GRR.), Silvia Guglielminetti, Giuseppe Inglese (G.ING.), Viviana Isola, Paola M.

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

Sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale:

Enrico Albanesi (E.AL.), Francesca Bailo (F.B.), Lorenzo Barabino (L.B.), Carlo Bilanci (C.B.), Francesco Boetto (F.B.), Marcello Bolognesi (M.BO.), Monica Busoli (MO.BS.), Marco Castagnola (M.C.), 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, Ottavia Raschi (O.R.), 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 Piccarda (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. II civ., 10 ottobre 2014 **3**
- Tribunale di Genova, sez. I civ., 26 maggio 2014 **4**
 Con nota di Barbara Gambaro
Sulla compromettibilità in arbitri dell'impugnativa della delibera assembleare di approvazione del bilancio: il contributo al dibattito giurisprudenziale offerto dal Tribunale di Genova. **6**
- Tribunale di Genova, sez. VI civ., 2 luglio 2014 **9**
 Con nota di Enrico Zanelli
Per un'informazione trasparente a clienti, consumatori e utenti **9**
- Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 12 febbraio 2014 **11**
- Tribunale di Genova, sez. II civ., 17 giugno 2014 **15**
- Massime** **19**
- Documenti**
- *Patrocinio a spese dello Stato. Inquadramento normativo e casistica giurisprudenziale.*
 Alessandro Barca **29**
- *Patrocinio a spese dello Stato. Aspetti sostanziali e processuali.*
 Cesare Proto **33**

- *La responsabilità per fatto degli animali*
 Antonio Fontana, Marco Tiby **51**

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Massime **59**

Documenti

- *La funzione del Giudice amministrativo in relazione alla struttura del suo potere.*
 Luigi Cocchi **61**

Sezione di diritto tributario

Massime **70**

Sezione di diritto penale

Sentenze e Ordinanze

- Tribunale di Genova, 28 gennaio 2014 **73**
- 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 II civ., 10 ottobre 2014 - Giudice Unico Gibelli - A.C. (Avv. Barnaba) c. C. Assicurazione spa (Avv. Olivieri).

ASSICURAZIONE (contratto di) - mancata dichiarazione dei prodromi della malattia successivamente manifestatasi - dolo o colpa grave - non sussistono.

ASSICURAZIONE (contratto di) - mancanza della prova della consapevolezza del contraente di avere i sintomi di una malattia degenerativa - eccezione di annullamento per dolo o colpa grave - inopponibilità.

(Art. 1892, co. 1, c.c.)

Il contraente di polizza assicurativa non agisce con dolo o colpa grave laddove non dichiara la propria miopia, non potendo tale status essere con certezza sintomo di una futura cecità.

L'eccezione (di annullamento) di cui all'art. 1892, comma 1, c.c., non può essere opposta, per difetto di dolo o colpa grave, all'assicurato che ometta, al momento della stipula del contratto assicurativo, di dichiarare la propria miopia quale sintomo della malattia successivamente manifestatasi, non potendo i sintomi prodromici essere considerati essi stessi malattia (nella specie, l'assicurato aveva omissis di dichiarare la propria miopia e l'assicurazione non ha fornito la prova che lo stesso sapesse che tale status fosse sintomo della successiva cecità manifestatasi durante la vita del contratto).

J.V.

(... Omissis...)

L'attrice ha stipulato in data 14.7.07, contestualmente all'acquisto di autovettura, una polizza sanitaria colla convenuta compagnia colla quale legava contrattualmente la sorte del debito per rimborso del capitale mutuato per l'acquisto alle condizioni di salute.

La polizza prevedeva il rimborso totale da parte dell'assicurazione in caso di invalidità superiore al 66% secondo le tabelle INAIL di cui al d.p.r. 1157/65.

Con sentenza del giudice del lavoro di Genova n. 1288/10 l'attrice era riconosciuta cieca totale in contraddittorio con l'INAIL essendo indubbio che alla suddetta condizione, riconosciuta dal 1.6.09, sia correlata una inabilità INAIL superiore al 66%.

Ciò nondimeno l'attrice non ha ottenuto nulla dalla convenuta compagnia in via stragiudiziale, per i motivi che le sono ancora opposti nel presente giudizio, intentato, appunto, per superare una resistenza supposta arbitraria e temeraria.

Lo sviluppo del contraddittorio, a giudizio del Tribunale ha dimostrato che le eccezioni della compagnia non erano peregrine, e che, al contrario essere erano parzialmente fondate su dati obiettivi. I motivi della loro confutazione sono fatti emersi solo all'esito di un contraddittorio articolatosi su cinque scambi di memorie. Nondimeno, e fortunatamente, sotto il profilo del contenimento degli oneri di lite, non è parso necessario il licenziamento di CTU.

Le difese della compagnia si articolano su due poli che prendono le mosse da un presupposto comune.

Dagli atti del processo del lavoro, ed in particolare dalla prodotta consulenza tecnica, risulta che la signora Conti, già miope, a seguito di un trauma cranico subito nel 2006, e quindi prima della stipula della polizza, avrebbe eseguito un esame radiografico all'occhio sinistro dal quale risultava un aggravio della deformazione e, per conseguenza, una incipiente e progressiva riduzione del visus. Sempre dalla stessa fonte l'attrice risultava già, sempre prima della stipula, in cura per un serio stato depressivo.

Da quanto sopra una triplice eccezione.

Le patologie suddette non sarebbero state dichiarate al momento della stipula colla conseguente perdita dell'indennizzo ex art. 1892 del c.c., inoltre, lo scorporo della affezione dell'occhio sinistro dalla cecità complessiva ridurrebbe la stessa a mono-oculare e quindi ben inferiore al 66% INAIL, ed ancora il punto 5.5 della polizza escluderebbe espressamente dalla copertura le patologie in atto (e note - quest'ultimo punto è stato chiarito dopo una serie di equivoci letterali e lessicali) al momento della stipula.

Senza voler ripercorrere meticolosamente il complesso delle repliche attoree si può sinteticamente osservare quanto segue. La patologia superante il 66% per cui è richiesto il versamento del particolare indennizzo previsto dalla polizza sanitaria accessoria al finanziamento è la cecità assoluta.

Nel caso la stessa, in base al dato probatorio essenziale che risulta l'accertamento tecnico, sia pure *inter alias partes*, a mezzo del quale venne riconosciuta, è che essa è in gran parte frutto di un processo di degenerazione naturale dei bulbi oculari principiato forse anche prima del 2006. Non è possibile stabilire, in base al substrato probatorio accettato dalle parti (le quali non insistono per prove ulteriori nelle conclusioni finali) quale sia stato il ruolo (determinate, acceleratorio o irrilevante) del trauma cranico subito. Occorre tuttavia ribadire con chiarezza che la miopia, da un punto di vista medico legale, è concetto ben diverso dalla cecità anche se alcune forme di cecità possono essere riconosciute come una estremizzazione della miopia. Dalla documentazione in atti non vi è la benché minima traccia della sussistenza della cecità, né monolaterale né bilaterale.

Quello che sussisteva prima della stipula non era la malattia, ma i prodromi della malattia. Infatti alcune malattie sono classificate in ragione del livello di una determinata degenerazione. Una cosa è la gastrite cronica ed un'altra l'ulcera, una cosa è il sovrappeso ed altra è l'obesità, una cosa lo stato ansioso altra la depressione, una cosa la cheratosi un'altra il cancro alla pelle. In tutti questi casi, ed in un numero indefinibile di altri, un processo patologico sostanzialmente unitario è già in atto prima che lo si possa definire come la malattia maggiore e senza che necessariamente debba evolversi in esso. Nondimeno quanto la patologia maggiore insorge essa è senza meno riguardabile come una evoluzione della minore.

Esaminate le eccezioni assicurative nell'ottica suddetta si può dire:

1) che la prospettiva di cui all'art. 1892, marcatamente soggettiva, è del tutto fuori luogo. Al momento della redazione della polizza, redazione avvenuta nel particolare contesto dell'acquisto di un'auto, e quindi senza una particolare attenzione dell'assicuranda all'oggetto marginale della pattuizione (probabilmente fatta su solleciti

tazione stessa del finanziatore dell'acquisto) è da ritenere fuori discussione che l'attrice fosse nelle condizioni concrete di ravvisare che le mera miopia di cui soffriva, forse aggravata da trauma cranico, fosse, anziché un semplice difetto, come è normalmente intesa nel comune sentire sociale, una vera e propria malattia degenerativa. Peraltro il Tribunale suppone che, alla stipula, l'attrice abbia inforicato gli occhiali senza che nessuno sia insorto all'evidenza della discrasia tra la dichiarazione di non soffrire di alcuna malattia e l'uso di presidi per la vista.

In ogni caso, e fuori da ogni ironia, l'eccezione è propria e l'assicuratore è ben lungo dall'aver fornito la prova della colpa grave in ordine all'omessa dichiarazione di un rischio cecità. L'omessa dichiarazione riguardo alla depressione è del tutto irrilevante trattandosi di patologia non coperta.

- 2) Quanto all'esclusione obiettiva (terza e centrale difesa) si deve osservare che se anche l'espressione "malattia già in essere" dovesse essere interpretata nel senso espansivo mirato a comprendere gli "antecedenti patologici" della malattia (cosa che appare assai dubbi visto l'uso dell'espressione malattia – e non "processo patologico" – e dell'attributo "in essere" e non "insorta"), anche se si volesse, come detto, adottare l'interpretazione più restrittiva della portata della garanzia, ci si dovrebbe in ogni caso arrestare davanti al concetto di "malattia nota" posto che nulla autorizza a pensare che, alla stipula, l'attrice pensasse d'esser cieca e neppure destinata alla cecità.
- 3) Quanto al livello di invalidità il discorso si sviluppa dallo scorporo della considerazione della patologia ai due occhi, ma già tutti gli argomenti fino al ora svolti attengono alla condizione dell'occhio sinistro, ovvero all'evoluzione interpretabile in senso.

La domanda va quindi accolta nei limiti indicati dalla stessa convenuta, che su questo punto appare nel giusto per l'esatta collocazione temporale dell'insorta malattia (riconoscimento in sentenza) nel quadro del processo di rimborso del finanziamento, e quindi per euro 9.510,90. Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, si compensano nella misura di ½ considerata la obiettiva anche se non comprovatamente colpevole ambiguità dell'assicurata nelle sue dichiarazioni, fattore, sicuramente, causa di lite.

P.Q.M.

Il tribunale, visto l'art. 281 sexies del c.p.c., ogni contraria istanza disattesa, condanna parte convenuta a versare all'attore la somma di euro 9.510,90, oltre a interessi legali sulla somma via via rivalutata dalla data dell'infortunio ad oggi ed interessi compensativi, nella misura del tasso legale, sulla somma rivalutata come detto dalla data della sentenza al saldo. Condanna il convenuto alla rifusione delle spese di lite liquidate ex DM 55/1.

(... Omissis...)

Tribunale di Genova, sez. I civ., 26 maggio 2014 - Pres. Costanzo - Rel. Calcagno – F.M. (Avv. Vigotti) c. C.T. S.r.l. in liq., E.Z. e G.P. (Avv.ti Siccardi, Monzani e Cuomo Ulloa).

COMPROMESSO e arbitrato – arbitrato societario – clausola compromissoria presente nello statuto della società - impugnazione della delibera di approvazione del bilancio per falsità e carenza di precisione del medesimo – compromettibilità in arbitri della questione - sussiste.

(Art. 806 c.p.c., artt. 34 e 36 D.Lgs. 5/2003, art. 12 L.366/2001, D.Lgs. 6/2003)

Non sussistendo indisponibilità assoluta del diritto fatto valere, è compromettibile in arbitri l'impugnativa della delibera assembleare di approvazione del bilancio proposta dal socio di S.r.l. anche laddove questi deduca la violazione delle norme poste a presidio della verità, chiarezza e precisione del bilancio medesimo. (1)

BA.GMB.

(... Omissis...)

Motivi in fatto e diritto della decisione

Questione centrale nell'odierna controversia attiene all'applicabilità della clausola compromissoria alle questioni dedotte dall'attore a fondamento dell'impugnazione della delibera di approvazione del bilancio al 31.12.2011 e della nullità del bilancio stesso. I fatti posti a fondamento della domanda investono la dedotta carenza di veridicità e chiarezza del bilancio, per essere stati i costi riferiti ad attività svolta dalla M. I. Ltd. corrisposti a fronte di una mancanza di controprestazione e per omessa informazione al socio.

(... Omissis...)

Si è assistito in dottrina ed in giurisprudenza ad un ampio dibattito teso ad individuare l'area dei diritti disponibili per i quali, a norma dell'articolo 36, le relative controversie sono compromettibili in arbitrato. Il punto di partenza attiene alla individuazione e valutazione della portata innovativa contenuta nei due articoli sopra ricordati presenti nel D.Lgs. 5/2003, in particolare nella parte in cui viene di fatto superato il rapporto di interdipendenza tra arbitrabilità e transigibilità della controversia (relazione cristallizzata nel testo allora in vigore dell'art. 806 c.p.c., che escludeva la devoluzione in arbitrato delle controversie "che non possono formare oggetto di compromesso"), prevedendo l'art. 34 che gli atti costitutivi delle società (ad esclusione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio) possano mediante clausole compromissorie prevedere la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale, precisando che non possono essere oggetto di clausola compromissoria le controversie per cui la legge prevede l'intervento obbligatorio del Pubblico Ministero (art. 2409 c.c. per le società che ricorrono al capitale di rischio; art. 2436, co. 4° sul ricorso agli amministratori per mancata iscrizione della modificazione dello Statuto Imprese; art. 2446 co. 2° in tema di riduzione del capitale ad opera del giudice; art. 2487 co. 4° sulla revoca dei liquidatori, ed infine le cause dirette ad ottenere una pronuncia di decadenza e nullità dei titoli di proprietà industriale fino all'entrata in vigore della L. 99/2009, la quale ha eliminato l'intervento obbligatorio). L'art. 36 introduce poi la possibilità di devolvere in arbitrato il giudizio di impugnazione delle delibere, con decisione da assumere secondo diritto.

(... Omissis...)

La legge delega aveva espressamente previsto il superamento del divieto di sottoporre ad arbitrato le controversie che non possono essere oggetto di transazione, purché sottoposte ad arbitrato in diritto. Dal tenore della riforma societaria ed ancor prima dall'indicazione contenuta nella legge delega, emerge evidente il favor per l'arbitrato previsto dal legislatore. Stabilita dunque l'area dei diritti indisponibili quale ambito lasciato in via esclusa alla tutela giurisdizionale ordinaria, la problematica investe la delimitazione e l'individuazione di tale area. Come osservato da parte della dottrina e della giurisprudenza di merito, per la individuazione

della stessa possono trarsi elementi idonei a far ritenere al Collegio la compromettibilità delle impugnazioni delle delibere assembleari dalla riforma sostanziale del diritto societario, di cui al D. Lgs. 6/03, che ha ridefinito il rapporto tra annullabilità e nullità delle delibere, intervenendo sugli artt. 2377, 2378 e 2379 del Codice civile, e così prevedendo la generale conciliabilità delle cause di impugnativa (art. 2378, co. 4° c.c.); la possibilità di sostituire la delibera annullabile, impedendone la relativa declaratoria (art. 2377, co. 8° c.c.); la sanatoria per omessa impugnazione nel triennio delle delibere nulle (2379, co. 1° c.c.); l'insanabilità per la sola ipotesi di illecita modificazione dell'oggetto sociale (art. 2379, co. 1° c.c.: *“possono essere impugnate senza limiti di tempo le deliberazioni che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili”*) prevedendo poi il secondo comma l'intervento del giudice (*“nei casi e nei termini previsti dal comma precedente l'invalidità può essere rilevato d'ufficio dal giudice”*). Ulteriore norma di rilievo è quella contenuta nell'art. 2434bis c. 1 c.c. (*“Le azioni previste dagli articoli 2377 e 2379 non possono essere proposte nei confronti delle deliberazioni di approvazione del bilancio dopo che è avvenuta l'approvazione del bilancio dell'esercizio successivo”*), la quale prevede in via generale la sanatoria per le ipotesi sia di annullabilità che di nullità attraverso l'approvazione del successivo bilancio. Dal tenore delle disposizioni sopra richiamate si può trarre la conclusione che non sussiste più l'equivalenza tra nullità, intransigibilità e indisponibilità del diritto, né la netta distinzione tra interessi superindividuali tutelati da norme inderogabili, che conducono alla nullità della delibera, e interessi individuali, cui segue l'annullabilità. Partendo da dette considerazioni, parte della giurisprudenza di merito ha ritenuto compromettibile qualsiasi impugnativa di delibera, anche quando abbia quale conseguenza la nullità, oppure violi il principio di chiarezza e precisione del bilancio, in quanto passibile di consolidazione o sanatoria col decorso di tre anni senza che venga proposta impugnazione o con l'approvazione del bilancio successivo, eccettuate soltanto le delibere che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili. (così testualmente Trib. Milano 3 giugno 2010). In posizione analoga si rileva che il socio può rinunciare agli atti e all'azione e può transigere la relativa controversia (Trib. Belluno 8 maggio 2008; così anche Trib. Napoli 8 marzo 2010), confermandosi la possibilità di affidare alla cognizione degli arbitri pure le controversie aventi ad oggetto l'invalidità delle deliberazioni di approvazione del bilancio anche qualora venga dedotta la violazione delle norme poste a presidio della verità, chiarezza e precisione del bilancio stesso. Questo Collegio, pur conoscendo l'esistenza di opposto indirizzo giurisprudenziale, aderisce all'orientamento sopra individuato, ancora di recente ribadito dal Tribunale di Milano (vedi Trib. Milano 23.7.2013). In tale decisione, in linea con le considerazioni di cui sopra, è stato rilevato che: *“l'area della non compromettibilità è ristretta all'assoluta indisponibilità del diritto e, quindi, alle sole nullità insanabili”* (così Cass. n.15890/2012)” ed è stato bene evidenziato come la conclusione di cui sopra *“- da un lato ricostruisce la nozione di diritto indisponibile in stretta aderenza a un indice univocamente ricavabile dal tessuto normativo e (non più) sulla base della (opinabile) qualificazione come generale o individuale dell'interesse tutelato, chiarendo che la nozione di indisponibilità del diritto non può essere sovrapposta a quella della inderogabilità di una data disciplina, la seconda nozione riguardando i limiti posti dall'ordinamento alla autonomia privata nel regolare un*

dato rapporto e la prima, invece, riguardando in senso proprio l'irrilevanza della volontà del titolare del diritto quanto alla configurazione della stessa posizione soggettiva;- dall'altro risulta conforme al generale favor con il quale il legislatore del 2003 ha disciplinato l'arbitrato in materia societaria, disegnando, come già sottolineato dalla citate pronunce di questo Tribunale: - non tanto una alternativa *“privata”* di componimento di interessi e diritti quanto *“un sistema processuale alternativo di definizione delle liti endosocietarie (imperniato, a pena di nullità ex art.34 D.Lgs. n. 5 del 2003, sulla nomina dell'arbitro ad opera non delle parti ma di un “soggetto estraneo alla società”), - sistema al quale le clausole compromissorie statutarie possono devolvere in particolare i “giudizi” aventi ad “oggetto” “la validità delle delibere assembleari”, giudizi questi ultimi che gli arbitri devono sempre “decidere” “secondo diritto” ai sensi dell'art. 36 D.Lgs. n. 5 del 2003;”* La conclusione di cui sopra e - come detto - il favor per l'arbitrato nell'ambito delle dispute societarie si giustificano poi tenuto conto che la clausola societaria *de qua* vincola solo la società e i soci e, qualora previsto, gli organi sociali, senza poter in alcun modo incidere sulla tutela degli interessi di terzi (che ben possono agire avanti all'AGO) o comunque a rilevanza pubblicistica. La Suprema Corte, da ultimo intervenuta con ordinanza 16265/2013, ha evidenziato un mutamento di orientamento nel senso ritenuto condivisibile da questo Tribunale, affermando che *“Attengono a diritti indisponibili, come tali non compromettibili in arbitri ex art. 806 cod. proc. civ., soltanto le controversie relative all'impugnazione di deliberazioni assembleari di società aventi oggetto illecito o impossibile, le quali danno luogo a nullità rilevabile anche di ufficio dal giudice, cui sono equiparate, ai sensi dell'art. 2479 ter cod. civ., quelle prese in assoluta mancanza di informazione”*. Le pronunce di segno opposto [Tribunale di Torino 23.11.2012 richiamato dalla difesa di parte attrice ma soprattutto la giurisprudenza della Corte di Cassazione, ove si legge: *“Perché l'interesse possa essere qualificato come “indisponibile” è necessario che la sua protezione sia assicurata dall'ordinamento mediante la predisposizione di norme inderogabili, la cui violazione determina la reazione dell'ordinamento svincolata da una qualsiasi iniziativa di parte, quali le norme dirette a garantire la chiarezza e la precisione del bilancio di esercizio” e “trattandosi di disposizioni preordinate alla tutela di interessi non disponibili da parte dei singoli soci e perciò non differibili al giudizio degli arbitri”* (Cass. civ. Sez. I, n. 18600 del 12/9/2011, Cass., sez. un., 21 febbraio 2000, n. 27; Cass 2 gennaio 2003, Cass n. 928, 29 aprile 2004)] nell'individuazione dell'area della indisponibilità muovono non dagli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento ma da una ricostruzione dei diritti fondata sulla natura degli stessi, come è evidente nell'impostazione seguita dalla Corte di legittimità, ove il discrimine è l'interesse tutelato, individuale o collettivo (vedi l'indirizzo sopra ricordato costruito sul cosiddetto *“criterio degli interessi”*, in quanto appunta il limite della compromettibilità sulla valutazione degli interessi che vengono in gioco nella concreta controversia qualificando disponibili le liti relative a diritti individuali dei soci ed indisponibili quelle involgenti interessi della società o la violazione di norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi). A cagione della sua astrattezza, questa interpretazione può portare a soluzioni non lineari, come evidenziato dallo sviluppo della giurisprudenza di merito che è giunta, pur nell'ambito degli interessi definiti di carattere generale, ad individuare ipotesi di lesioni procedurali e dunque compromettibili rispetto a

quelle considerate sostanziali (vedi Tribunale di Milano 10.5.2013). La ricostruzione ritenuta condivisibile da questo Collegio, muovendo al contrario esclusivamente dal dato normativo degli strumenti di tutela approntati dall'ordinamento e delimitando l'area della indisponibilità esclusivamente alle ipotesi di nullità insanabile, individuabile nei soli casi contenuti e disciplinati dagli artt. 2379 c. 1 seconda parte e 2479ter c. 3 ultima parte, chiarisce l'ambito di ristretta rilevanza senza lasciare spazi per interpretazioni che, avendo quale presupposto ricostruttivo la ampia disciplina dell'inderogabilità, muovono dalla qualificazione intrinseca dei diritti violati. Per completezza si osserva, con riferimento alla riportata ordinanza della Corte di Cassazione n. 16265/2013, come l'indisponibilità assoluta faccia riferimento alle sole deliberazioni che modificano l'oggetto sociale "prevedendo attività illecite o impossibili" in quanto anche la fattispecie dell'assoluta mancanza di informazione è comunque soggetta al termine di decadenza triennale (disciplina per altro sovrapponibile a quella contenuta nell'art. 2379 c. 1 seconda parte sopra analizzata in tema di SpA). Poiché l'impugnazione proposta dall'attore non rientra nelle ipotesi sopra delineate, deve essere dichiarata l'incompetenza a decidere della controversia di questo Collegio, essendo competente l'arbitro individuato nella clausola statutaria ricordata in apertura. Poiché l'impugnazione ha ad oggetto una delibera, l'arbitrato dovrà essere secondo diritto. Trattandosi di decisione sulla competenza che definisce il giudizio, la pronuncia deve avere la forma della sentenza. Attesa la presenza di contrasto giurisprudenziale che appare rilevante ai sensi dell'art. 92 c. 2 cpc, le spese di lite devono essere interamente compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale di Genova, in composizione collegiale, ogni contraria istanza, eccezione e deduzione reietta, definitivamente pronunciando, così provvede: accoglie l'eccezione di compromesso sollevata dalle parti convenute e, per l'effetto, dichiara l'incompetenza di questo Collegio a conoscere della questione controversa per essere competente l'arbitro individuato con le modalità di cui all'articolo 26 dello statuto della società convenuta; dichiara interamente compensate le spese di giudizio.

(1) Sulla compromettibilità in arbitri dell'impugnativa della delibera assembleare di approvazione del bilancio: il contributo al dibattito giurisprudenziale offerto dal Tribunale di Genova.

Sommario: 1. *Il caso di specie.* – 2. *Il quadro normativo post riforma processuale e sostanziale ex D.Lgs. 5/2003 e D.Lgs. 6/2003.* – 3. *La posizione della I Sezione del Tribunale di Genova.* 4. *Conclusioni.*

1. Il caso di specie.

F.M., quale socio minoritario di C.T. S.r.l. in liquidazione, ha impugnato dinnanzi al Tribunale di Genova il bilancio di esercizio, nonché la relativa delibera assembleare di approvazione per falsità e violazione del diritto all'informazione del socio, esercitando contestualmente l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori E.Z. e G.P., in carica al tempo dei fatti sino alla messa in liquidazione. Costituiti in giudizio sia C.T. S.r.l. in liquidazione, sia E.Z. e G.P., veniva pregiudizialmente eccepito il difetto di competenza del Tribunale adito, essendo prevista a statuto una clau-

sola compromissoria devolutiva delle controversie tra i soci, tra i soci e gli amministratori, tra i soci e la società ad arbitro unico di nomina terza (da parte del Presidente del Consiglio dell'Ordine dei Dottori Commercialisti nel caso di specie).

Alla prima udienza di trattazione F.M. aderiva alla prospettata eccezione di compromesso per quanto concerneva l'azione di responsabilità proposta nei confronti degli amministratori argomentando per la giurisdizione esclusiva dell'A.G.O. e, quindi, del Tribunale adito, sulle vertenze societarie aventi per oggetto elementi costitutivi dei caratteri di veridicità e chiarezza del bilancio, nonché l'omessa informativa al socio.

Riconosciuta la rilevanza della questione pregiudiziale eccepita dai convenuti come idonea a definire la controversia, concessi i termini per memorie specifiche in punto, la vertenza veniva trattenuta in decisione dal Collegio della I Sezione.

2. Il quadro normativo post riforma processuale e sostanziale ex D.Lgs. 5/2003 e D.Lgs. 6/2003.

Decidendo una vertenza avente ad oggetto l'impugnativa di una delibera di approvazione del bilancio per la sua (pretesa) mancanza di chiarezza e veridicità, nonché la nullità del bilancio medesimo (la causa, giova rilevarlo, non è mai entrata nel merito poiché risolta proprio sull'eccezione pregiudiziale di incompetenza dell'A.G.O.) in presenza di una clausola compromissoria statutaria(1) volta a devolvere ad arbitro unico, di nomina terza, il Collegio genovese ha statuito la propria incompetenza in favore dell'arbitro, a nominarsi secondo le indicazioni statutarie(2) inserendosi così nel vivo dibattito sorto circa l'ambito oggettivo di applicazione delle disposizioni previste ex D.Lgs. 5/2003, con particolare riferimento al contenzioso generatosi sulle delibere assembleari ed i loro vizi quali atti gestori endo-societari ad alto rischio d'incompromettibilità(3).

Per giungere a tale conclusione il Collegio genovese ha analizzato l'evolversi normativo esplicitatosi nella menzionata riforma processual-societaria (D.Lgs. 5/2003) vagliandone i pochi articoli sopravvissuti alla sostanziale abrogazione occorsa ex L.69/2009, alle facoltà previste in sede di delega governativa ex L.366/2001 istitutiva dell'arbitrato societario quale fattispecie tipica, ovvero alle previsioni degli artt. 34 e 36 D.Lgs. 5/2003 sull'accesso al medesimo e sulle regole processuali specifiche ad esso applicabili, alle modifiche codicistiche introdotte nel riformato art. 806 c.p.c. per l'arbitrato c.d. comune, nonché alla disciplina societaria sostanziale ex D.Lgs. 6/2003.

3. La posizione della I Sezione del Tribunale di Genova.

Ha osservato *in primis* il Collegio come debba ritenersi superata la dicotomia tra arbitrabilità e transigibilità della controversia, anche sgomberando il campo dalla possibile assimilazione dell'arbitrato alla transazione sancita dalla precedente formulazione *ante* D.Lgs. 40/2006 dell'art. 806 c.p.c.(4).

Criterio, quello della transigibilità della vertenza, che già aveva generato ampio dibattito giurisprudenziale circa i suoi concreti profili attuativi ed al cui riguardo la Suprema Corte e le Corti di merito avevano nel tempo elaborato una duplice tecnica applicativa, la c.d. teoria degli interessi secondo la quale era arbitrabile esclusivamente la controversia che involgesse i diritti individuali dei soci, mentre restavano devolute alla giurisdizione esclusiva dell'A.G.O. quelle relative agli interessi propri della società, pubblicistici dei terzi o dei creditori(5) e, con particolare riferimento all'impugnativa della delibera assembleare, quella della sua nullità/annullabilità in applicazione della quale solo la nullità (o meno) della delibera restava una valutazione essenzialmente inarbitrabile(6).

Entrambi gli approcci sono stati comunque soggetti alla critica dottrinale che ha ritenuto censurabile la focalizzazione dell'attenzione giurisprudenziale sull'esame delle norme applicabili alla vertenza per arrivare a determinarne l'arbitrabilità ove queste fossero ritenute inderogabili, anziché il vaglio della natura del diritto, considerato che l'inderogabilità della previsione legislativa avrebbe dovuto, al più, condurre all'arbitrabilità della vertenza secondo diritto, pure sindacabile in sede di impugnazione per violazione di legge (approccio poi recepito dal legislatore nell'art. 36 D.Lgs. 5/2003). Superato post riforma detto scenario, ovvero il sinallagma tra arbitrabilità e transigibilità e dovendosi concentrare esclusivamente sul concetto di disponibilità (o meno) del diritto relativo al rapporto sociale in esame, il Collegio ha quindi esaminato dettagliatamente la *ratio* sin dalla legge delega(8) e le implicazioni del nuovo assetto portato dagli artt. 34 e 36 del D.Lgs. 5/2003. Ha rilevato quindi il Collegio l'innovativa portata dell'art. 34 D.Lgs. 5/2003 nella parte in cui ricollega l'arbitrabilità alla disponibilità del diritto, con la (sola) esclusione esplicita delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'art. 2325 bis c.c. e delle vertenze che prevedono il coinvolgimento obbligatorio del Pubblico Ministero(9) perché sicuramente inarbitrabili, mentre resterebbero soggette all'indagine del Giudicante sulla disponibilità (o meno) del diritto tutte le altre ipotesi.

Prima di entrare nel merito di tale valutazione, da applicarsi al caso concreto, inerente, giova ricordarlo, ad un'impugnativa di delibera assembleare di approvazione di bilancio (preteso) erroneo ed invertito, nonché per omessa informazione al socio, il Collegio si è soffermato ad esaminare anche il testo dell'art. 36 D.Lgs. 5/2003 che vincola gli arbitri a decidere esclusivamente secondo diritto, con lodo impugnabile anche a norma dell'art. 809 c.p.c., quando delibino sulla validità delle delibere assembleari (oltre che quando, ai fini della decisione, essi conoscano di questioni non compromettibili), venendo così comunque assicurato l'accertamento da parte dell'autorità statale dell'applicazione di quelle norme inderogabili che anche gli arbitri sono tenuti a rispettare.

Invero, anche l'interazione fra gli artt. 34, 35 e 36 del D.Lgs. 5/2003 rappresentano un punto dibattuto dalla dottrina, posto che non manca chi nel tempo ha sostenuto, valorizzando il dato testuale degli artt. 35 e 36, che per le delibere assembleari possa non applicarsi il limite della disponibilità del diritto(10), ciò anche cavalcando il pensiero della Suprema Corte che, seppur in applicazione della disciplina ante riforma, in un celebre pluri-citato *obiter dictum*, aveva espressamente ritenuto devolvibili in arbitrato "le controversie concernenti la validità delle delibere assembleari"(11).

Altri hanno invece qualificato sistemico il tenore della previsione ex art. 34 D.Lgs. 5/2003 ed il principio della disponibilità del diritto quale suo indefettibile requisito, ovvero applicabile il passaggio di detto vaglio anche ai giudizi inerenti a tale categoria di vertenze(12).

In tale dibattito si è inserito il pensiero giurisprudenziale, invero non *tranchant* sul punto, anzi, ben evidenziando come il contrasto circa l'ampiezza del criterio stabilito ex art. 34 e la sua riferibilità (o meno) alle fattispecie di cui ai successivi artt. 35 e 36 sia tuttora irrisolto(13-14).

Pur contemplando la posizione espressa in sede di legge delega ed ivi riconoscendo la disponibilità a superare il divieto di sottoporre ad arbitrato le controversie che non potevano essere oggetto di transazione(15), il Collegio in commento dimostra di aderire alla seconda, ritiene la scrivente, più garantistica posizione del doppio vaglio (criterio della disponibilità del diritto

applicabile sempre e comunque) allorché, con le succitate premesse, si interroga sulla corretta identificazione di diritto disponibile, quindi arbitrabile, nella delibera assembleare alla sua attenzione dando atto che "si è assistito in dottrina ed in giurisprudenza ad un ampio dibattito teso ad individuare l'area dei diritti disponibili per i quali, a norma dell'art. 36, le relative controversie sono compromettibili in arbitrato".

Per risolvere tale punto il Collegio ragiona a contrario, trovando una propria via nell'identificare, quale primo passaggio logico, ciò che può qualificarsi diritto indisponibile (quindi esso solo delegato alla tutela esclusiva dell'A.G.O.) e ritenendo arbitrabile *a contrario* tutto il resto, nel rispetto del *favor arbitrati* che emerge (forte e chiaro) sia dalla riforma, sia dalla legge delega, come espressamente riconosce anche il Giudicante genovese.

Il Collegio pure si richiama e fa proprio l'orientamento più innovativo presente sia in dottrina(16), sia in giurisprudenza che per identificare la disponibilità del diritto non guarda alla sua natura bensì alla disponibilità (o meno) dell'azione posta a sua tutela (17), efficacemente indicata anche come la possibilità giuridica del soggetto titolare di un diritto, tramite l'autonomia contrattuale concessagli dalla legge, di rinunciarvi, diminuirlo, o spogliarsene, anche a favore di altri(18). Aderendo a tale ultima posizione (teoria della disponibilità dell'azione) il Collegio genovese mostra quindi il suo *favor* per la tendenziale compromettibilità delle impugnative inerenti alle delibere assembleari che, come sostanzialmente riformate ex D.Lgs. 6/2003 in ridefinizione del rapporto fra la nullità e l'annullabilità della delibera, lasciano davvero poco spazio all'indisponibilità delle parti.

Il Collegio, infatti, ricordando la generale conciliabilità delle cause di impugnativa ex art. 2378, comma 4 c.c., la possibilità di sostituire la delibera annullabile impedendone la relativa declaratoria ex art. 2377, comma 8, c.c., la facoltà di sanatoria che occorre verso delibere anche nulle per omessa loro impugnativa decorso il termine triennale previsto ex art. 2379, comma 1, c.c., l'insanabilità prevista per la sola ipotesi di illecita modificazione dell'oggetto sociale ex art. 2379, comma 1, c.c. e, da ultimo, l'ipotesi di cui all'art. 2434 bis, comma 1, c.c. in tema di generale sanabilità della delibera assembleare nulla od annullabile mediante l'approvazione del bilancio successivo, argomenta condivisibilmente, ad avviso di chi scrive, il superamento "dell'equivalenza fra nullità, intransigibilità ed indisponibilità del diritto, né la netta distinzione tra interessi superindividuali tutelati da norme inderogabili che conducono alla nullità della delibera e interessi individuali cui segue l'annullabilità".

In tale quadro il Collegio sceglie di aderire all'orientamento più favorevole all'arbitrato ritenendo devolvibile qualsiasi impugnativa, sul presupposto della sua possibile consolidazione o sanatoria, eccettuando esclusivamente le delibere che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite od impossibili(19-20).

Utilizzando le parole del Tribunale di Milano, il Collegio genovese fa quindi proprio il principio che "l'area della non compromettibilità è ristretta all'assoluta indisponibilità del diritto e, quindi, alle sole nullità insanabili" già espresso anche dal Supremo Collegio e recentemente ribadito(21-22).

È proprio il rilievo che anche la nullità della delibera o la violazione del principio di chiarezza e precisione del bilancio passibili di sanatoria o di definitiva consolidazione con il decorso di tre anni in assenza di impugnative che ne sancisce la disponibilità da parte del socio e quindi l'arbitrabilità di un'eventuale controversia in punto, potendosi quindi ritenere

definitivamente superata la connessione consequenziale tra nullità, indisponibilità ed inarbitrabilità della vertenza anche secondo il Collegio genovese(23).

Si tratta tuttavia di un'interpretazione tutt'altro che pacifica in seno sia al Supremo Collegio, sia alle Corti di merito, posto che non mancano giudicanti che, ancora basando l'indagine sulla natura del diritto in discussione (per discernerne la disponibilità o meno), piuttosto che guardando al più oggettivo, se non univoco, criterio degli strumenti di tutela, restringono l'ambito dell'arbitrabilità, contaminandola con un *quid* di (inauspicabile) incertezza legata alla qualificazione dell'interesse tutelato, ovvero della sua natura di carattere generale o speciale, individuale o collettivo, dei soci o di terzi(24).

4. Conclusioni.

La pronuncia in commento si segnala quindi all'attenzione degli interpreti ed in particolare di coloro che, come la scrivente, credono nell'arbitrato quale alternativa efficace al processo ordinario, soprattutto per le problematiche di diritto societario. La sua *ratio decidendi*, infatti, si evidenzia per la stretta aderenza ad indici auspicabilmente desumibili direttamente dal tessuto normativo più che ad opinabili valutazioni circa i principi e gli interessi in tutela, la cui applicazione evidentemente potrebbe recare un *vulnus* alla certezza del diritto in discussione ed alla stessa fiducia nello strumento arbitrale. Quanto sopra nel rispetto del *favor arbitrati* che molte Corti non hanno mancato di applicare(25), che anche ordinamenti giuridici stranieri spesso beneficiati da un importante flusso di adesioni estere scelgono di supportare con un efficace effetto sia deflativo della giustizia pubblica sia, è opinione della scrivente, di spinta ad una maggiore responsabilità e consapevolezza da parte di chi decide di ricorrervi data la maggiore gravosità dei costi.

Proprio le sue potenzialità deflative risultano, inoltre, oggetto di recente, ulteriore propulsione posto che il legislatore ha da ultimo identificato, proprio nell'arbitrato, un importante strumento di eliminazione dell'arretrato giudiziale civile, facoltizzando le parti del giudizio pendente, ma non ancora in decisione di promuoverne ivi il trasferimento, ferme le decadenze e le preclusioni già intervenute e sull'imprescindibile presupposto che le parti litighino di diritti disponibili(26).

Barbara Gambaro
Avvocato, Foro di Genova

Note:

- (1) Cfr. Fusaro, *Sui confini della responsabilità disciplinare notarile: a proposito della clausola compromissoria statutaria e delle nullità relative*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, Cedam, 2011, 408 per un'analisi dei requisiti della clausola compromissoria alla luce di Cass. 24867/2010.
- (2) Cfr. il testo della clausola compromissoria contenuta nello statuto di C.T. S.r.l. in liquidazione: "*Qualsiasi controversia insorgesse tra i soci relativamente ai rapporti sociali o tra essi e gli amministratori e/o la società, escluse quelle non compromettibili per legge, sarà deferita al giudizio inappellabile di un arbitro da nominarsi dal presidente del consiglio dell'Ordine dei Dottori Commercialisti di Genova. L'arbitro dovrà decidere secondo equità, entro novanta giorni dall'accettazione dell'incarico*".
- (3) Cfr. Zucconi Galli Fonseca, *Arbitrati Speciali*, Zanichelli, 2008, 75.
- (4) Cfr. art. 806 c.p.c., nel testo precedente, "806 (Compromesso). *Le parti possono far decidere in arbitri le controversie fra di loro insorte, tranne quelle previste negli artt. 429 e 459, quelle che riguardano questioni di stato e di separazione personale tra coniugi nonché le altre che non possono formare oggetto di transazione*".

(5) Cfr. Cass. 1148/2004 in *Dejure*; Cass. 9022/2000 in *Dejure*.

(6) Cfr. Trib. Napoli 25.10.2006 in *Corriere del merito* 2007, 1, 32; Trib. Napoli 2.5.2003 in *Giur. merito* 2004, 249; Trib. Milano 12.3.2001 in *Società* 2002, 737; Trib. Roma 23.7.1984, in *Società* 1985, 429.

(7) Cfr. Bonelli Erede Pappalardo, *Arbitrato*, Ipsoa, 2012, 280 per un chiaro e pratico approccio alla questione.

(8) Cfr. art. 12, comma 3, L. 366/2001: "*Il Governo può altresì prevedere la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausole compromissorie, anche in deroga agli articoli 806 e 808 del codice di procedura civile, per tutte o alcune tra le controversie societarie di cui al comma 1. Nel caso che la controversia concerna questioni che non possono formare oggetto di transazione, la clausola compromissoria dovrà riferirsi ad un arbitrato secondo diritto, restando escluso il giudizio di equità, ed il lodo sarà impugnabile anche per violazione di legge*".

(9) Si tratta delle fattispecie previste ex art. 2409 c.c., ex art. 2436, comma IV, c.c. sul ricorso agli amministratori per mancata iscrizione della modificazione dello statuto nel Registro delle Imprese, ex art. 2446, II comma c.c. sulla riduzione del capitale sociale ad opera del Tribunale, nonché l'ipotesi di cui all'art. 2487, comma IV c.c. per le fattispecie di revoca dei liquidatori, nonché le vertenze dirette ad ottenere una pronuncia di decadenza e nullità dei titoli di proprietà industriale sino all'entrata in vigore della L.99/2009 abrogativa dell'intervento obbligatorio.

(10) Cfr. Salvaneschi, *L'oggetto del nuovo arbitrato societario*, in *Studi in onore di Giuseppe Tarzia*, III, Milano 2005, 2207; Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario* in Riv. dir. proc. 2003, 709; Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, in Riv. trim. dir. e proc. 2003, 517; Angioni, *L'Arbitrato societario*, in *La nuova S.r.l. Prime letture e proposte interpretative*, a cura di Faruna, Ibbà, Racugno e Serra, 2004, 473 e ss..

(11) Cfr. Cass. 3772/2005 in *Dejure*.

(12) Cfr. Nela, *Il nuovo processo societario*, Commentario diretto da Chiarloni, Bologna 2004, sub. art.34, 954; Soldati, *Le clausole compromissorie nelle società commerciali*, Milano 2005, 127 e ss..

(13) Cfr. Cass. 18600/2011 in *Dejure*; Cass. 28/2013 in *Dejure*; Trib. Milano 4.11.2010 in *Dejure*; Trib. Genova 3.7.2007 in Bonelli erede Pappalardo, *Op.cit.*.

(14) Cfr. Fusaro, *La clausola compromissoria negli statuti societari. L'elaborazione giurisprudenziale* in Riv. di dir. priv. 2013, 33.

(15) Cfr. art. 12, comma 3, L.366/2001.

(16) Cfr. Zucconi Galli Fonseca, *op.cit.*, 77.

(17) Cfr. Trib. Modena 25/10/2011 in *Dejure*; Trib. Milano, 23/7/2013 in *Giurisprudenza delle Imprese*.

(18) Cfr. Zucconi Galli Fonseca, *La compromettibilità delle impugnative di delibere assembleari dopo la riforma*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2005, 482.

(19) Cfr. Trib. Napoli 8/3/2010 in *Dejure*; Trib. Belluno 8/5/2008 in *Dejure*, annotata da De Santis sostanzialmente critico all'approccio di c.d. compromettibilità indiscriminata da parte della Corte.

(20) Cfr. Russo, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur It*, 2003, 1285.

(21) Cfr. Cass. 15890/2012 in *Dejure*, Cass. 16265/2013 in *Dejure*: "*Attengono a diritti indisponibili, come tali non compromettibili in arbitri ex art. 806 c.p.c. soltanto le controversie relative all'impugnazione di deliberazioni assembleari di società aventi oggetto illecito o impossibile le quali danno luogo a nullità rilevabile anche di ufficio dal giudice cui sono equiparate, ex art. 2479 ter c.c., quelle prese in assoluta mancanza di informazione*".

(22) Cfr. Cass. 25/6/2014, ord. n.1430 sulla impugnativa per pretesa nullità della delibera ove il Supremo Collegio ribadisce che, nella disciplina delle invalidità delle delibere assembleari non vi è una coincidenza perfetta tra nullità ed indisponibilità del diritto e che solo per le nullità c.d. insanabili sussiste un regime di assoluta inderogabilità ed indisponibilità e, conseguentemente, la non compromettibilità in arbitri: questa tipologia identifica esclusivamente le delibere di modificazione dell'oggetto sociale che prevedano attività illecite od impossibili.

(23) Cfr. anche la recente Trib. sez. spec. imprese, Napoli, 7/7/2014 in *Dejure* "... Per la giurisprudenza prevalente e la maggior parte della dottrina

- l'area dell'indisponibilità attenga soltanto alle ipotesi di vizi dei deliberati societari che comportino astrattamente nullità insanabili ed imprescrittibili. In questo senso è evidente (come del resto evidenziato dagli arresti di legittimità riportati) che l'indisponibilità ricorra in tema di deliberazioni che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili, giacché - nel bilanciare le contrapposte esigenze della stabilità delle decisioni e del rispetto delle regole fondamentali dell'ordinamento - in quei casi il legislatore ha dato prevalenza alla tutela delle seconde".

(24) Cfr. Cass. 18671/2012 in *Dejure*; Cass. 18600/2011 in *Dejure*; Cass. SS.UU. 27/2000 in *Dejure*; Cass. 928/2004 in *Dejure*.

(25) Cfr. Trib. Milano 10/5/2013 in *Giurisprudenza delle Imprese* "milita in ogni caso a favore della compromettibilità anche il mutato inquadramento legislativo dell'arbitrato che non è più un'alternativa privata" di soluzione delle liti, ma può essere configurato come un sistema processuale alternativo"; Trib. Milano 22/2/2011 in *Dejure*.

(26) Cfr. art. 1, D.L. 132/2014 "Trasferimento alla sede arbitrale di procedimenti pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria. Nelle cause civili dinanzi al tribunale o in grado d'appello pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, che non hanno ad oggetto diritti indisponibili e che non vertono in materia di lavoro, previdenza e assistenza sociale, nelle quali la causa non è stata assunta in decisione, le parti, con istanza congiunta, possono richiedere di promuovere un procedimento arbitrale a norma delle disposizioni contenute nel titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile. Il giudice, rilevata la sussistenza delle condizioni di cui al comma 1, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute, dispone la trasmissione del fascicolo al presidente del Consiglio dell'ordine del circondario in cui ha sede il tribunale ovvero la corte di appello per la nomina del collegio arbitrale. Gli arbitri sono individuati, concordemente dalle parti o dal presidente del Consiglio dell'ordine, tra gli avvocati iscritti da almeno tre anni all'albo dell'ordine circondariale che non hanno avuto condanne disciplinari definitive e che, prima della trasmissione del fascicolo, hanno reso una dichiarazione di disponibilità al Consiglio stesso. 3. Il procedimento prosegue davanti agli arbitri. Restano fermi gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda giudiziale e il lodo ha gli stessi effetti della sentenza. 4. Quando la trasmissione a norma del comma 2 è disposta in grado d'appello e il procedimento arbitrale non si conclude con la pronuncia del lodo entro centoventi giorni dall'accettazione della nomina del collegio arbitrale, il processo deve essere riassunto entro il termine perentorio dei successivi sessanta giorni. Quando il processo è riassunto il lodo non può essere più pronunciato. Se nessuna delle parti procede alla riassunzione nel termine, il procedimento si estingue e si applica l'articolo 338 del codice di procedura civile. Quando, a norma dell'articolo 830 del codice di procedura civile, è stata dichiarata la nullità del lodo pronunciato entro il termine di centoventi giorni di cui al primo periodo o, in ogni caso, entro la scadenza di quello per la riassunzione, il processo deve essere riassunto entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza di nullità. 5. Nei casi di cui ai commi 1, 2, 3 e 4, con decreto regolamentare del Ministro della giustizia possono essere stabilite riduzioni dei parametri relativi ai compensi degli arbitri. Nei medesimi casi non si applica l'articolo 814, primo comma, secondo periodo, del codice di procedura civile".

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 2 luglio 2014, Giudice Unico Costanzo, B.A. ric. (Avv. Beecroft) c. Intesa Sanpaolo S.p.A.

CONTRATTI bancari – esposizione del correntista – piano di rientro eseguito mediante versamenti mensili – imputazioni effettuate dalla banca – richiesta del correntista della relativa documentazione – mancato riscontro – ingiunzione di consegna – ammissibilità.

(Art. 119 TUB; artt. 633 ss. c.p.c.)

È fondato il diritto del ricorrente di ottenere la consegna di copia della

documentazione esplicativa delle imputazioni (capitale-interessi-spese) applicate ai pagamenti concordati col piano di rientro. (1)

(... Omissis...)

Letto il ricorso 1424-2014 e le note integrative successivamente depositate e ritenuto che:

sia fondato il diritto del ricorrente di ottenere la consegna di copia della documentazione esplicativa delle imputazioni (capitale-interessi-spese) applicate ai pagamenti concordati col piano di rientro del 21.12.2010 ed effettuati dal ricorrente nel periodo gennaio 2011-agosto 2012;

non essendo allo stato determinabili i costi di produzione della richiesta documentazione (art. 119.4 TUB) non sia applicabile l'art. 633 cpv. cpc, potendo la banca esigere il rimborso di tali costi al momento dell'eventuale adempimento a quest'ingiunzione (o anche in seguito);

l'art. 640 cpc consente di integrare la prova ritenuta mancante e non di estendere la richiesta formulata in ricorso, con la conseguenza che l'ingiunzione non si può estendere ai documenti indicati nelle predette note;

non vi sia prova delle condizioni di cui all'art. 642;

visti gli artt. 633, 634 e 641 cpc;

Ingiunge a Intesa Sanpaolo SpA, in persona del legale rapp.te p.t. CF/P.IVA 10810700152, di consegnare a B.A. entro il termine di 40 giorni copia della documentazione esplicativa delle imputazioni (capitale-interessi-spese) applicate ai pagamenti concordati col piano di rientro del 21.12.2010 ed effettuati dal ricorrente nel periodo gennaio 2011-agosto 2012; di pagare a B.A. entro il termine di 40 giorni le spese di questo procedimento (...omissis...); avverte che entro il termine di giorni 40 si potrà proporre opposizione contro questo decreto ingiuntivo e che, in mancanza, si procederà ad esecuzione forzata.

(... Omissis...)

(1) Per un'informazione trasparente a clienti, consumatori e utenti.

La presente nota si riferisce ad un "semplice" decreto ingiuntivo concentrato in poche righe non problematiche, per di più contenente l'ordine della "semplice" consegna della documentazione relativa ai rapporti di debito e credito tra una banca ed un suo correntista che aveva richiesto, con ricorso al Tribunale, la documentazione stessa ai fini di una verifica della correttezza degli importi imputatigli per il rientro della sua posizione debitoria. Commentare nell'ambito di una rassegna giurisprudenziale un provvedimento così lineare se non banale potrebbe sembrare una divagazione poco utile ed ogni avvocato potrebbe legittimamente ritenere la lettura una perdita di tempo rispetto alla propria pratica quotidiana. Tuttavia, confidando se non altro in un minimo di curiosità, può valere la pena di utilizzare questo pretesto o punto di partenza per aprire un breve discorso sulle prospettive che anche il diritto vigente contiene in sé quanto a potenziali ed auspicabili sviluppi futuri su questioni ormai pressanti ma ancora non percepite come tali.

Ma anzitutto è il caso di riconfermare quanto su queste pagine si è già avuta altra occasione di esprimere in forma di apprezzamento per i giudici del Tribunale di Genova (oltre che per la puntuale e sobria presentazione della parte ricorrente) che hanno operato privilegiando i fatti nudi e crudi con il richiamo più sintetico ad una norma di diritto processuale ed una di diritto bancario. Ciò va sottolineato, non mancando invece nelle raccolte giurisprudenziali esempi di

superflua ostentazione di argomentazioni dottrinali su varianti non pertinenti. Questo vizio dovrebbe essere proprio solo dei commentatori.

Il problema di fondo (superato in scioltezza nella vicenda con il decreto in esame) ha origine in realtà nella gravissima asimmetria nelle posizioni di due parti contraenti paradigmatiche, da sempre contrapposte, che si va sempre più allargando in termini quantitativi e qualitativi. Si potrebbe pensare il contrario, perché è vero che con la normativa si è cercato e si cerca di assicurare tutele compensative della disparità esistente tra potentati e singoli cittadini, talché le disposizioni sopra accennate (art. 633 c.p.c. e art. 119 Testo Unico Bancario) ne costituiscono un esempio non trascurabile, insieme a molti altri. Ma, a dispetto di tutto ciò, è il fenomeno che si vorrebbe arginare ad assumere in concreto dimensioni sempre più imponenti ed invasive ed è questa circostanza che si deve ora affrontare nella sua consistenza fisiologica prima ancora che nelle sue conseguenze patologiche. Sia chiaro che la questione non è nuova ed è affrontata in modo tentativamente sistematico già nel Codice Civile del 1942 con norme successivamente soggette a modifiche, quali oggi riassunte negli artt. 1341 e 1342. L'impostazione originaria degli interventi legislativi si richiamava alla contrapposizione tra contraente forte e contraente più debole, il quale ultimo veniva tutelato rispetto alle cosiddette clausole vessatorie predisposte dal primo. Il rimedio peraltro non risulta mutato nell'ambito delle rubriche che si riferiscono alle "condizioni generali di contratto" ed al "contratto concluso mediante moduli o formulari" e consiste essenzialmente nell'invalidità delle clausole (anche conosciute o conoscibili) utilizzate nell'uno o nell'altro caso che non siano state approvate e sottoscritte espressamente, o non siano state modificate per iscritto rispetto a quelle prestampate. Del problema dunque ci si è fatti carico, ma l'apprestato rimedio di una sottoscrizione espressa delle clausole cosiddette vessatorie è sempre stato ed è semplicemente risibile.

La vicenda che si svolge nella realtà è immancabilmente quella che vede il privato cittadino, consumatore/utente nell'atto di concludere l'allaccio alla rete elettrica o un'assicurazione sulla vita, al quale il rappresentante dell'azienda fornitrice di beni o servizi suggerisce imperativamente e frettolosamente "fermi qui, qui e qui", essendo del tutto ovvio che anche se il privato si prendesse la briga (come non avviene mai) di verificare e contestare le clausole per cui la legge prevede cautela e tutela resterebbe semplicemente e senza alternative senza luce elettrica e senza assicurazione sulla vita. La legge non può fare altro? Ammettiamo per un momento che sia così: ma crearsi un alibi così palesemente surrettizio rappresenta soltanto l'ipocrisia e l'inettitudine dei formalismi normativi e burocratici che presiedono al rapporto tra potentati e sudditi nel nostro paese. (Invece, ovviamente, nei rapporti fra potentati non si conoscono condizioni generali, moduli o formulari, bensì trattative serrate e bracci di ferro tra pari).

Si potrebbe tuttavia ricordare che le disposizioni per la tutela dei consumatori si sono moltiplicate negli ultimi due o tre decenni e che per la loro difesa vi è stata anche una fioritura di associazioni operanti sia sul piano delle inchieste e della consulenza sia su quello dell'assistenza legale. Ma le disposizioni legislative e amministrative e l'attività di varie Autorità si sono sempre ovviamente espresse in termini soprattutto burocratici con l'aggiunta di sempre nuovi vincoli formali, firme, consensi e dinieghi, quasi sempre del tutto inefficaci sul piano pratico e dannosi sia per i produttori ef-

ficienti e corretti che per i consumatori ed utenti. Quanto alle organizzazioni di difesa di questi ultimi è del tutto assente il carattere associativo, trattandosi in realtà di imprese che si finanziano oltre che con quote di iscrizione con l'erogazione dei propri servizi - non senza agevolazioni pubbliche - come avviene del resto per le cooperative e gran parte delle onlus e delle istituzioni di volontariato. Ma questo è altro discorso che andrebbe sviluppato in altra sede e che tuttavia rientra nel quadro problematico che viene qui impostato quanto al rapporto vessatorio imposto nei confronti del dell'individualità del semplice cittadino dai potentati, cui giova anche l'esistenza della rete di corporazioni pubbliche e private (mascherate da terzo settore in realtà adulterato) in cui l'italiano medio finisce - oltre che a sovvenzionarle - per impigliarsi come la mosca nella ragnatela.

È opportuno precisare a questo punto che per "potentati" si intendono qui - con elencazione non esaustiva - essenzialmente le grandi imprese italiane e multinazionali produttrici di beni di consumo e soprattutto di beni durevoli, le aziende pubbliche, private e miste erogatrici di servizi essenziali (elettricità, gas, acqua, trasporti, telefonia informatica digitale ecc.), compagnie assicurative, banche; tutte accomunate dalla fruibilità di tecnologie avanzate, cospicue risorse finanziarie o persino - indifferentemente - situazioni di dissesto e così di ricatto verso i creditori. È evidente che esse possono avvalersi di preponderanti strumenti di difesa ed offesa in sede di contenzioso giudiziario, cui si aggiunge l'indifferenza al risultato negativo delle liti, già ammortizzato dalle riserve di bilancio o semplicemente ignorato per i limitati effetti sull'economia aziendale globale. Per non parlare dell'indifferenza generata dall'avvicendamento nel tempo dei vertici direttivi, così deresponsabilizzati rispetto alle gestioni precedenti. Molto raramente quindi un Davide sconfigge un qualche Golia, che comunque non viene indebolito dalla soccombenza in simili scaramucce.

Benché tutto questo sia noto, anzi sin troppo noto ma non adeguatamente ponderato, causando così assuefazione, ciò a cui si assiste negli anni a noi più vicini è un fenomeno che minaccia di aggravarsi ulteriormente ogni giorno che passa e cioè la creazione di cortine sempre più impermeabili (anche solo di comunicazione prima ancora che di contestazione) tra un organismo dotato della più minuziosa documentazione computerizzata ed il singolo cittadino consumatore/utente privo di ogni riscontro circa la correttezza di qualsiasi dato o calcolo relativo alla quantità di prestazioni spesso sfasate nel tempo, nonché circa gli addebiti, accrediti e conguagli che gli sono forniti unilateralmente dalla controparte contrattuale.

Con ciò siamo rientrati nel territorio, da cui abbiamo preso le mosse, del decreto ingiuntivo al tempo stesso di natura ordinaria e di potenziale non comune incisività.

Ma vi è un ulteriore strumento che è stato letteralmente inventato ed utilizzato in tale territorio negli ultimi due decenni come arma decisiva per tenere il consumatore/utente lontano anche solo dall'epidermide e dalla sensibilità dei moloch da cui dipende nelle manifestazioni più essenziali la vita quotidiana della gente comune (che in Italia - ed è questa una considerazione di fondo - a difesa dei propri diritti ha solo un giudice molto più remoto nello scorrere del tempo, se non nello spazio, di quello di Berlino). Quell'arma, in forma di corazza impenetrabile o nella migliore delle ipotesi defatigante rispetto ad ogni legittima istanza del cittadino, si chiama *call center*. Non è più l'azienda (o l'amministrazione pubblica o concessionaria) l'interlocutrice del proprio utente o cliente, bensì un corpo estraneo ad essa o comunque alle sue strutture funzionali dalle

quali dipende un problema di cui si chiede la soluzione o almeno la spiegazione. Si tratta di precari addestrati solo a fornire risposte standardizzate a domande frequenti, ma che spesso fanno ricorso a indicazioni evasive, diniego della propria competenza, rinvio ad interlocutori inaccessibili. Beninteso questa struttura organizzativa ha in origine una propria giustificazione economica, che come tanti altri espedienti ha finito per raggiungere le dimensioni esclusivamente di comodo dell'abuso e della mala gestione delle responsabilità aziendali verso il pubblico. (La soluzione, che va messa tra parentesi per tutte le ben note ragioni contingenti, sarebbe quella di integrare i precari nelle varie strutture funzionali addette alle diverse problematiche che possono insorgere nella produzione e nella fruizione da parte del pubblico dei beni e servizi oggetto di richieste di istruzioni o della presentazione di reclami. Ma occorrerebbe che tutte le assunzioni avvenissero a tempo indeterminato e le risoluzioni del rapporto di lavoro, vulgo licenziamenti, fossero liberamente attuabili e socialmente accettabili in presenza delle relative provvidenze generalizzate).

Il *call center* non solo è utilizzato nel modo sopra descritto ma è sostitutivo di ogni e qualsiasi reperibilità dell'azienda produttrice. Molte multinazionali non hanno più una sede o un indirizzo in Italia. Nessuna azienda fornisce più le proprie caselle e-mail o numeri telefonici che non siano del *call center* o comunque vicoli ciechi. Le firme dei dirigenti aziendali in calce a comunicazioni (nell'esclusivo interesse del mittente ed in genere sgradevoli) sono illeggibili.

Dovremmo forse tutti ricorrere a decreti ingiuntivi della speditezza ed efficacia di quello in esame.

Non è questa la sede per suggerire soluzioni normative articolate, ma sarebbe utile che fossero portate all'attenzione degli organi ministeriali, delle Autorità competenti e in ultima analisi del parlamento alcune modeste proposte a livello non tecnico ma di semplice orientamento per ovviare ai segnalati problemi reali: a) esigere l'indicazione in tutte le forme di comunicazione (in particolare Internet) delle strutture organizzative dell'ente, delle sedi legali e operative, dei numeri di telefono e di fax, degli indirizzi e-mail; b) esigere che, a fronte di specifiche richieste scritte di informazioni o documentazioni o a fronte della presentazione di reclami scritti, venga fornita una risposta scritta altrettanto specifica entro 15 giorni; c) inserire le strutture organizzate in forma di *call center* all'interno di quelle strutture dell'azienda o dell'ente cui possono fare capo le relazioni con i consumatori/utenti attinenti le problematiche che rientrano normalmente nell'ambito di tali relazioni. (ma quest'ultimo punto è oggetto della parentesi dubitativa già introdotta più sopra).

È indubbia la presenza di difficoltà anche notevoli nell'attuazione di una simile riforma intesa ad eliminare le barriere burocratiche frapposte ad un regime di informazione aperta; altrettanto indubbia è la prospettiva di possibili aggravati economici ovvero diseconomie inerenti le suggerite ristrutturazioni organizzative, da valutare peraltro in termini di costi/benefici. Ma né le possibili difficoltà né le eventuali diseconomie da riconciliare con l'obiettivo di fondo devono indurre, come spesso avviene nel nostro sistema istituzionale e di governo, a farne un alibi tradotto in progetti e dibattiti senza fine, ossia tutto il contrario di ciò che si otterrebbe con una tempestiva normativa ben calibrata ed al tempo stesso scabra ed essenziale, garantita dalla strumentazione del ricorso a decreti ingiuntivi nella disponibilità dei giudici di buona volontà.

Enrico Zanelli

Professore emerito dell'Università di Genova

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 12 febbraio 2014, n. 185 - Pres. D'Arienzo - Rel. Atzeni - Condominio A. (Avv.ti Moizo e Giovene) c. A. (Avv.ti Scampelli e Bava).

PROPRIETÀ - acquisto per occupazione appropriativa - inammissibilità.

PROPRIETÀ - c.d. espropriazione indiretta determinata dalle illegalità commesse dall'Amministrazione - non sussiste.

La realizzazione di un'opera pubblica su un fondo oggetto di legittima occupazione in via di urgenza, non seguita dal perfezionamento della procedura espropriativa, costituisce un mero fatto, non in grado di assurgere a titolo dell'acquisto ed è, come tale, inidonea a determinare il trasferimento di proprietà in favore della P.A.

La Corte europea dei Diritti dell'Uomo ha affermato la contrarietà alla Convenzione dei dell'istituto della cosiddetta "espropriazione indiretta" e negato la possibilità di individuare sistemi di acquisizione diversi da quello consensuale del contratto e da quello autoritativo del procedimento ablatorio.

J.V.

(... Omissis...)

Ragioni di fatto e di diritto della decisione.

1.1. - Con atto di citazione ritualmente notificato (nel proc. RGN. 895/00), Saporiti Vincenza e Accini Attilio citavano in giudizio la cooperativa Algesira srl in liquidazione e il condominio La Comune premettendo:

- di essere proprietari dei terreni siti nel comune di Monterosso identificati al NCT fg 11, mapp. 664 e 1186;
- che la coop. La Comune (cui poi era succeduto il condominio convenuto) e la coop. Algesira avevano acquistato i terreni confinanti con questi, su cui avevano realizzato due complessi condominiali;
- che avevano concesso il diritto di passo carrabile sul mapp. 664 alle cooperative, per consentire loro l'accesso ai terreni di loro proprietà;
- che il mapp. 1186 era stato arbitrariamente occupato dalle Cooperative che vi avevano realizzato i muretti di contenimento del loro giardini;
- che le stesse Cooperative avevano posizionato un cancello al suo ingresso di cui avevano ommesso la consegna di una copia delle chiavi agli attori, che quindi non potevano più accedere ai mappali 1188 e 1189;
- che a causa di tale sconfinamento, non avevano potuto realizzare otto box interrati, subendo un pregiudizio economico.

Domandavano, pertanto, la declaratoria del loro diritto di proprietà su quelle parti dei mappali interessate dallo spossamento perpetrato dalle convenute e l'accertamento dell'esatto confine tra le diverse proprietà con la condanna delle convenute al rilascio delle parti di terreno invase ed a risarcire i medesimi Accini e Saporiti dei danni subiti.

1.2.- Si costituivano il Condominio la Comune e la Coop. Algesira, contestando le argomentazioni avversarie. Sostenevano, in particolare, di essere divenute proprietarie del terreno di cui al mapp. 1186 per effetto della scrittura privata 23-12-93.

Assumevano inoltre la sussistenza dei presupposti per l'occupazione acquisitiva, poiché l'area era stata interessata da una procedura espropriativa del Comune di Monterosso al Mare, ed eccepivano la prescrizione del relativo diritto al risarcimento dei danni.

La Coop. Algesira, inoltre, eccepiva il proprio difetto di legittimazione passiva, evidenziando che alla stessa erano ormai subentrati i soci.

Le convenute concludevano chiedendo che venisse disposto il trasferimento dell'area ex art. 2932 c.c.

1.3.- A tale giudizio veniva poi riunito quello di cui al RGN 1932/01 che era stato in seguito promosso dal Supercondominio Algesira – La Comune e dal Condominio Raso i quali avevano citato in giudizio Saporiti Vincenzina, Saporiti Lucio e Accini Attilio premettendo:

- che il Sindaco del Comune di Monterosso aveva disposto l'occupazione d'urgenza, con decreto 1062/81, con riguardo a diversi appezzamenti dei terreni tra cui i mapp. 1186 e 664 fg 11;
- che, in seguito, in virtù della convenzione stipulata con il comune, era stato realizzato un complesso immobiliare;
- che l'accesso a tale complesso immobiliare era stato costituito sui mapp. 1186 e 664;
- che i convenuti avevano, con atto del 24-2-93, ceduto volontariamente i beni di loro proprietà interessati dall'intervento edilizio, senza nulla disporre in ordine ai mappali 1186 e 664;
- che, successivamente, i fratelli Saporiti avevano ceduto alla coop. Algesira l'area interessata dall'accesso carrabile con apposita scrittura privata, salvo poi, chiedere la restituzione;
- che a seguito dell'assegnazione ai soci delle varie unità immobiliari, questi ultimi erano subentrati in tutti i diritti e rapporti facenti capo in precedenza alle cooperative;
- che con atto 24-2-93 il sig. Lucio Saporiti aveva trasferito a Attilio Accini la quota di proprietà il 1/3 del mapp. 1186;
- che con atto 27-10-97 il sig. Gianni Saporiti aveva ceduto al Attilio Accini in propria data e quota di 1/3 sui mapp. 1186 e 664;
- che, quindi, a seguito dell'occupazione delle aree in questione da parte del Comune per effetto del provvedimento di occupazione si erano verificati i presupposti per l'occupazione acquisitiva;

Domandavano, pertanto, che venisse dichiarato che le porzioni immobiliari per cui è causa erano divenute di proprietà del Supercondominio, e che l'eventuale diritto al risarcimento dei convenuti era prescritto.

1.4.- Attilio Accini e Saporiti Vincenzina, costituitisi in giudizio, contestavano la sussistenza dei presupposti per l'accessione invertita e che quindi, essi attori avessero perso la disponibilità dei beni oggetto di causa. Chiedevano, pertanto il rigetto della domanda attorea.

Integrato il contraddittorio con tutti i condomini interessati, ed istruita la causa a mezzo di prove testimoniali, documentali ed espletata CTU, il primo giudice pronunciava la sentenza impugnata.

1.5.- Il Tribunale respingeva, in particolare, le domande proposte dalle parti, compensando le spese di lite tra le stesse. Poneva definitivamente le spese di ctu a carico solidale delle predette parti.

2. Sui motivi d'appello.

Avverso tale sentenza hanno proposto impugnazione il CONDOMINIO "ALGESIRA – LA COMUNE" di Monterosso al Mare (SP) in persona del suo amministratore in carica ed i condomini proprietari delle sue unità immobiliari che lo costituiscono, lamentando:

2.1.- il Tribunale avrebbe rigettato le domande di acquisto per occupazione acquisitiva ritenendo erroneamente solo sulla base delle dichiarazioni testimoniali rese in giudizio, non

provata la data dell'irreversibile trasformazione (con realizzazione dell'opera di cui alla concessione edilizia del 23.4.1985). Il primo giudice non avrebbe considerato la palese inattendibilità del teste Moggia (il quale ha dichiarato che l'opera era stata ultimata nel 1992) e la giurisprudenza formatasi al riguardo secondo cui perché si abbia l'irreversibile trasformazione dei luoghi è sufficiente far riferimento al momento in cui l'opera venga a delinarsi nei suoi connotati essenziali. Pertanto con riferimento alla realizzazione di una strada quando si realizzi l'astratta idoneità ad essere percorsa (pur mancando opere accessorie quali l'asfaltatura e i muretti laterali). Dalla CTU depositata nell'agosto del 1988 si evincerebbe che la strada era stata realizzata nei suoi connotati essenziali entro il termine triennale (di cui all'art. 1 L. 1978 n. 1) dalla concessione edilizia del 23.4.1985, come risulterebbe altresì da una fotografia, risalente al 1983, che solo in grado d'appello gli appellanti hanno potuto produrre. Cosicché poiché lo sconfinamento si sarebbe realizzato dopo i frazionamenti catastali eseguiti nel 1987, il tracciato della strada in argomento sarebbe stato effettuato entro il termine triennale della primavera del 1988, come sarebbe stato riferito dal teste Maccione.

3. Si sono costituiti in giudizio Accini Attilio e Saporiti Vincenzina, contestando gli avversi assunti e proponendo al contempo appello incidentale per ottenere il riconoscimento del diritto di proprietà su quelle parti dei mappali 1186 e 664 interessate dallo spossessamento operato dagli appellanti, nonché l'accertamento del confine tra il mappale 1186 e 412-409 ed il mappale 664 e 1186 – 412 fg.11 col rilascio dell'immobile ed il risarcimento dei danni.

Gli appellanti hanno assunto, in particolare, che la loro asserita proprietà sui mappali 1186 e 664 non sarebbe mai stata contestata dagli appellanti e che il riconoscimento della stessa dalla controparte sarebbe rinvenibile nel contenuto dell'atto pubblico di ricognizione e quietanza in data 24.2.93 a rogito Notaio Federici, e nella lettera dell'8.05.2000, mai disconosciuta.

Saporiti Lucio, benché ritualmente citato non si è costituito, per cui deve essere dichiarata la contumacia.

4.- L'appello è infondato, ma la motivazione del Tribunale deve essere modificata.

4.1.- Il Comune di Monterosso in forza di decreto n.1062/81, in data 14.3.1981 provvede all'occupazione d'urgenza di alcuni immobili in Monterosso al Mare tra i quali vi era anche il terreno identificato ai mappali 411 e 664, catastalmente risultante di proprietà dei sigg.ri Saporiti. In seguito al frazionamento di tale mappale 411 venne ricavato il mappale 1186.

Le risultanze della CTU (relazione del 25.9.2004 Ing. Andrea Fallani) precisa e congruamente motivata, hanno evidenziato che il predetto mappale 1186 è stato prodotto dallo scorporo dal mappale 411, che ha formato oggetto del programma costruttivo e del Piano di esproprio del Comune di Monterosso (cfr. pagg. 5 e 11 della relaz. di ctu Fallani). Il CTU ha accertato, altresì, che anche il mappale 664 ha formato oggetto dell'occupazione d'urgenza e che è riportato nel Piano di esproprio del Comune di Monterosso (cfr. pag. 12 relaz. ctu). L'indagine peritale ha poi verificato che i mappali 664 e 1186 sono stati riuniti nel mappale 1489 e che su parte di tale ultimo mappale si è realizzata l'occupazione da parte delle Cooperative edilizie (v. tav. All. A ctu e relaz. di ctu pag. 13).

Parte attrice ha poi prodotto il documento di approvazione del Peep (v. doc. 1), cosicché la dichiarazione di pubblica utilità può considerarsi implicitamente rinvenibile nella predetta approvazione del piano di zona per l'edilizia residenziale pubblica (cfr. Cass. 6289/2000).

Tanto premesso, gli appellanti assumono che i mappali oggetto del contendere sarebbero stati acquisiti dalle Cooperative Algesira e La Comune ed in seguito dai relativi Condominii in virtù dell'occupazione acquisitiva (ovvero accessione invertita), non essendo intervenuto, come pacificamente risulta in causa, il perfezionamento della procedura espropriativa.

Gli attori sostengono che sui terreni *de quo* si sia determinata l'effettiva irreversibile trasformazione del fondo consistente nella realizzazione dell'opera pubblica – in particolare della strada e dei muretti in argomento – nel triennio successivo all'approvazione del progetto, avvenuta con concessione edilizia del 23.4.1985.

Si rileva al riguardo che secondo una precedente e superata giurisprudenza l'acquisto a titolo originario della proprietà in capo alla Pubblica Amministrazione, che si determina a seguito della cosiddetta "occupazione acquisitiva", conseguiva alla impossibilità della restituzione del bene al privato per la irreversibile trasformazione del fondo consistente nella realizzazione dell'opera pubblica (v. Cass. n. 12883 del 30/12/1998).

In particolare, la stessa giurisprudenza affermava che qualora fosse scaduto il termine della requisizione o fossero venute meno le esigenze temporanee sottese al provvedimento, il proprietario dell'area requisita aveva diritto alla sua restituzione o, quando ciò non fosse possibile per irreversibile trasformazione derivante da una diversa e indebita destinazione permanente, al risarcimento del danno, conseguente alla perdita della proprietà dell'area, che doveva considerarsi acquisita a titolo originario dall'ente occupante per effetto dell'accessione invertita e, quindi, non restituibile (Cass. n. 21249 del 06/08/2008).

Tuttavia, a seguito delle diverse pronunce della Corte europea dei Diritti dell'Uomo (v. Seconda Sezione, 30 maggio 2000, Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia, n. 31524/96; Terza Sezione, 12 gennaio 2006, Sciarrotta c. Italia, n. 14793/02) si è avuta una condivisibile inversione di tendenza da parte della stessa Suprema Corte di Cassazione.

La Corte EDU ha infatti indicato la necessità di non perdere di vista la Convenzione (CEDU), mirante proteggere i diritti ivi tutelati in maniera effettiva, e, nello specifico l'importanza di ricercare se la situazione concreta equivalga ad un'espropriazione di fatto (Sporrong e Lönnroth, sentenza del 23 settembre 1982, serie A n. 52, pp. 24-25, § 63).

Ha ricordato che l'articolo 1 del Protocollo Aggiuntivo della CEDU n. 1 esige, innanzitutto e soprattutto, che un'ingerenza dell'autorità pubblica nel godimento del diritto al rispetto dei beni sia legale.

La Corte europea dei Diritti dell'Uomo ha inoltre constatato che, in ogni caso, l'espropriazione indiretta mira ad interinare una situazione di fatto che deriva dalle illegalità commesse dall'amministrazione, tende a regolarne le conseguenze per l'individuo e l'amministrazione, e permette a questa ultima di trarre beneficio dal suo comportamento illegale. Che sia in virtù di un principio giurisprudenziale o di un testo di legge come l'articolo 43 del D.P.R. n. 327/2001, l'espropriazione indiretta non potrebbe dunque costituire un'alternativa ad un'espropriazione in buona e dovuta forma (cfr. punto 71 Sentenza terza Sezione, 12 gennaio 2006, Sciarrotta c. Italia, n. 14793/02)

Sulla scorta di tali pronunce della Corte EDU la più recente giurisprudenza di legittimità ha poi chiarito che "la realizzazione di un'opera pubblica su un fondo oggetto di legittima occupazione in via di urgenza, non seguita dal perfezionamento della procedura espropriativa, costituisce un mero fatto, non in grado di assurgere a titolo dell'acquisto, ed è, come tale, inadeguata, da sé sola, a determinare il trasferimento della proprietà in favore della P.A., in tal senso deponendo la costante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (che ha affermato la contrarietà alla Convenzione dell'istituto della cosiddetta "espropriazione indiretta" e negato la possibilità di individuare sistemi di acquisizione diversi da quello consensuale del contratto e da quello autoritativo del procedimento ablatorio... (Cass. Sentenza n. 705 del 14/01/2013)).

La Corte di Cassazione ha infatti precisato che alla luce delle chiare indicazioni della Corte dei Diritti dell'Uomo "non è più predicabile il principio (da ultimo ribadito in Cass., Sez. 2, 16 gennaio 2007, n. 869, e in Cass., Sez. 1, 7 marzo 2008, n. 6195) secondo cui l'occupazione appropriativa per fini di pubblica utilità non seguita da espropriazione determina, comunque, l'acquisto della proprietà, in capo alla P.A., dell'area occupata per effetto della realizzazione dell'opera pubblica (e delle zone accessorie, in quanto componenti indispensabili per il completamento e la funzionalità dell'opera). Ciò è confermato dalla presenza, nel sistema del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità (D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327), di una norma, il D.L. 6 giugno 2011, n. 98, art. 42-bis, aggiunto dall'art. 34, comma 1, il quale, anche con riguardo ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore, disciplina le modalità attraverso le quali, a fronte di una utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di pubblico interesse, è possibile – con l'esercizio di un potere basato su una valutazione degli interessi in conflitto – pervenire ad una acquisizione, non retroattiva, della titolarità del bene al patrimonio indisponibile della P.A., sotto condizione sospensiva del pagamento, al soggetto che perde il diritto di proprietà, di un importo a titolo di indennizzo, nella misura superiore del dieci per cento rispetto al valore venale del bene" (cfr. pagg. 10 e 11 testo sentenza cit. Cass. n. 705/2013).

L'art. 34 del D.L. n. 98 del 6 luglio 2011, convertito in legge n. 111 del 15 luglio 2011, ha inserito nel corpus del D.P.R. n. 327 del 2001 (TU Espropriazioni) l'art. 42 bis, rubricato "Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico".

Con la citata norma il legislatore ha inteso porre rimedio alla lacuna formatasi a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 293 del 2010, con cui era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale del precedente art. 43 del D.P.R. n. 327/2001, (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità), escludendo così dall'ordinamento l'istituto della cosiddetta acquisizione sanante.

Al riguardo, la Corte Costituzionale aveva dichiarato l'incostituzionalità del citato art. 43 rilevando un vizio di eccesso di delega ai sensi dell'art. 76 Cost. Peraltro, la Consulta aveva anche incidentalmente evidenziato dei dubbi in ordine alla idoneità della scelta realizzata dalla predetta norma a garantire il rispetto dei principi della CEDU in materia di tutela della proprietà.

Precisava in particolare che il legislatore avrebbe potuto conseguire il suo obiettivo e "disciplinare in modi diversi la materia, ed anche espungere del tutto la possibilità di acquisto connesso esclusivamente a fatti occupatori, garan-

tendo la restituzione del bene al privato, in analogia con altri ordinamenti europei”.

In questo senso, aveva rilevato che la Corte di Strasburgo, aveva indicato che “l’espropriazione indiretta si pone in violazione del principio di legalità, perché non è in grado di assicurare un sufficiente grado di certezza e permette all’amministrazione di utilizzare a proprio vantaggio una situazione di fatto derivante da «azioni illegali», e ciò sia allorché essa costituisca conseguenza di un’interpretazione giurisprudenziale, sia allorché derivi da una legge – con espresso riferimento all’articolo 43 del t.u. qui censurato –, in quanto tale forma di espropriazione non può comunque costituire un’alternativa ad un’espropriazione adottata secondo «buona e debita forma» (cfr. Corte Cost. n. 293 del 2010).

La Consulta, pertanto, concludeva evidenziando come la mera trasposizione in legge dell’istituto dottrinario e giurisprudenziale dell’espropriazione indiretta, attraverso l’art. 43 del Testo Unico, non eliminasse i dubbi di compatibilità della disciplina con i suesposti principi statuiti dalla Corte di Strasburgo.

Alla luce di tali principi, nel caso di specie, non può dunque esser riconosciuto a favore degli appellanti l’intervenuto acquisto a titolo originario della proprietà del terreno distinto in Catasto al mappale 1489 sub 11 del foglio 11 del Comune di Monterosso al Mare (già mappali 1186 e 664), per occupazione appropriativa.

5.- Quanto all’appello incidentale formulato dagli appellati, si evince dall’atto di ricognizione e quietanza in data 24.2.93 a rogito Notaio Federici, che le parti ivi intervenute (Moggia Eugenio quale legale rappresentante del Comune di Monterosso, Saporiti Lucio, Saporiti Gianni, Saporiti Vincenzina, Messina Renato, quale liquidatore della Coop. La Comune, Notareschi Ferruccio, quale Presidente della Coop. Algesira) hanno dato atto che i sig. Saporiti Lucio, Saporiti Gianni, Saporiti Vincenzina erano comproprietari di diversi terreni censiti al NCT del Comune di Monterosso al fg. 11 mapp. 1187, (ex 411/c) e 411 (ex 411 /a) e che Le Società Coop. La Comune e Algesira, nella loro qualità di assegnatarie ex art. 35 della L. 865/1971 degli interventi di edilizia residenziale e pubblica ubicate nelle aree di rispettiva pertinenza, intendevano aderire all’accordo negoziale, stipulato nel predetto atto (del 24.2.93 a rogito Notaio Federici) statuendo che le predette aree “pervengano in loro proprietà quale effetto delle distinte convenzioni stipulate con il Comune stesso ai sensi del citato art. 35”.

Nel predetto atto le parti rilevano che le stesse Coop. La Comune e Algesira hanno provveduto al versamento ai fratelli Saporiti della somma necessaria ad integrare quanto già corrisposto al Comune affinché questo estinguesse in parte l’obbligazione risarcitoria verso i nominati sig.ri Saporiti (pari a £ 81.581.477) e si è dato atto che è stata corrisposta a tale titolo integrativo la somma di £ 122.700.000 ai medesimi sig.ri Saporiti (di cui £ 81.581.477 dal Comune di Monterosso al Mare, £ 22.587.017 dalla Soc. Coop. Algesira; £18.531.506 dalla Soc. Coop. La Comune) a tacitazione delle loro pretese.

Il CTU nella sua relazione precisa, chiara ed esente da vizi logici, ha accertato che “da tali contrattazioni sono rimasti fuori i mappali 664 e 1186 (attualmente riuniti nel 1489) che separi ricompresi nel Piano particolare di esproprio non sono stati oggetto di contrattazione” (cfr. pag. 7 relaz. di ctu Fallani). Pertanto, contrariamente agli assunti degli appellanti incidentali, non può ritenersi sulla base di tale atto in data

24.2.93 a rogito Notaio Federici, l’avvenuto riconoscimento da parte degli appellanti del diritto di proprietà in capo ai Sig.ri Saporiti sui mappali 664 e 1186, che non hanno formato oggetto di tale negoziazione.

Né alcun rilievo può assumere in tal senso la lettera dell’8.05.2000, contenente mere proposte di componimento bonario da parte del Condominio La Comune che non possono di per sé assurgere a riconoscimento del diritto di proprietà dei predetti Saporiti sulle aree in oggetto.

Infine, la generica proposta d’acquisto del 23.12.93 del Presidente della Coop. Algesira (doc. 4 di produz. attorea/appellante) è poi priva dell’identificazione del bene oggetto della stessa, cosicché non può assumere alcuna valenza probatoria al riguardo. L’accettazione intervenuta da parte dei sig.ri Saporiti è poi difforme dalla proposta stessa (con esclusione della vendita dell’ area verde).

Né l’attestazione della Cassa di Risparmio della Spezia del 30.12.93 (doc. 5 di produz. attorea/appellante), di versamento della somma di £ 9.228.615, costituisce prova alcuna al riguardo, essendo in detto documento completamente assenti i dati del ricevente il pagamento.

Le eventuali generiche affermazioni contenute negli scritti difensivi del Supercondominio, non possono avere univoco rilievo ex art. 229 c.p.c. in assenza di dati che le confortino (cfr. Cass. n. 26686/2005).

In ogni caso deve ritenersi che gli odierni appellanti abbiano contestato il diritto di proprietà degli appellati, per il fatto che essi hanno vantato lo stesso diritto pur assumendone l’acquisto a titolo originario.

Appare dunque corretto il portato della sentenza del Tribunale giacché, attesa la corretta qualificazione dell’azione proposta dagli odierni appellati quale azione di rivendica, i sig.ri Saporiti non hanno peraltro assolto all’onere della *probatio diabolica*, risalendo al titolo d’acquisto dell’originario proprietario dei terreni, né hanno dedotto l’usucapione dei medesimi fondi.

6.- Attesa la reciproca soccombenza delle parti sussistono giusti motivi per dichiarare interamente compensate tra le stesse le spese di lite del grado.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando, disattesa ogni contraria istanza: rigetta l’appello proposto da Condominio “Algesira – La Comune” di Monterosso al Mare (SP) in persona del suo amministratore in carica sig. Raso Federico – e dai condomini proprietari delle sue unità immobiliari che lo costituiscono avverso la sentenza n. 879/2008 emessa dal Tribunale di La Spezia; Rigetta l’appello incidentale proposto da Accini Attilio e Saporiti Vincenzina, avverso la predetta sentenza n. 879/2008 del Tribunale di La Spezia, che per l’effetto conferma.

(... *Omissis*...)

Tribunale di Genova, sez. II civ., 17 giugno 2014 - Giudice Unico Gibelli - N. (Avv. Simoncini) c. Azienda Ospedaliera San Martino (Avv. Ottolenghi).

RESPONSABILITÀ civile – trattamento sanitario non strettamente necessario – buon esito dell’intervento - consenso informato del paziente – necessità – obbligo della struttura al risarcimento del danno in forma equitativa per omessa richiesta del consenso del paziente – sussiste.

Ove un paziente intenda praticare un trattamento medico chirurgico (nel caso chirurgia dell'obesità), per propri motivi soggettivi, e lo stesso risulti indicato solo a particolari condizioni (previ tentativi dietetici) il medico può acconsentire, ma solo previa manifestazione chiara della propria preferenza per l'iter terapeutico corretto, incorrendo, in difetto di tale manifestazione, in condotta idonea a viziare il consenso informato del paziente.

Nel caso in cui l'intervento richiesto dal paziente abbia comunque successo, o comunque non peggiori la salute del paziente, sussiste in ogni caso una responsabilità del medico o della struttura ospedaliera per l'inadempimento all'obbligo di fornire le migliori cure ed informazioni possibili e va conseguentemente accolta una domanda di risarcimento equitativo per tale violazione.

(...Omissis...)

Motivi della decisione

1. Oggetto della controversia.

L'attrice in data 17.12.01 è stata operata da equipe chirurgica della convenuta Azienda Ospedaliera al fine di risolvere chirurgicamente la grave obesità da cui era affetta. Decorsi quasi dieci anni dall'intervento ha introdotto con citazione la presente controversia iscritta a ruolo in data 22.2.11.

Nella sostanza l'attrice lamenta sia il cattivo esito dell'intervento, descrivendo dettagliatamente la sequela di successivi passaggi terapeutici intesi al recupero di una salute mai pienamente ristabilita, sia l'aver prestato, ad esso intervento, un consenso invalido nella forma e nella sostanza con conseguente domanda risarcitoria a tutto campo per ogni posta di danno possibile.

La domanda ha alcune caratteristiche di genericità (vengono ad esempio indicate in un'indistinta elencazione di sequele negative meri perfezionamenti estetici dell'intervento ovvero altri eventi dei quali non si intuisce il collegamento causale col trattamento contestato), nonostante ciò non risulta compromessa completamente la funzione di radicamento di un contraddittorio "ad ampio spettro" sulla legittimità e conformità a buona tecnica medico chirurgica dell'intervento menzionato.

Emerge infatti, fin dall'*exordium litis*, un nucleo più chiaro della domanda, nucleo che consiste:

- 1) nella contestazione della sussistenza di un'effettiva indicazione al trattamento chirurgico nel caso,
- 2) nella contestazione della validità del consenso prestato all'intervento.

Ai punti suddetti si è dedicato quindi in istruttoria, e si dedicherà in sentenza, particolare attenzione, non senza scrutinare ogni possibile aspetto di illiceità del trattamento sanitario in esame, essendo reso ciò possibile dall'ampia portata della domanda.

Parte convenuta, costituendosi, ha comunque negato ogni responsabilità, sostenuto l'opportunità, la buona conduzione ed il buon esito dell'intervento e così insistito per il mero rigetto di ogni domanda attorea fino a conclusioni finali.

2. Sintesi della decisione.

Riveste un ruolo quasi esclusivo per la decisione della lite l'espletata CTU percipiente. La stessa contiene un articolato giudizio tecnico sui fatti di causa, ma valorizza altresì dichiarazioni significative rese dalla stessa interessata al medico consulente durante la visita. Tali dichiarazioni sono utilizzabili nella misura in cui, licenziato il quesito sulla correttezza delle modalità tecniche di acquisizione del consenso, il CTU ha dovuto necessariamente indagare sulla relazione psichica tra la paziente ed l'atto medico compiuto, relazione con-

oscibile anche attraverso le verbalizzazioni attuali dell'attrice. La prova orale ha confermato alcune circostanze sull'acquisizione del consenso risultati anche in sede tecnica per il mezzo già detto.

All'esito dell'istruttoria si può affermare, in estrema sintesi, che di tutte le doglianze attoree risulta fondata solo quella relativa al carattere obiettivamente non del tutto indicato dell'intervento, per non esser stato lo stesso preceduto da opportuni tentativi puramente medici.

Nondimeno il carattere in qualche modo improprio (prematuro) dell'intervento praticato non risulta né essersi tradotto in una sua esecuzione intrinsecamente erronea, né aver provocato un danno complessivo certo, ovvero un peggioramento globale delle condizioni di salute. Infatti dall'intervento è comunque discesa la risoluzione definitiva, ed assai difficile da ottenersi con altri mezzi, di un gravissimo problema di obesità, obesità in sé patologia e foriera di sicure e gravi complicanze. In contrario si sono verificate in maniera importante alcune delle primarie complicanze proprie dell'intervento (carenze vitaminiche, anemia, osteopenia con successiva osteoporosi, diarree, ragade anale con necessità di trattamento chirurgico). Le complicanze, peraltro tutte indicate nel modulo di consenso informato sottoscritto, compensano l'esito risolutivo dell'intervento, forse potrebbero anche sovrastarlo leggermente, creando uno spazio per un certo danno differenziale se non si dovessero considerare nella comparazione:

- 1) le implicanze negative a lungo termine dell'obesità (evitare con l'intervento)
- 2) il fatto che almeno una quota del livello di attuale disagio dipende anche da condotte improprie dell'attrice positivamente accertate (alimentazione inadeguata) oltre che dal suo rifiuto (legittimo, ma autolesivo) di consentire ad una parziale riduzione chirurgica del livello di diversione realizzato con l'intervento del 2001.

Quanto alla pregressa anemia, se è vero che essa rendeva ancor maggiormente impropria la scelta di un immediato passaggio al trattamento chirurgico, è altrettanto vero che la preesistenza della patologia impedisce di considerare interamente la stessa come una sequela negativa dell'intervento, potendo esser considerate tali solo le sue maggiori manifestazioni, con la conseguenza che, nel bilanciamento prospettato tra "ciò che è stato a seguito l'intervento" e "ciò che sarebbe stato" senza, si deve considerare anche che l'anemia vi sarebbe stata in ogni caso, anche se in forma meno grave. Dall'istruttoria risulta chiaramente la ferma volontà della paziente di eseguire l'intervento di cui oggi si lamenta. Si va quindi oltre il livello del mero consenso registrandosi una vera e propria volontà positiva in ordine al ricorso alla chirurgia. La volontà suddetta assorbe e supera ogni tema relativo ad imperfezioni formali del consenso prestato, mentre risulta anche palese che la volontà suddetta fu espressa nella consapevolezza delle controindicazioni generiche.

Si perviene così alle questioni finali che la causa pone. Può considerarsi valido il consenso, sia pur generalmente informato, prestato ad un intervento non ottimale, deviante rispetto al corretto protocollo?

E nel caso specifico tale particolare consenso fu correttamente raccolto?

Alla prima domanda deve fornirsi risposta positiva poiché l'art. 5 del cc. deprivava di valore giuridico solo gli atti dispositivi del proprio corpo indiscussamente pregiudizievoli, mentre la libertà di cura autorizza sicuramente i pazienti a scegliere un trattamento valido, ma meno indicato di un al-

tro, per pura avversità soggettiva al primo. Nel caso specifico infatti sarebbe assurdo pretendere in modo cogente la sottoposizione a diete di chi volesse accedere, sussistendone le altre condizioni, alla chirurgia per il contrasto dell'obesità (con rifiutare la prestazione ai renitenti).

Alla seconda domanda deve tuttavia darsi risposta negativa, perché, per il caso, i sanitari non devono limitarsi a verificare freddamente che la paziente sia convinta di ricorrere ad un trattamento non del tutto indicato, nonostante i rischi, ma devono piuttosto consigliare *apertamente e fermamente* la soluzione corretta, conferendo alla perdurante volontà del paziente per un trattamento, pur sempre curativo, ma parzialmente improprio, il valore di una vera e propria manleva.

Nel caso di specie in particolare era necessario, secondo quanto emerge dalla CTU (compreso il dibattito col CTP) sconsigliare preliminarmente l'intervento (come fece correttamente il medico di famiglia) fino a che non avessero positivamente constatato che l'obesità non era altrimenti risolvibile. Solo in caso di ulteriore insistenza dovevano acquisire il consenso "a titolo di liberatoria", posto che, rifiutate le diete, l'obesità gravissima andava comunque affrontata e risolta.

Conclusivamente l'intervento risulta illecito per difetto di valido consenso posto che la ferma volontà della paziente non risulta bilanciata da opportuna e doverosa opposizione, nondimeno esso non risulta aver apportato per certo un peggioramento delle condizioni della paziente/attrice. Non vi è neanche la prova, peraltro, che la pur dovuta ed omessa dissuasione della paziente dalla chirurgia l'avrebbe veramente convinta.

Il diritto alla salute risulta quindi lesa non sotto il profilo della lesione (peggioramento) della stessa, ma piuttosto nel suo aspetto pretensivo, ovvero nel diritto, in sé considerato, ad ricevere le migliori cure nel miglior contesto informativo e di consiglio possibili.

Nondimeno anche per tale via è compromesso un diritto di rilievo costituzionale dovendosi pertanto ricorrere ad una liquidazione equitativa di tale danno nella misura che si dirà.

3. Esposte le linee generali del percorso motivazionale si reputa opportuno approfondire maggiormente alcuni passaggi di rilievo.

3.1. Sulla sussistenza in astratto ed in concreto di indicazione per l'intervento.

Risulta dall'istruttoria che l'attrice si decise al ricorso alla chirurgia dell'obesità allorché, all'età di 28 anni, dopo 3 gravidanze, era pervenuta a pesare 112 KG avendo un'altezza di mt 1,6. Al momento delle visite pre-interventistiche pesava in ogni caso 106 KG e, per sua dichiarazione, si sentiva completamente sformata, in difficoltà nel compimento di atti comuni della vita.

Il CTU rileva che, in assoluto, si era in presenza, secondo la classificazione della Società Italiana di Chirurgia dell'Obesità, di una condizione di obesità gravissima (come meglio si dirà, una vera e propria patologia). In astratto vi erano quindi le condizioni per l'intervento di diversione biliopancreatica che venne presentato come la più efficace forma soluzione chirurgica alla problematica.

In termini del tutto approssimativi si tratta di un intervento inteso a modificare le condizioni anatomiche dell'apparato digerente in modo che, ridotta la dimensione dello stomaco, e creata la diversione dallo stesso a tratto sensibilmente inferiore dell'intestino tenue, un lungo segmento intestinale resti escluso dal processo digestivo, ritardandosi notevolmente

il contatto tra i succhi digestivi di origine endocrina ed il cibo ingerito (il contatto *post interventum* avviene infatti solo oltre la confluenza della diversione nel tenue).

Al momento dell'adesione (peraltro molto determinata) a tale prospettiva di radicale trattamento dell'obesità è tuttavia pacifico che l'attrice avesse sperimentato trattamenti dietetici (con molte minori controindicazioni) solo in età giovanile, prima delle gravidanze, e senza speciale controllo medico.

Nondimeno l'attrice (dichiaratamente) era avversa alle diete e disperava nel loro esito. È la stessa paziente ad ammettere che la spinta verso la chirurgia nacque da lei, a seguito del dialogo con una persona che ne aveva fatto positiva esperienza.

Nondimeno, come correttamente rilevato dal CTU, dalle linee guida della associazione di settore già detta, prima di ricorrere alla chirurgia era in ogni caso necessario tentare la via della dietologia, via caratterizzata da un rischio molto minore di complicanze. Nel caso specifico l'indicazione era ancor maggiore per tre motivi:

- 1) la giovane età della paziente,
- 2) l'assenza di gravi fallimenti rilevabili,
- 3) il fatto che l'attrice fosse geneticamente predisposta ad episodi di anemizzazione suscettibili di aggravarsi ulteriormente a causa del malassorbimento digestivo indotto dall'intervento e che si fosse dimostrata intollerante all'assunzione del ferro per via orale con ulteriore complicazione nel trattamento dell'anemia.

L'indicazione astratta all'intervento era quindi controbilanciata, nel caso concreto, da condizioni ancora non realizzate, e l'intervento stesso non rappresentava, nel momento in cui venne deciso ed effettuato la scelta terapeutica migliore, ma una scelta prematura, una scelta che, immotivatamente, scartava una opzione innocua e, specie nel caso, molto più prudente.

3.2. Sulla corretta esecuzione dell'intervento e sull'esito neutro dello stesso.

Nonostante quanto sopra la via trattamentale prescelta, anche per espressa volontà della paziente, si dimostrò molto efficace in ordine al problema primario del contrasto della tendenza all'obesità. Dalla ricostruzione della storia clinica dell'attrice risulta che, dopo il notevole calo iniziale, il peso corporeo si è stabilizzato sul valore del tutto accettabile di 60 kg. L'attrice ha poi fatto ulteriore ricorso alla chirurgia (estetica) per contenere, con successo, gli inestetismi connessi al rapido dimagrimento (addome pendulo ed eccesso cutaneo sulle braccia). La difesa attorea giustappone una serie di vicissitudini sanitarie del periodo successivo all'intervento delineando una sorta di "calvario" che imputa allo stesso. Nondimeno per la chirurgia riparatoria non si può parlare certo di una complicanza, mentre in ordine alle problematiche ginecologiche la consulenza esperita non ha rilevato un chiaro nesso causale con l'operazione.

Certamente rilevano l'insorgenza di una anemia trattata con trasfusioni e la rilevazione di osteopenia, sfociata in osteoporosi, entrambi fenomeni connessi chiaramente al malassorbimento intestinale realizzato per via chirurgica.

La relazione medico legale di parte stima una IP connessa a tali complicanze nella misura del 40% della validità totale. Da tempo la giurisprudenza è tuttavia pervenuta a stimare l'obesità gravissima su percentuali simili di IP. Con la sentenza n. 16251 del 19 agosto 2004 la Corte di Cassazione ha accolto il ricorso di una signora che, presentando un'obesità ginoide aveva richiesto il riconoscimento della sussistenza del requisito sanitario necessario ai fini della concessione del-

l'assegno ex art. 13 legge n. 118/1971, già negatole in via amministrativa perché riconosciuta invalida in misura inferiore al 74%. Inoltre, come già cennato è sicuro che la talassemia sussistesse già precedentemente all'intervento e fosse già causa di anemie di difficile trattamento.

L'essersi verificate alcune importanti complicanze dell'intervento potrebbe compromettere in parte, se non in tutto, il beneficio ricevuto. Nondimeno non risulta assolutamente possibile isolare le complicanze dal contesto storico dell'esito clinico dell'intervento e considerare solo le stesse come un danno in sé, autonomamente stimabile come tale. Per far ciò, infatti, sarebbe necessario avere la certezza che il risultato del superamento dell'obesità si sarebbe potuto conseguire anche senza il ricorso alla chirurgia col che cadrebbe il necessario bilanciamento beneficio-danno, posto che il beneficio risulterebbe conseguibile anche senza il danno. Tuttavia, anche se la dieta andava sperimentata, per correttezza terapeutica, nulla assicura che la stessa avrebbe avuto successo, anzi l'attitudine psicologica francamente riferita dalla paziente (insofferente alle diete) lascia presagire il contrario.

Si ribadisce quindi ulteriormente che il difetto nell'acquisizione del consenso, su cui ancora si tornerà, non può aprire la strada ad un risarcimento per rifusione del danno/complicanza verificatosi storicamente, perché tale danno non è autonomamente considerabile costituendo un risultato unitario col beneficio ricevuto. In altre parole, in ordine ai danni/complicanza il tema non è modificato dalla sussistenza di una violazione del canone del consenso informato. La liquidazione dei danni conseguenza segue, infatti, l'ordinario schema logico giuridico che suppone di accertare il danno con un completo giudizio controfattuale (Cassazione civile, sez. III, 13 luglio 2010, n. 16394) *Il medico è tenuto al risarcimento del danno lamentato dal paziente non ogni qual volta si sia discostato dalle regole della buona pratica clinica od abbia ommesso di informare adeguatamente il paziente stesso, ma soltanto allorché la violazione di tali obblighi sia stata la causa (o concausa) efficiente di un danno effettivo. Ciò vuol dire che, là dove il paziente allega la violazione delle *leges artis* da parte del medico, ha altresì l'onere di provare che da tale inadempimento è derivato un peggioramento delle proprie condizioni di salute altrimenti evitabile; là dove, per contro, allega la violazione dell'obbligo d'informazione da parte del medico, ha l'onere di provare che, ove l'informazione fosse stata fornita, avrebbe rifiutato il trattamento sanitario.*

3.3. Sulla astratta e concreta sufficienza del consenso e sull'effetto della violazione del dovere di ottimizzazione delle cure.

Nel colloquio col CTU l'attrice ha dimostrato un ricordo molto vivido delle modalità con cui venne acquisito il suo consenso all'intervento. La narrazione appare in ogni punto completa anche ove riferisce circostanze che ben potrebbe sospettare favorevoli alla sua tesi (come l'avversione alle diete o i rimproveri ricevuti per il regime alimentare successivo all'intervento). La completezza della narrazione, resa per di più in sede di visita medica e quindi a soggetto in grado di cogliere immediatamente forzature o aporie, consente di considerare positivamente acquisiti all'indagine compiuta anche alcuni elementi favorevoli all'attrice.

Si può così considerare assodato che il forte desiderio di una soluzione radicale al problema dell'obesità avesse in qualche modo già convinto la paziente all'intervento prima del colloquio coi medici. Lo stesso comunque vi fu e, per ammissione della stessa attrice, fu sia individuale che collettivo, cosa del resto con-

fermata anche dall'istruttoria orale. L'attrice ricorda, sia pur senza assoluta precisione che vi fu articolata menzione delle controindicazioni dell'intervento. Il modulo versato in atti non è intrinsecamente contestato e, sul medesimo, sono espressamente indicate le patologie da malassorbimento poi realizzatesi. Nel contesto suddetto appare del tutto irrilevante che il modulo risulti poi non sottoscritto dal medico che tenne i contatti con i pazienti e che lo stesso medico non risulti in concreto identificato. È la paziente stessa che dichiara esser stata, in linea generale, edotta dei rischi e nondimeno convinta.

Nonostante quanto sopra, come già detto nella esposizione sintetica del complesso dei motivi della decisione, è rilevabile sul punto una chiara mancanza nel processo di corretta informazione della paziente, una sorta di agevolazione della precipitazione dell'attrice che non pare conforme a corretta prassi. L'attrice riferisce di aver espressamente menzionato precedenti episodi di anemizzazione, ma non riporta un immediato interesse del medico sul punto, che invece appariva di rilievo. L'attrice non ricorda una particolare insistenza nell'indagare i precedenti tentativi dietetici, le ragioni dei fallimenti degli stessi, né tantomeno ricorda la proposta - chiara e ferma - di una dieta prima di valutare il ricorso all'intervento. Inoltre l'attrice ricorda una frase significativa del medico, rimasto ignoto, che condusse il colloquio individuale. La frase sarebbe stata ... "ma lei vuole una 500 o una Ferrari", frase che faceva coincidere la differenza di velocità tra i due autoveicoli colla velocità di dimagrimento, assicurando un dimagrimento veloce solo l'intervento radicale proposto. Se la frase fosse vera confermerebbe un atteggiamento in deroga all'approccio progressivo al problema dell'obesità che non può ritenersi corretto né sotto il profilo informativo per il paziente, che deve scegliere, né sotto il profilo operativo in senso proprio.

Se sul punto sovvenisse il dubbio che le asserzioni dell'attrice non siano sufficientemente provate, occorrerebbe ricordare subito che sul punto l'onere della prova della piena diligenza è a carico della struttura sanitaria (Cassazione civile, sez. III, 24 ottobre 2013, n. 24109) *Nelle cause di responsabilità professionale del medico per inesatto adempimento della prestazione, è a carico del paziente-danneggiato la sola prova dell'esistenza del contratto accompagnata dall'allegazione di un inadempimento astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, essendo a carico del convenuto l'onere di dimostrare di aver diligentemente ed esattamente adempiuto ovvero che l'inadempimento non è stato causa del danno subito dal paziente. Nel particolare caso in cui quest'ultimo lamenti l'inadempimento del sanitario consistente nell'omissione degli obblighi informativi, graverà sul medico l'onere di provare di aver diligentemente informato il paziente circa le possibili conseguenze dell'intervento.*

4. Conferma del risarcimento in via equitativa.

All'esito degli approfondimenti compiuti risulta confermata la tesi della violazione di un dovere di dissuasione all'intervento di una paziente che non aveva mai seriamente tentato la via della semplice dieta. Tale dovere costituisce il semplice riflesso, sul piano dei doveri informativi, del canone operativo, suggerito dalla stessa Società Italiana per la Chirurgia dell'Obesità. Tale canone prescrive un approccio progressivo al problema. Anche se la paziente desidera una accelerazione e propende per una soluzione più "comoda" della dieta, l'approccio progressivo deve essere prospettato con fermezza ed il momento del rifiuto dello stesso da parte del paziente deve essere circostanziato in modo tale che non sia dubbio che lo stesso si assume il rischio di una relativa deviazione dalla correttezza terapeutica.

Anche se, per quanto ampiamente detto, l'intervento determinò un'evoluzione non comprovatamente dannosa della condizione dell'attrice, la suddetta deviazione dal dovere di corrette cure costituisce, dal punto di vista relazionale, una violazione del diritto della paziente di ricevere le stesse. Tale diritto integra un aspetto pretensivo del diritto alla salute che il Tribunale ritiene dotato di rango costituzionale ex art. 32 cost. Ne risulta, secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite della Cassazione che la violazione di un diritto di tale rango non può rimanere senza sanzione dovendosi in ogni caso quantificare, liquidare, anche in difetto di danni conseguenza, il danno evento, ovvero il valore del diritto disperso direttamente stimato.

Per la mera violazione del dovere di porre il paziente nelle corrette condizioni di autodeterminazione, essendo l'indennizzo da determinarsi privo di una vera e propria componente riparatoria, si stima equo un risarcimento di euro 5.000,00. Nel caso, per il vero, la CTU evidenzia un danno conseguenza di natura morale consistente nel senso di sfiducia verso il reparto che l'aveva trattata ed in parte verso il sistema sanitario conseguente alla fondata impressione di essere stata avviata ad un trattamento importante, e con consistenti effetti collaterali, con celerità inappropriata. La sussistenza di tale componente dannosa appare comprovata dal successivo reiterato rivolgersi a più medici combinato tuttavia alla tendenza ad autodeterminare, peraltro ancora in maniera scorretta la propria dieta. Completando quanto detto nella sintesi motivazione iniziale pare quindi equo un risarcimento complessivo di euro 7.000,00 da intendersi erogato in forza della espressa domanda concernente il risarci-

mento di tutti i danni anche derivanti dal mancato consenso informato. La somma si intende liquidata a valori oriderni.

5. Spese di lite.

Risulta accolto solo un aspetto della domanda attorea per quota minore. L'attrice inoltre ha dato largamente corso volontario ai fatti di causa colle proprie decisioni e determinazioni anche molto ferme (disattendimento del parere contrario del medico di famiglia). Nonostante l'affermazione di un diritto dell'attrice di portata limitata si ritengono quindi sussistenti motivi eccezionali per una compensazione delle stesse nella misura dei 2/3. Il valore della lite si può considerare indeterminabile anche all'esito del giudizio, posto che la liquidazione è puramente equitativa. Per la fase istruttoria si reputa possibile la riduzione del valore medio essendo stata la stessa limitata alla assistenza alla CTU e parimenti per la fase introduttiva (non di studio) posto che l'atto non è che la trasposizione giudica della tesi medico legale espressa dal tecnico di parte.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni ulteriore e contraria istanza ed eccezione reietta, visti gli artt. 189, 281 quinques comma 1 del c.p.c. condanna parte convenuta a versare a parte attrice la somma di euro 7.000,00 a titolo di danno non patrimoniale, oltre ad interessi legali da oggi al saldo; condanna la stessa parte a rifondere all'attrice le spese di lite.

(...*Omissis*...)

È attivato per l'anno accademico 2014/2015 presso il **Dipartimento di Giurisprudenza** dell'Università degli Studi di Genova

il Master Universitario di I livello in "GIURISTA D'IMPRESA" XII edizione

Il Master si rivolge a laureati (Laurea magistrale, triennale, specialistica e vecchio ordinamento) in Giurisprudenza, Economia, Scienze politiche. Ha una durata di 12 mesi, si svolge **da febbraio 2015 a gennaio 2016** e attribuisce **60 CFU**. Obiettivo del Master è la formazione del giurista d'impresa, figura professionale che svolge attività di assistenza giuridica in tutti i campi del diritto che coinvolgono la vita dell'impresa. Il Master è, pertanto, volto a fornire le conoscenze giuridiche ed economico-aziendali, in un quadro europeo ed internazionale, nell'ottica di una formazione professionalizzante, direttamente mirata a un ingresso qualificato nel mondo del lavoro o a un innalzamento della collocazione lavorativa dei partecipanti. Il Master offre opportunità di inserimento professionale nel ruolo di "legale interno" presso banche, assicurazioni, medie e grandi imprese in genere o presso gli uffici legali della Pubblica Amministrazione. Le conoscenze e competenze oggetto di sviluppo sono altresì funzionali allo svolgimento di attività libero professionali.

Le passate edizioni del Master hanno riscosso un ottimo successo, permettendo agli studenti di inserirsi competitivamente sul mercato del lavoro. L'esito occupazionale emerso dalle indagini di *placement* svolte sulle prime otto edizioni è risultato superiore al 90%. Sono messe a disposizione **dall'Istituto Nazionale di Previdenza (Inps - Gestione Dipendenti Pubblici) n. 9 borse di studio a copertura totale dei costi d'iscrizione**. Le modalità di assegnazione delle borse di studio finanziate da INPS sono disponibili sul sito Internet dell'Inps - Gestione Dipendenti Pubblici (www.inps.it). Saranno disponibili agli ammessi al **altre borse di studio a copertura parziale o totale** della quota di iscrizione erogate dalla **Fondazione Paolo Fresco** e dall'**Associazione per la formazione in diritto dell'economia (DIREC)**. La scadenza per la presentazione delle domande di ammissione è il **9 gennaio 2015 alle ore 12:00**.

Il bando è consultabile sul sito master.giuristaimpresa@giuri.unige.it

Per informazioni:

Prof. Alessandra Pinori - Coordinatore didattico del Master
Master per Giurista d'Impresa - Università degli Studi di Genova - Dipartimento di Giurisprudenza
Via Balbi 22, 4°p. sc. B - 16126 Genova - 010 209 51360 - 9911
master.giuristaimpresa@giuri.unige.it

Massime

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 13 maggio 2014 - Pres. Sangiuolo - Rel. Baudinelli - R. (Avv.ti Ravera e Carbone) c. F. I. s.p.a. (Avv. Bozzo).

CONTRATTI pubblici - appalto pubblico di esecuzione e progettazione di cui al d. lvo 494/96 - redazione da parte di un professionista di un piano di sicurezza per la presentazione dell'offerta - contestuale assunzione del ruolo di coordinatore per la sicurezza e la progettazione - insussistenza.

Non può essere attribuito il ruolo di Coordinatore per la Sicurezza e la Progettazione e, come tale, avente diritto al compenso di cui alle tabelle del DM 4/4/2001 nel caso in cui, trattandosi di gara inerente un appalto pubblico di progettazione ed esecuzione, ad un professionista al quale sia stato conferito incarico da parte di una partecipante alla gara di redigere un piano di sicurezza definitivo ma suscettibile di successive integrazioni, modifiche e maggior specificazione.

Tale ruolo e relative mansioni non possono mai considerarsi svolte parzialmente considerato che esse implicano assunzioni di responsabilità e garanzia anche penalmente rilevanti e sono previste specifiche formalità dalla legge 109/94 - in vigore al momento dei fatti di causa - per la nomina e l'attribuzione di tale incarico.

F.L.O.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 23 maggio 2014 - Giudice Unico Braccialini - XY s.p.a. (Avv. Cassinelli) c. Provincia di Genova (Avv. Scaglia).

CIRCOLAZIONE stradale - opposizione a sanzione amministrativa - Art. 52 c.2 D.Lgs. 22/1997 - mancata tempestiva registrazione delle operazioni nei registri previsti dalla norma - obbligo di tenuta dei registri obbligatori - violazione - sussiste - pluralità di violazioni - determinazione della sanzione in maniera graduata - necessità.

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

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

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

A.B.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 23 maggio 2014, n. 1928 - Giudice Unico Lucca - Tizio (Avv. Bevilacqua) c. Comune di Genova.

CIRCOLAZIONE stradale - sanzioni amministrative - corsie riservate - attraversamento temporaneo - sussiste.

(Art. 7, Codice della strada)

CIRCOLAZIONE stradale - sanzioni amministrative - offensività del comportamento - irrilevante.

(Art. 7, Codice della strada)

SANZIONI amministrative - cumulo materiale - sussiste.

(Art. 198, Codice della strada, art. 8, Legge n. 689/1991)

La violazione della norma del Codice della strada che vieta la circolazione sulle corsie riservate (cd. strisce gialle) si configura anche con un attraversamento temporaneo e limitato nello spazio.

In materia di circolazione stradale, non è rimessa al singolo utente, né al giudice, una valutazione circa l'offensività del comportamento vietato dal Codice della strada. Le conseguenze dannose o pericolose devono essere valutate solo per la gradazione della sanzione (nella specie, il ricorrente invocava senza successo la mancanza di nocimento alla circolazione dei mezzi pubblici derivante dall'orario notturno della violazione).

In questa materia, opera il cumulo materiale e non il cumulo giuridico delle sanzioni, salvo che nei casi previsti dal Codice della Strada.

C.CELL.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 28 febbraio 2012, n. 34 - Giudice Unico Gibelli - V.R. ed altri (Avv. Calcagno) c. Condominio via D.C. n. 3 (Avv. Paneri).

COMUNIONE e condominio - fatto illecito - è ammissibile, se consegua ad una delibera assembleare a danno di terzi - Facoltà del singolo condomino di dissociarsi dalla lite - forma in cui dev'essere esercitata.

(Art. 1132 c.c.).

Il condominio nel suo complesso può commettere un fatto illecito, mediante una delibera assembleare che arrechi ingiusto danno a terzi, cui faccia seguito l'azione conforme dell'amministratore (nella specie era stato compiuto lo spoglio di un bene comune ad altri complessi condominiali, mediante l'apposizione di una sbarra che rendeva inaccessibile ad essi un'area di parcheggio). Il sistema attuale salvaguarda la facoltà dei singoli di liberarsi dell'imputazione a sé dell'illecito collettivo con il meccanismo della "dissociazione dalla lite" di cui all'art. 1132 cod. civ. Tale meccanismo, ampliando il concetto di lite effettiva fino a quello di lite potenziale, consente anche al condomino di dissociarsi preventivamente da un'azione illecita "condominiale".

A.FONT.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 3 luglio 2014, n. 2412 - Giudice Unico Ziccardi - T.C. (Avv.ti Assandri e Muscolo) c. M.L. e G.L. e C.T. (Avv. Chiarolini) e c. Immobiliare Palù (contumace).

COMUNIONE e condominio - terrazze - equiparazione a lastrici solari - sussiste.**COMUNIONE e condominio - terrazze a livello - ripartizione spese - articolo 1126 c.c. - applicabilità - sussiste.****COMUNIONE e condominio - terrazze a livello - spese relative a parti avulse dalla funzione di copertura - spettanza al proprietario della terrazza - sussiste.**

(Art. 1126 c.c.)

Ai sensi dell'art. 1126 c.c. le spese di manutenzione, riparazione e ricostruzione delle terrazze, anche a livello, equiparate ai lastrici solari, va sopportata per un terzo da coloro che ne hanno l'uso esclusivo e per due terzi da tutti i condomini dell'edificio o della parte di questo a cui il lastrico serve da copertura. Occorre, pertanto, distinguere tra i condomini che hanno appartamenti nella zona dell'edificio coperta dal lastrico e quelli che non lo hanno.

Spettano al proprietario del lastrico solare (e delle terrazze a livello ad esso equiparate) le spese attinenti a quelle parti di esso del tutto avulse dalla funzione di copertura (quali parapetti, ringhiere, opere legate alla sicurezza del calpestio); quelle, invece, relative al bene quale copertura degli appartamenti sottostanti devono essere suddivise fra i condomini che godono di tale copertura.

J.V.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 21 luglio 2014 - Giudice Unico La Mantia - G.T. e P.R. (Avv. Pluviano) c. Cond. Via S.M. 2 (Avv.ti Campagna e Lamberti).

COMUNIONE e condominio - impugnazione delibera assembleare - casi di nullità - maggioranza inferiore a quella prescritta - conseguenze - annullabilità.

(Artt. 1136 e 1137 c.c.)

In tema di condominio negli edifici, debbono qualificarsi nulle le delibere dell'assemblea condominiale prive degli elementi essenziali, le delibere con oggetto impossibile o illecito (contrario all'ordine pubblico, alla morale o al buon costume), le delibere con oggetto che non rientra nella competenza dell'assemblea, le delibere che incidono sui diritti individuali sulle cose o servizi comuni o sulla proprietà esclusiva di ognuno dei condomini, le delibere comunque invalide in relazione all'oggetto; debbono, invece, qualificarsi annullabili le delibere adottate con maggioranza inferiore a quella prescritta dalla legge o dal regolamento condominiale.

(Conforme: Cass., S.U., 7 marzo 2005, n. 4806)

A.BEE.

Tribunale di Genova, sez. III. civ., 29 luglio 2014, n.2799 - Giudice Unico La Mantia - T.S. (Avv. Binocoli) c. C. (Avv. Costa) e c. M. A. (Avv. Camerieri).

COMUNIONE e condominio - delibera - spese straordinarie - spettanza - obbligato nei confronti del condominio.**DANNI in materia civile - danni da cose in custodia - responsabilità del Condominio - non esclusione.**

(Art. 2051 c.c.)

PROCEDIMENTO civile - chiamata di terzo in manleva e garanzia - prescrizione.

In mancanza di diversa pattuizione tra le parti, qualora le spese condominiali straordinarie siano state deliberate antecedentemente alla stipula del contratto di vendita, anche qualora le opere siano state ese-

guite successivamente, ne risponde il venditore all'epoca proprietario; tuttavia, obbligato nei confronti del condominio è l'acquirente - nuovo proprietario il quale, pertanto, avrà diritto di rivalsa sul venditore in virtù dei loro accordi "interni".

(Conforme Cass. SS.UU. n. 10235/2013)

Il Condominio è responsabile ex art. 2051 c.c. per i danni ad un immobile, derivanti da fenomeni infiltrativi causati da beni comuni, a nulla rilevando il fatto che i lavori di manutenzione e copertura siano stati eseguiti da un'impresa esterna, non integrando tale circostanza gli estremi del caso fortuito, unica causa di esonero da responsabilità del custode e ravvisabile solo nel caso di evento imprevedibile ed inevitabile (Nel caso di specie, poi, i fenomeni infiltrativi si erano presentati alcuni anni dopo rispetto alla conclusione dei lavori medesimi).

(Conforme Cass. n. 1655/2005)

In materia di chiamata in causa in manleva e garanzia, il termine iniziale di decorrenza della prescrizione del diritto dell'assicurato va individuato nella data in cui per la prima volta (giudizialmente o stragiudizialmente) il danneggiato espone le proprie richieste: qualora, quindi, tali richieste siano state formulate stragiudizialmente, detto termine decorre da tale momento, non essendo necessaria l'ulteriore promozione del giudizio da parte del danneggiato.

(Conforme Cass. n. 8600/2001)

F.BGN.

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 22 aprile 2014 - Pres. Sangiuolo - Rel. Baudinelli - B. (Avv. Sciacca) c. M.

CONTRATTO in genere - regolamento CEE 44/2001 - criteri di competenza giurisdizionale - luogo ove la obbligazione dedotta in giudizio deve essere eseguita - attività di pubblicità e di proposte commerciali svolte nell'ambito di un altro stato membro - criterio del luogo di domicilio del convenuto - prevalenza.

Con riferimento al Regolamento CEE 44/2001 e, in particolare, alla competenza giurisdizionale in materia di contratti conclusi tra un "professionista" e i consumatori, il criterio di collegamento del luogo del domicilio del consumatore di uno stato membro prevale sulla regola particolare di cui all'art. 5, 1) lettera a, stesso Regolamento, il quale prevede, in materia contrattuale, come altro criterio, che un soggetto di un altro stato membro può essere convenuto davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio deve essere eseguita, allorché, ai sensi dell'art. 15. n. 1 di tale Regolamento la conclusione del contratto è stata preceduta da forme di pubblicità e proposte commerciali avvenute con mezzi, quali internet, esplicativi della volontà di eseguire prestazioni in altri stati membri e, quindi, indirizzando la propria attività in altri stati.

Con riferimento all'art. 43 codice civile, si deve presumere che il luogo di residenza e di domicilio coincidano. (Nella specie, il contratto è stato stipulato e concluso a Londra e, precedentemente, tra le altre attività pubblicitarie, l'appellante aveva provveduto a pubblicare sul "Times" le proprie proposte commerciali).

F.L.O.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 23 maggio 2014, n. 1924 - Giudice Unico Braccialini - Carpenteria Bozzano s.n.c. (Avv. Figura) c. Tizio (Avv.ti Bruni Prencipe e Podestà).

CONTRATTO in genere - appalto - realizzazione prototipo - obbligo di risultato - inadempimento.

(Artt. 1453 e 1655 c.c.)

SPESE giudiziali in materia civile - compensazione.

(Art. 92 c.p.c.)

Un contratto di appalto nel quale le parti convergono sul comune obiettivo, noto ad entrambi, di realizzare una prototipo idoneo ad un particolare utilizzo è caratterizzato da un obbligo di raggiungimento dello scopo (idoneità del prodotto e dei campioni consegnati) e non dalla mera diligenza nello studio tecnico richiesto. Talché, è inadempiente, e non ha pertanto diritto al compenso contrattualmente pattuito, il progettista/costruttore che fornisce un manufatto inidoneo all'impiego richiesto, nonostante tre distinti e successivi tentativi di realizzazione (nella specie, il contratto collegava il pagamento del corrispettivo all'idoneità del campione sottoposto).

Può giustificare la compensazione delle spese di lite, comprese quelle peritali, benché non liquidate in fase giudiziale, la non linearità del comportamento della committenza quanto alla trasmissione dei dati del prototipo e alla risoluzione del rapporto per inadempimento.

C.CELL.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 30 maggio 2013 n. 1837 - Giudice Unico Scarzella - G. (Avv. Faedi, Picedi Benedettini) c. S. (Mariani).

CONTRATTO in genere - inadempimento - onere della prova del creditore e del debitore.

CONTRATTO in genere - clausola di pagamento anticipato - mancato pagamento - legittimità dell'exceptio inadimplenti non est adimplendum.

CONTRATTO in genere - penale contrattuale - quantificazione - interpretazione estensiva dell'art. 1384 c.c.

In tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento (Cass. 15659/2011).

Allorché tra le parti sia stato pattuito il pagamento anticipato delle merce e questo non sia stato effettuato, a nulla valgono le richieste di dilazione del pagamento o di dimezzamento dell'ordine, seppur giustificate dalla particolare e negativa contingenza economica; il mancato pagamento anticipato nei termini contrattuali, legittima inoltre l'exceptio inadimplenti non est adimplendum.

Ai fini dell'esercizio del potere di riduzione della penale, il giudice non deve valutare l'interesse del creditore con esclusivo riguardo al momento della stipulazione della clausola - come sembra indicare l'art. 1384 c.c., riferendosi all'interesse del creditore "aveva" al tempo dell'adempimento - ma tale interesse deve valutare anche con riguardo al momento in cui la prestazione è stata tardivamente seguita o è rimasta definitivamente ineseguita, poiché anche nella fase attuativa del rapporto trovano applicazione i principi di solidarietà, correttezza e buona fede, di cui agli artt. 2 Cost., 1175 c.c. e 1375 c.c., conformativi dell'istituto della riduzione equitativa, dovendosi intendere, quindi, che la lettera dell'art. 1384 c.c., impiegando il verbo "avere" all'imperfetto, si riferisca soltanto all'identificazione dell'interesse del creditore, senza impedire che la valutazione della manifesta eccessività onerosità della penale tenga conto delle circostanze manifestatesi durante lo svolgimento del rapporto (Cass. 21994/2012) (nella

specie, è stata ritenuta legittima la quantificazione in maniera integrale di una penale a fronte della impossibilità per il venditore di vendere ad altri capi di abbigliamento di moda).

A.M.OCC.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 31 maggio 2013, n. 1831 - Giudice Unico Veglia - I. (Avv. Viani e Di Benedetto) c. P. (contumace).

CONTRATTO in genere - mera emissione di fatture - procedimento di cognizione - insufficienza della prova ad accogliere la domanda di pagamento della stesse.

La mera produzione delle fatture emesse, pur idonea in astratto per l'emissione di un decreto ingiuntivo a favore del soggetto che le ha emesse, non costituisce nel giudizio ordinario prova del credito, essendo le fatture documenti fiscali che provengono dalla stessa parte che li ha emessi, con la conseguenza che tale credito dovrà essere dimostrato dal richiedente secondo gli ordinari principi relativi all'onere probatorio che incombe sulla parte la quale vuole affermare l'esistenza dei fatti indicati a sostegno della propria domanda (Cass. Civ. SS. UU. 5915/2011; Cass. Civ. 5071/2009; Cass. Civ. 10860/2007).

Non intergrano tale prova, altri documenti prodotti dalla parte richiedente il pagamento quale un prospetto delle ore lavorate proveniente dalla stessa, il comportamento processuale della parte richiesta (rimasta contumace), né l'intervenuto decesso del solo teste indicato da parte attrice.

A.M.OCC.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 23 maggio 2014 - Giudice Unico Bonino - D.M. (Avv. A. Costa) c. T. S.r.l. (Avv. A. Venè) e U. Assicurazioni S.p.a. (Avv. D. Ottolenghi).

DANNI in materia civile - esclusione dalla gara pubblica per l'assegnazione di contributi - danno patrimoniale - limiti.

(Art. 1223 c.c.)

ASSICURAZIONE (contratto di) - assicurazione della responsabilità civile - obblighi della compagnia assicuratrice - limiti.

(Art. 1917 c.c.)

Il danno patrimoniale conseguente all'esclusione di un'impresa dalla gara per l'assegnazione di un finanziamento a fondo perduto erogato da un ente pubblico in percentuale rispetto "all'esborso effettivamente sostenuto e documentato" dall'impresa, deve essere quantificato non tanto nell'importo del finanziamento richiesto e non percepito dall'impresa quanto, piuttosto, nella quota dell'esborso effettivamente sostenuto dall'impresa che, ove quest'ultima avesse beneficiato del finanziamento, sarebbe stata rimborsata dall'ente pubblico finanziatore (nel caso di specie il Tribunale ha rilevato che l'attrice aveva eseguito solo una parte delle opere oggetto della domanda di finanziamento ed ha, conseguentemente, limitato il risarcimento del danno a quella quota dei costi effettivamente sostenuti che sarebbe stata coperta dal finanziamento non ottenuto).

La Compagnia Assicuratrice chiamata in garanzia in forza di polizza di assicurazione della responsabilità civile è obbligata a manlevare l'assicurato di quanto questi è tenuto a pagare al danneggiato a titolo di danno e spese legali ma non di quanto l'assicurato è tenuto a pagare al medesimo danneggiato a titolo restitutorio in conseguenza della risoluzione giudiziale del contratto per inadempimento dell'assicurato.

A.NIC.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 1 agosto 2014, n. 2856 - Giudice Unico La Mantia - C.A.P. (Avv. Iaccarino) c. V.M. (Avv.ti Bogliolo e De Gregori) e c. Z. s.r.l. (Avv. Franchini).

PROPRIETÀ - accertamento - prova.

PROPRIETÀ - trasferimento - trascrizione dell'atto di vendita - validità.

La proprietà di un manufatto non può desumersi da una planimetria catastale non allegata all'atto di vendita o, comunque, contraria al contenuto di quest'ultimo atto pubblico, né da una CTU esperita in altro procedimento qualora tale CTU non sia stata svolta in contraddittorio con la parte nei confronti della quale si voglia accertare detto diritto di proprietà.

La trascrizione dell'atto di vendita non costituisce un elemento integrante della fattispecie negoziale (rilevando, invece, a mero scopo di pubblicità dichiarativa) e non è, pertanto, motivo di risoluzione del contratto per invalidità dello stesso.

F. BGN.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 4 luglio 2014, n. 2451 - Giudice Unico Porrini - Wu Lintao (opponente) c. Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali - Direzione Provinciale di Genova (resistente).

LAVORO (rapporto di) - occupazione di lavoratore per una sola giornata - afflusso rilevante di clientela nella giornata del sabato - obbligo di comunicazione al centro per l'impiego entro 5 giorni dall'assunzione - caso di "urgenza connessa ad esigenze produttive" - insussistenza - esclusione dall'obbligo di comunicazione - ipotesi di "avvenimenti di carattere straordinario" - insussistenza.

(Artt. 10, 4-bis, D.Lgs 181/2000; Art.1, comma1180, L 296/2006)

La generica asserzione di un notevole afflusso di clientela nella giornata lavorativa del sabato non integra di per sé il caso di "urgenza connessa ad esigenze produttive", quale circostanza idonea a legittimare il differimento della comunicazione al Centro per l'impiego entro il termine di 5 giorni dall'instaurazione del rapporto di lavoro. Peraltro, anche in siffatta ipotesi, il datore di lavoro è comunque tenuto all'adempimento di cui all'Art. 1, comma 1180, L 296/2006, che sancisce l'obbligo di fornire al Centro per l'impiego le generalità del lavoratore e del datore di lavoro, entro il giorno antecedente la data di effettivo inizio della prestazione.

Il caso de quo non integra neppure la fattispecie di "assunzioni effettuate a causa di avvenimenti di carattere straordinario", tali da esonerare il datore di lavoro dall'obbligo di comunicazione di cui sopra, posto che l'aumento di clientela durante la giornata del sabato è evento auspicabile oltre che oggettivamente prevedibile con l'esercizio dell'ordinaria diligenza.

SO.C.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 2 luglio 2014 - Giudice Unico Gabriel - C.R. (Avv. Perdomi) c. L.M. e G.S. (Avv. Bruzzone).

LOCAZIONE - obbligazioni del locatore - riparazioni - limiti.

(Art. 1577 c.c.)

Nessuna responsabilità è configurabile a carico del locatore per ina-

dempimento dell'obbligo di effettuare le riparazioni necessarie a mantenere la cosa in buono stato locativo, qualora il locatore stesso non abbia avuto conoscenza di tale necessità, né comunicazione da parte del conduttore, tenutosi a norma dell'art. 1577 c.c.

(In senso conforme si veda Cass 20 febbraio 2014, n. 4064)

A.NIC.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 3 luglio 2014, n. 2405 - Giudice Unico Ferrari - N.B. s.r.l. (Avv. Giusti) c. S.A. e A.C. (Avv. Maltagliati).

LOCAZIONE - pagamento canoni - prova avvenuto pagamento - fattura priva di quietanza - insufficienza.

LOCAZIONE - danni derivanti dall'uso normale del bene - risarcimento - non sussiste.

LOCAZIONE - vizi conosciuti al momento della stipula del contratto di locazione - risoluzione del contratto - riduzione del canone - inammissibilità.

(Artt. 1578, 1580, 1588, 1590 c.c.)

La mera affermazione di aver provveduto al pagamento dei canoni non è sufficiente a dimostrarne l'effettivo saldo laddove venga allegata solo una fattura priva di quietanza da parte del creditore.

Il conduttore di un immobile non risponde del deterioramento o consumo del bene conseguenti all'uso conforme al contratto; pertanto, il locatore non può richiedere il rimborso per le spese necessarie per la manutenzione delle parti dell'immobile logorate dal normale uso né il risarcimento dei danni per le spese di riparazione, salvo fornisca la prova dello scorretto uso da parte del conduttore.

Laddove il conduttore, all'atto della stipulazione del contratto di locazione, non abbia denunciato i difetti della cosa da lui conosciuti o facilmente conoscibili, deve ritenersi che abbia implicitamente rinunciato a farli valere, accettando il bene nello stato in cui si trova al momento della consegna; conseguentemente non può chiedere la risoluzione del contratto o la riduzione del canone né il risarcimento del danno per tali vizi (nella specie, il conduttore aveva stipulato un secondo contratto di locazione, lamentando solo al termine del contratto tali vizi).

Ai sensi dell'art. 1580 c.c. gli eventuali vizi del bene locato che comportano rischi per la salute del conduttore consentono di ottenere la risoluzione del contratto, ma non la riduzione del canone di locazione.

J.V.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 3 luglio 2014 - Giudice Unico Ferrari - P.V. (Avv. Figari) c. A.U. S.r.l. (Avv. Plati).

LOCAZIONE - locazione di beni immobili - inadempimento del conduttore - morosità - termine per il pagamento dei canoni scaduti (sanatoria) - art. 55 legge n. 392 del 1978 - ambito di applicazione - locazione stipulata per soddisfare esigenze abitative di natura transitoria - applicabilità - esclusione.

(Art. 55, legge 27 luglio 1978, n. 392)

L'art. 55, primo comma. Legge 27 luglio 1978, n. 392, nella parte in cui prevede la concessione di un termine (cd "termine di grazia") per la sanatoria in sede giudiziale della morosità del conduttore nel pagamento dei canoni e degli oneri accessori, non è applicabile alle locazioni di immobili stipulate per soddisfare esigenze abitative di natura transitoria, in quanto, ai sensi dell'art. 26, primo comma, ad esse non sono applicabili le norme del Capo I di

detta legge e, quindi, l'art. 5 e, conseguentemente, l'art. 55, il quale è inscindibilmente connesso con detta norma.

(In senso conforme si veda Cass. 22 febbraio 2012, n. 2681)

A.NIC.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 3 luglio 2014, n. 2411 - Giudice Unico Gabriel - G.D. s.r.l. (Avv. Cesareo) c. A.G. (Avv. Gandolfo).

LOCAZIONE - mancato pagamento canoni - compensazione con crediti derivanti da lavori eseguiti all'immobile - prova - necessità.

LOCAZIONE - indennità per presunte miglorie - consenso - necessità.

LOCAZIONE - mancato pagamento canoni - mancato godimento dell'immobile a causa delle infiltrazioni - prova - necessità.

(Artt. 1592 c.c. e 1578 c.c.)

Gli eventuali lavori migliorativi asseritamente svolti all'interno dell'immobile condotto in locazione devono essere dimostrati in ordine alla tipologia e all'entità, non essendo sufficiente la produzione delle fatture relative all'acquisto dei materiali; inoltre, l'indennità di cui all'art. 1592 c.c. può essere riconosciuta solo in presenza del consenso del locatore (nella specie, inoltre, il contratto di locazione prevedeva che tale consenso doveva essere scritto).

Ai sensi dell'art. 1578 c.c. i vizi che diminuiscono in modo apprezzabile l'idoneità del bene locato all'uso pattuito legittimano la richiesta di risoluzione del contratto o una diminuzione del corrispettivo. Tuttavia, tale presunta riduzione di godibilità deve essere dimostrata, indicando quale parte dell'immobile non sia utilizzabile (nella specie, il conduttore lamentava presunte infiltrazioni di acqua che avrebbero limitato il godimento dell'immobile senza alcuna indicazione temporale degli episodi né il preciso posizionamento, l'entità e l'estensione).

J.V.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 9 luglio 2014, n. 2505, Giudice Unico Gabriel - G.S S.p.a. (Avv. Di Giorgio) c. A.T.S. (Avv. Ginnante).

LOCAZIONE - immobile ad uso abitativo - cessione del contratto - consenso del contraente ceduto - necessità - intimazione di sfratto per finita locazione - legittimazione attiva del mandatario - sussistenza.

(Artt. 1406 e 1703 e ss c.c.; artt. 77 e 657 c.p.c.)

LOCAZIONE - immobile ad uso abitativo - clausola contrattuale che prevede canone di locazione crescente di anno in anno - nullità - insussistenza.

(Artt. 2 e 13 Legge 431/1998)

Nel contratto di locazione di immobile ad uso abitativo, benché sia necessario il consenso del contraente ceduto per potersi configurare cessione del contratto ai sensi dell'art. 1406 c.c., è legittimato ad intimare lo sfratto per finita locazione il soggetto che agisce in nome e per conto del locatore in virtù di apposita convenzione.

La clausola contrattuale, contenuta in un contratto stipulato ai sensi dell'art. 2, comma 1, Legge 431/1998, con cui viene previsto un canone di locazione crescente di anno in anno per i primi cinque anni, non è affetta da nullità in quanto, nei contratti a cd. canone libero, è rimessa all'autonomia delle parti la pattuizione sul canone in ognuna

delle sue componenti, essendo precluso unicamente l'aumento del corrispettivo nel corso del rapporto.

(Nella specie il Tribunale ha ritenuto valida la clausola con cui veniva pattuito ab origine nel contratto di locazione l'aumento di anno in anno del canone).

M.BAG.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 10 luglio 2014, n. 2526, Giudice Unico Ferrari - A. G. (Avv. Rossi) c. R. A., L. C. e B. C. (Avv. Maloberti).

LOCAZIONE (contratto di) - obbligo di restituzione del conduttore - offerta non formale di restituzione - mora del conduttore - insussistenza.

(Artt. 1220 e 1591 c.c.)

LOCAZIONE (contratto di) - indennità per la perdita di avviamento - esigibilità della prestazione di pagamento dell'indennità - condizioni.

(Art. 34 Legge 392/1978)

L'offerta non formale della prestazione ai sensi dell'art. 1220 c.c., con cui viene offerta al locatore la riconsegna dell'immobile locato, esclude la mora del conduttore nell'adempimento dell'obbligo di restituzione e, conseguentemente, esclude per il medesimo conduttore l'obbligo di pagare al locatore il corrispettivo convenuto previsto dall'art. 1591 c.c., riferendosi detta norma espressamente al conduttore in mora.

(Conf. Cass. 6090/2002)

Quando non è stata contestata la destinazione dell'immobile all'esercizio di attività industriali, commerciali e artigianali ai sensi dell'art. 27 Legge 392/1978, la prestazione di pagamento dell'indennità per la perdita di avviamento ai sensi dell'art. 34 Legge 392/1978 è esigibile dal conduttore a decorrere dall'offerta di rilascio seguita dall'accettazione delle chiavi dell'immobile da parte del locatore.

(Conf. Cass. 4443/2014)

M.BAG.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 10 luglio 2014, n. 2528, Giudice Unico Ferrari - M.G.I. (Avv. Salvadori) c. G.V. (Avv. Caruso).

LOCAZIONE - immobile ad uso diverso da quello di abitazione - ritardato pagamento del canone - clausola risolutiva espressa - gravità dell'inadempimento - irrilevanza.

(Artt. 1455 e 1456 c.c.; artt. 27 e ss Legge 392/1978)

PROCEDIMENTO civile - intimazione di sfratto per morosità - pagamento del canone successivamente all'intimazione di sfratto - ordinanza di rilascio con riserva di eccezioni - esclusione - giudizio di cognizione a seguito di mutamento del rito - clausola risolutiva espressa - dichiarazione di risoluzione di diritto - ammissibilità.

(Artt. 658, 663 e 665 c.p.c.; art. 1456 c.c.)

In caso di pattuizione di una clausola risolutiva espressa, ai fini della risoluzione del contratto non è necessaria l'indagine sulla gravità dell'inadempimento ai sensi dell'art. 1455 c.c., in quanto è la stessa concorde volontà delle parti che, con la clausola risolutiva espressa, ha preventivamente valutato l'inadempimento, attribuendogli particolare importanza.

L'offerta o il pagamento del canone, se effettuati dopo l'intimazione di

sfratto, non consentono l'emissione del provvedimento interinale di rilascio con riserva di eccezioni ai sensi dell'art. 665 c.p.c. per l'insussistenza della persistente porosità, ma non precludono l'operatività della clausola risolutiva espressa nel giudizio a cognizione piena.

M.BAG.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 18 luglio 2014 - Giudice Unico Ferrari - L.L. (Avv. La Rosa) c. C 2 società semplice (Avv. Maggi).

LOCAZIONE - decreto ingiuntivo in materia di locazione - opposizione proposta con atto di citazione oltre il termine di quaranta giorni dalla notifica del decreto ingiuntivo - tardività e inammissibilità.

In materia di obbligazioni derivanti da un contratto di locazione, l'opposizione a decreto ingiuntivo deve essere proposta entro 40 giorni dalla notifica del medesimo anche qualora la opposizione sia stata effettuata con atto di citazione.

Deve ritenersi tardiva e, quindi, dichiarata inammissibile, la opposizione proposta con atto di citazione oltre il suddetto termine in quanto la sanatoria ex art. 156 cpc non si estende alle decadenze per inosservanza dei termini perentori, né può avere effetto sanante il provvedimento del giudice con cui ha disposto il passaggio dal rito ordinario a quello speciale.

F.LO.

Tribunale di Genova, terza sezione civile, 18 luglio 2014 - Giudice Unico Ferrari - T. S. (Avv. Giangreco) c. A. & E. srl (Avv. Bettoli).

LOCAZIONE - contratto di locazione - risoluzione per mancato pagamento dei canoni previsti dal contratto - realizzazione di opere senza il preventivo consenso scritto del proprietario locatore prevista dal contratto - inammissibilità della domanda del conduttore.

In caso di accertamento di risoluzione del contratto di locazione per grave inadempimento rappresentato dal mancato pagamento di diversi canoni mensili, l'affermazione del conduttore di avere eseguito opere nell'immobile locato è irrilevante qualora una clausola del contratto preveda il preventivo consenso - nella specie scritto - del proprietario locatore (nella specie è stata peraltro dichiarata l'assenza di un riscontro probatorio in ordine a tali opere).

F.LO.

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 27 maggio 2014 - Pres. Sanguuolo - Rel. Baudinelli - I. P. (Avv. Ronzini) c. I. s.r.l. e c. C. (Avv.ti Roncallo e Crocetta).

MEDIAZIONE - rapporto di causalità tra conclusione dell'affare e attività intermediatrice - semplice messa in relazione tra le parti acquirente e venditrice - diritto alla provvigione - sussistenza.

Nel contratto di mediazione, il diritto alla provvigione di cui all'art. 1755 cc, sorge tutte le volte in cui la conclusione dell'affare sia in rapporto causale con l'attività intermediatrice ed è sufficiente che il mediatore abbia messo in relazione tra loro l'acquirente e il venditore e ciò anche se tale messa in relazione sia avvenuta successivamente alla scadenza dell'incarico, senza che le determinazioni interne di una delle parti siano da ritenersi idonee a incidere sul nesso causale.

A differenza del contratto di mandato in cui il mandatario è tenuto a compiere uno o più atti giuridici stabiliti, nel contratto di mediazione

il mediatore ha la facoltà e non ha alcun obbligo a svolgere l'attività oggetto del rapporto.

F.LO.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 14 ottobre 2013, n. 3011 - Giudice Unico Calcagno - R. I. (Avv. Norelli) c. C. srl (Avv. Volpi).

OBBLIGAZIONI in genere - contratto preliminare - risoluzione del contratto per inadempimento - inadempimento rilevante ex art. 1455 c.c. - fattispecie.

E' legittimo il recesso del promissario acquirente dal contratto preliminare di compravendita di un immobile in presenza di un inadempimento rilevante ai sensi dell'art. 1455 c.c. e, specificamente, in caso di esistenza di infiltrazioni, di ottenimento dell'agibilità soltanto in epoca successiva alla comunicazione di recesso e di sussistenza di irregolarità urbanistica (anche se sanata). Dalla legittimità del recesso consegue la condanna della promittente venditrice al pagamento del doppio della caparra confirmatoria versata (Fattispecie concernente la compravendita di un locale autorimessa in corso di ristrutturazione).

Tribunale di Savona, 18 dicembre 2013 - Giudice Unico Princiotta - L.R. (Avv.ti Ruffino e Ruocco) c. F.B. S.p.a. (Avv.ti D'Ercole e Pesce).

OBBLIGAZIONI in genere - adempimento - frazionamento del credito (c.d. "parcellizzazione") in più azioni giudiziali - violazione del canone di correttezza e buona fede - sussistenza.

Non è consentito al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio, di frazionare il credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo, in quanto tale scissione del contenuto della obbligazione, operata dal creditore per sua esclusiva utilità con unilaterale modificazione aggravativa della posizione del debitore, si pone in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede, che deve improntare il rapporto tra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto ma anche nell'eventuale fase dell'azione giudiziale per ottenere l'adempimento.

(In senso conforme si veda Cass, S.U., 15 novembre 2007, n. 23726)

A.NIC.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ. - Pres. e Rel. Castiglione - A.O. (Avv.ti Andrei e Trucchi) c. D.A. S.p.a. (Avv. Manfredi) e c. M.A. S.p.a. (Avv. Soave) e c. D.C.G., V.G. e V.C.O. (contumaci).

PROCEDIMENTO civile - costituzione del convenuto - sospensione feriale - computo del termine - tardività.

Nel computo del termine per la costituzione in giudizio deve tenersi conto dell'istituto della sospensione feriale. Pertanto, qualora l'atto di citazione indichi per la prima comparizione delle parti una data successiva al compimento del periodo feriale, ma tale che il termine di venti giorni prima di essa cada in detto periodo, il termine per la costituzione in giudizio del convenuto va calcolato a ritroso senza computare nel termine medesimo i giorni compresi nel periodo feriale. La costituzione del convenuto nel periodo feriale è, quindi, tardiva.

(Conforme: Cass. n. 12044/2010)

F. BGN.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 23 maggio 2014, n. 1929, Tizia (Avv. Orgera) c. Prefettura di Genova (Avvocatura di Stato).

PROCEDIMENTO civile - CTU percipiente - violazione processuale - non sussiste.

(Art. 320 c.p.c.)

PROCEDIMENTO civile - impugnazione - motivi di ricorso - inammissibile.

(Art. 345 c.p.c.)

Non incorre in violazione processuale il Giudice di Pace che non dispone licenziamento di CTU percipiente, allorché la parte che la aveva inizialmente instata ritenga di non reiterarne la richiesta a conclusione dell'istruttoria orale.

È inammissibile la proposizione di un motivo di impugnazione della sentenza del Giudice di Pace che non rientra tra i motivi di ricorso proposti con il giudizio di primo grado.

C.CELL.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 25 luglio 2014, Giudice Unico Bonino - G. E. e altri (Avv. De Martini) c. A. N.

PROCEDIMENTO civile - procura apposta in calce o a margine di un atto giudiziario - certificazione del difensore ai sensi dell'art. 83, terzo comma, cod. proc. civ. - valore di piena prova della provenienza delle dichiarazioni in assenza di querela di falso - sussistenza.

(Art. 83, comma 3, c.p.c.)

Il difensore che certifica l'autografia della sottoscrizione apposta dal cliente sulla procura alle liti, rilasciata ai sensi dell'art. 83, III comma c.p.c., svolge il ruolo di pubblico ufficiale, con la conseguenza che la provenienza delle dichiarazioni e firme in essa contenute dalla parte assume valore di piena prova in mancanza di querela di falso da parte del sottoscrittore.

TZ.LND.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 4 luglio 2014, n. 2432, Giudice Unico Gabriel - V. A. (Avv. Crismanich e Campisi) c. G. A.

PROVA civile in genere - azione di risoluzione del contratto per inadempimento - onere della prova - produzione del titolo contrattuale - sufficienza.

(Artt. 2697 e 1453 c.c.)

Il soggetto che agisce in giudizio per ottenere la dichiarazione di risoluzione del contratto per inadempimento dell'altra parte ha l'onere di provare il titolo contrattuale, incombendo sul convenuto l'onere di provare i fatti estintivi o modificativi della propria obbligazione.

(Nella specie il locatore aveva domandato la risoluzione del contratto di affitto di azienda per inadempimento dell'affittuario in relazione al mancato pagamento dei canoni d'affitto, all'uopo producendo in giudizio il titolo contrattuale, mentre l'affittuario, non costituendosi in giudizio, non assolveva all'onere probatorio in relazione ai fatti estintivi o modificativi dell'obbligazione dedotta dal ricorrente)

M.BAG.

Tribunale civile di Genova, sez. II civ., 10 ottobre 2013, n. 3004 - Giudice Unico Bonino - T. I. Spa (Avv. Spagliardi) c.

C. srl (Avv. Testa), S. R. M. A. (Avv. Crispo), I. A. G. spa (Avv. Pennisi), A. spa (Avv. Cuomo Ulloa).

RESPONSABILITÀ civile - attività pericolosa - in genere - attività edilizia - qualificabilità come "pericolosa" per i fini di cui all'art. 2050 cod. civ. - presupposti - fattispecie - nesso di causalità tra l'esercizio di detta attività e l'evento dannoso - onere probatorio a carico del danneggiato - sussistenza - prova liberatoria - a carico del danneggiante.

(Art. 2050 c.c.)

RESPONSABILITÀ civile - attività pericolosa ai sensi dell'art. 2050 c.c. - appalto privato - responsabilità esclusiva dell'esercente l'attività pericolosa - sussistenza - responsabilità del committente - esclusione.

(Art. 2050 c.c.)

RESPONSABILITÀ civile - risarcimento del danno - valutazione e liquidazione - in genere - spese per riparare un veicolo - iva - inclusione - fondamento - limiti.

PROVA civile in genere - consulenza tecnica - poteri del giudice - valutazione della consulenza - in genere - documenti nuovi prodotti tardivamente dalle parti - esame da parte del ctu contabile - esclusione - documenti meramente accessori - esame da parte del ctu - ammissibilità ex art. 198 c.p.c. - fattispecie.

ASSICURAZIONE (contratto di) - assicurazione contro i danni - perdita della garanzia assicurativa - inosservanza dell'obbligo di dare avviso del sinistro secondo specifiche modalità espressamente previste da polizza - esclusione - possibilità di modalità di avviso equipollenti - limiti.

(Art. 1915 c.c.)

ASSICURAZIONE (contratto di) - assicurazione contro i danni - oggetto del contratto (rischio assicurato) - infortuni o danni alla persona - responsabilità dell'assicurato in solido con altro soggetto - obbligo indennitario dell'assicuratore - portata - estensione a tutto quanto l'assicurato deve pagare al terzo danneggiato nei limiti del massimale.

INTERVENTO in causa e litisconsorzio - questioni relative all'intervento in causa - decisione insieme al merito - requisito della comunanza di causa - interesse alla partecipazione del terzo - fattispecie.

APPALTO (contratto di) - responsabilità del committente per i danni arrecati a terzi - concorrente o esclusiva - condizioni - ingerenza effettiva - prova - necessità.

E' applicabile l'art. 2050 c.c. in caso di intervento di scavo di un tratto esteso di pubblica strada effettuato in profondità e con necessità di escavazioni ed ausilio di mezzi meccanici. Dall'applicabilità dell'art. 2050 c.c. derivano importanti conseguenze in punto di onere della prova: sul danneggiato incombe quella dell'evento dannoso e del nesso causale tra questo e l'attività pericolosa; sull'esercente della attività quella di aver adottato tutte le misure idonee a evitare il danno.

(Conformi: Cass. n. 10200/2007; Cass. n. 8688/2009; Cass. n. 1954/2003; Cass. n. 3022/2001. In tema di onere della prova: Cass. n. 19449/2008)

Il committente non può essere ritenuto responsabile ex art. 2050 c.c., in quanto tale norma si riferisce soltanto a chi esercita l'attività pericolosa. L'eventuale accertamento della totale soggezione alle direttive del committente non potrebbe liberare l'esercente l'attività pericolosa

dalla responsabilità per i danni da essa cagionati, rilevando al più nei rapporti interni con la committenza.

(Conforme: Cass. n. 835/1966)

L'IVA sui costi di ripristino e riparazione non è dovuta a titolo di risarcimento del danno qualora la parte sia un imprenditore con possibilità di recupero dell'imposta versata sulle fatture passive tramite il sistema del rimborso e/o detrazione.

(Conformi: Cass. n. 1688/2010; Cass. n. 10023/1997)

In tema di preclusione relative a produzioni documentali, nel corso di una consulenza contabile, si deve escludere l'ammissibilità della produzione tardiva di prove documentali concernenti fatti e situazioni poste direttamente a fondamento della domanda e delle eccezioni di merito, essendo, al riguardo irrilevante il consenso della controparte atteso che, ai sensi dell'art. 198 cod. proc. civ. tale consenso può essere espresso solo con riferimento all'esame di documenti accessori, cioè utili a consentire una risposta più esauriente ed approfondita al quesito posto dal giudice. Nè alla decadenza probatoria può supplirsi invocando poteri officiosi d'indagine del consulente tecnico d'ufficio. Il fatto che questi, nell'esercizio della sua attività valutativa, possa acquisire aliunde elementi necessari per la risposta ai quesiti non significa che egli possa sopperire a carenze probatorie imputabili alla parte, eludendo termini di decadenza propri della fase istruttoria. Una cosa è, infatti, esprimere un giudizio tecnico su una realtà comunque processualmente definita, eventualmente avvalendosi di elementi di riscontro anche esterni al processo; altro è attingere direttamente dati di fatto rientranti nella disponibilità delle parti e suscettibili di alterare lo stesso perimetro del thema probandum, quando la relativa documentazione non possa ormai essere immessa nel processo, mediante rituale produzione, per decorrenza del termine preclusivo.

Non può implicare di per sé perdita della garanzia assicurativa, in tema di assicurazione contro i danni, l'inosservanza, da parte dell'assicurato, dell'obbligo di dare avviso del sinistro, secondo specifiche modalità espressamente previste da clausola di polizza, occorrendo a tal fine accertare se detta inosservanza abbia carattere doloso o colposo, atteso che, nella seconda ipotesi, il diritto alla indennità non viene meno, ma si riduce in ragione del pregiudizio sofferto dall'assicuratore (art. 1915, comma 2, c.c.), ed inoltre riscontrare se, le diverse modalità di avviso, in concreto adottate dall'assicurato, possano o meno considerarsi equipollenti di quelle fissate dal contratto, in relazione alla loro attitudine o meno a consentire ugualmente all'assicuratore le opportune constatazioni ed interventi. Tale onere può dirsi soddisfatto purchè l'atto equipollente sia idoneo al raggiungimento dello scopo - da individuarsi nell'esigenza di porre l'assicuratore in condizioni di accertare tempestivamente le cause del sinistro e l'entità del danno prima che possano disperdersi eventuali prove e indizi - e anche quando esso non provenga direttamente dall'interessato.

(Conforme: Cass. n. 4836/1978; Cass. n. 3044/1997; Cass. n. 22883/2007)

In tema di assicurazione della responsabilità civile, nel caso in cui l'assicurato sia responsabile in solido con altro soggetto, l'obbligo indennitario dell'assicuratore nei confronti dell'assicurato, nei limiti del massimale, non è riferibile alla sola quota di responsabilità dell'assicurato operante ai fini della ripartizione della responsabilità tra i condebitori solidali, ma concerne l'intera obbligazione dell'assicurato nei confronti del terzo danneggiato, ivi compresa quella relativa alle spese processuali cui l'assicurato, in solido con il coobbligato, venga condannato in favore del danneggiato vittorioso, solo in tal modo risultando attuata - attraverso la conformazione della garanzia sulla obbligazione - la funzione del contratto di assicurazione della responsabilità civile di liberare il patrimonio dell'assicurato dall'obbligazione di risarcimento, ferma restando la surroga dell'assicuratore, ex art. 1203, n. 3, cod. civ.,

nel diritto di regresso dell'assicurato nei confronti del corresponsabile, obbligato solidale.

(Conformi: Cass. n. 20322/2012; Cass. n. 8686/2012)

Le questioni relative all'intervento - come l'effettiva sussistenza della comunanza di causa - devono essere esaminate dal giudice unico, insieme col merito, salvo che il Giudice Istruttore disponga a norma dell'art. 187, c. 2 c.p.c. Il requisito della comunanza di causa, a cui l'art. 106 c. p. c. condiziona la chiamata di un terzo ad istanza di parte, può consistere nell'esistenza di un interesse alla partecipazione del terzo nel contraddittorio processuale volto alla formazione di un accertamento giudiziale tra le parti originarie; conseguentemente, l'assicuratore, convenuto in giudizio insieme all'assicurato da parte del danneggiato, può legittimamente chiamare in causa un terzo quale presunto responsabile del fatto dannoso. L'interesse a chiamare il terzo, indicato quale "esclusivo" responsabile del sinistro, ed a rivolgere nei suoi confronti domanda di "mero accertamento", può dunque ben consistere nella volontà di provocare una sentenza a questi opponibile (Nel caso di specie, è stata considerata rituale ed ammissibile la chiamata in causa di un soggetto terzo effettuata da una compagnia assicuratrice a sua volta chiamata in manleva).

(Conformi: Cass. n. 5461/1985; Cass. n. 143/1987)

Di regola, l'appaltatore è esclusivo responsabile dei danni cagionati a terzi nella esecuzione dell'opera. Non sussiste responsabilità del committente ove non sia accertato che questi, avendo in forza del contratto di appalto la possibilità di impartire prescrizioni nell'esecuzione dei lavori o di intervenire per chiedere il rispetto della normativa di sicurezza, se ne sia avvalso per imporre particolari modalità di esecuzione dei lavori o particolari accorgimenti antinfortunistici che siano stati causa (diretta o indiretta) del sinistro. (Nel caso di specie, il Tribunale ha affermato che il coordinamento non ha reso l'appaltatore un nudus minister ed anzi è l'appaltatore che ha deciso le concrete modalità esecutive dell'intervento: pertanto, l'appaltatore ha responsabilità esclusiva).

(Conforme: Cass. n. 15782/2006)

V.CAV.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 28 febbraio 2014, n. 3225 - Giudice Unico Gibelli - G.L. (Avv. Rognoni) c. Iren Acqua Gas SpA (Avv. Pennisi) e c. Mediterranea delle Acque SpA.

RESPONSABILITÀ civile - danno da cose in custodia - custodia e pubblica amministrazione - responsabilità solidale del committente con l'appaltante.

A norma dell'art. 2051 cod.civ. il custode risponde dei danni derivati a terzi dalla cosa che ha in custodia, a meno che non fornisca la prova del caso fortuito. I compiti relativi alla custodia, cioè l'assidua sorveglianza ed il "governo" della cosa per impedire che questa cagioni danni, non competono necessariamente ad un unico soggetto, ma possono anche venir ripartiti fra soggetti diversi, che nei confronti del danneggiato saranno obbligati in solido, salvo l'esercizio, fra loro, dell'azione di regresso.

(Artt. 2051 e 2055 c.c.)

A. FONT.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 22 aprile 2014 - Giudice Unico Bozzo Costa - S.N. (Avv.ti Buffa) c. G. Ass.ni (Avv.ti Bianchi).

RESPONSABILITÀ civile - sinistro stradale - pedone investito da un mezzo mentre attraversava la strada davanti a un autobus e al di fuori delle strisce pedonali - responsa-

bilità per i danni esclusiva del conducente del mezzo - esclusione - concorso di responsabilità - ammissibilità.

In caso di sinistro, alla persona danneggiata la quale, in violazione dell'art. 190 cds, ha attraversato la strada passando anteriormente ad un autobus in sosta alla fermata e al di fuori, seppur in prossimità, delle strisce pedonali, deve essere attribuita, in omaggio al principio generale di auto-tutela, la preponderante responsabilità del danno. Un concorso di colpa, seppur minore, va, tuttavia, attribuito anche al conducente del mezzo il quale non ha tenuto una condotta consona al buon padre di famiglia, non avendo notato il pedone comunque vicino alle strisce pedonali ed essendo alla guida del proprio mezzo in fase di superamento di autobus in sosta alla fermata. (Nella specie, in applicazione di tali principi, il giudice ha attribuito l'80% della responsabilità al pedone e il 20% al conducente del mezzo).

F.L.O.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 4 luglio 2014, Giudice Unico Lucca - B. C. Spa (Avv. Cassinelli) c. A. T. (Avv. Aloi).

REVOCATORIA (azione) - atti a titolo gratuito - presupposti - conoscenza del terzo del pregiudizio arrecato al creditore - esclusione - fattispecie.

(Art. 2901 c.c.)

L'azione revocatoria ordinaria di atti a titolo gratuito postula l'esistenza del credito, il pregiudizio arrecato alle ragioni del creditore e il consilium fraudis, ma non la conoscenza del terzo, poiché tale azione nel caso appunto di atti a titolo gratuito non richiede che il pregiudizio arrecato alle ragioni del creditore sia conosciuto oltre che dal debitore anche dal terzo beneficiario, il quale ha comunque acquisito un vantaggio, senza un corrispondente sacrificio e, quindi, ben può vedere il proprio interesse postposto a quello del creditore (nella specie il Giudicante ha ritenuto che la costituzione di un fondo patrimoniale potesse essere soggetta alla revocatoria ordinaria non richiedendo la conoscenza del pregiudizio arrecato al creditore da parte del terzo, avendo la costituzione del fondo patrimoniale natura di atto a titolo gratuito non costituendo adempimento di un dovere giuridico, né essendo obbligatoria per legge).

TZ.LND.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 23 maggio 2014, n. 1930 - Giudice Unico Lucca - Tizio (Avv. Tonnarelli) c. Provincia di Genova.

SANZIONI amministrative - rifiuti speciali - trasporto obbligo indicazione quantità alla partenza - sussiste.

(Artt. 193 e 258, Decreto legislativo n. 152/2006)

SANZIONI amministrative - rifiuti speciali - trasporto - sanzione attenuata - non sussiste.

(Art. 258, Decreto legislativo n. 152/2006)

SANZIONI amministrative - rifiuti speciali - trasporto - buona fede vettore - errore incolpevole - non sussiste.

(Artt. 193 e 258, Decreto legislativo n. 152/2006)

SANZIONI amministrative - rifiuti speciali - violazioni in giorni diversi - continuazione - non sussiste.

(Art. 8, legge n. 689/1981)

Nella compilazione dal formulario previsto dall'art. 193 del Decreto legislativo n. 152/2006, deve sempre essere indicata la quantità dei ri-

futi trasportati, anche nel caso di impossibilità di pesatura all'atto della partenza. In tale ipotesi, la quantità va determinata in via presuntiva, non bastando, invece, contrassegnare la casella del formulario relativa alla voce "Peso da verificare a destino". Infatti, tale norma impone la doppia misurazione, con l'obiettivo di garantire la completa tracciabilità del ciclo di smaltimento (Trib. Genova, 15.10.2013, n. 2998; Trib. Genova, 15.10.2013, n. 9370; Trib. Genova, 20.2.2014, n. 616). In mancanza, è integrata la violazione dell'art. 258, comma 4, del Decreto legislativo n. 152/2006.

In caso di mancata indicazione della quantità dei rifiuti nel predetto formulario di cui all'art. 193 del Decreto legislativo 152/2006, non trova applicazione la sanzione attenuata di cui all'art. 258, comma 5, allorché lo stesso formulario non contenga "tutti gli elementi per ricostruire le informazioni dovute per legge".

L'esistenza di una circolare ministeriale (del 4.8.1998 n. GAB/DEC/812/98) che da anni chiarisce la questione relativa all'indicazione obbligatoria della quantità dei rifiuti esclude l'errore interpretativo incolpevole del vettore, a nulla rilevando la sua buona fede, tenuto conto dei doveri di esatta conoscenza e di particolare informazione gravanti, per la specificità del settore, sugli operatori professionali in questione (Trib. Genova, 15.10.2013, n. 9370).

Non è applicabile l'istituto della continuazione ai sensi dell'art. 8 della legge n. 689/1981, allorché i formulari si riferiscono a trasporti diversi effettuati in giornate diverse.

C.CELL.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 3 luglio 2014, n. 2407 - Giudice Unico Cannata - O.B. (Avv. Gatto) c. P.E. (Avv. Patrone) e c. P.F. (Avv. Cimino).

SERVITÙ - servitù coattiva - proprietari dei fondi che si frappongono all'accesso alla via pubblica da parte del proprietario del fondo intercluso - litisconsorti necessari - sussistenza.**SERVITÙ - servitù coattiva - mancata citazione in giudizio di tutti i proprietari dei fondi che si frappongono all'accesso alla via pubblica da parte del proprietario del fondo intercluso - integrazione del contraddittorio - impossibilità.**

(Art. 1051 c.c.)

L'azione volta a ottenere la costituzione di servitù di passaggio deve essere proposta, contestualmente, nei confronti dei proprietari di tutti i fondi che si trovano tra il bene intercluso e la pubblica via.

Nel caso in cui la domanda volta a ottenere la costituzione di servitù di passaggio non sia stata proposta nei confronti dei proprietari di tutti i fondi che si trovano tra il bene intercluso e la pubblica via, essa deve essere respinta non essendo possibile integrare il contraddittorio rispetto ai proprietari pretermessi.

(Conforme Cass. Civ., S.U., 17 aprile 2014)

J.V.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 25 settembre 2013, n. 2790 - Giudice Unico La Mantia - F. C., L. C. e G. C. (Avv. Cafferata) c. convenuti vari (contumaci).

SPESE giudiziali in materia civile - non ripetibilità - contumacia - sentenza dichiarativa.

In caso di mancata opposizione dei convenuti in quanto non costituiti in giudizio, non sono ripetibili le spese di lite sostenute dagli attori in una causa conclusasi con sentenza dichiarativa (Nel caso di specie si trattava di controversia instaurata per ottenere la dichiarazione

di acquisto in favore degli attori del diritto di proprietà per intervenuta usucapione su diversi beni immobili).

F.BGN.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 24 agosto 2014 - Giudice Unico Mauceri - A. Spa (Avv. Dolcino) c. B. Spa (Avv. Bruno e Raggi).

TRASPORTO (contratto di) - trasporto di merci - responsabilità del vettore - surroga dell'assicuratore - danno - legittimazione attiva - perdita del carico - responsabilità.

La legittimazione ad agire per il risarcimento del danno nei confronti del vettore di un carico perduto va riconosciuta al mittente, sia qualora costui abbia rimborsato il destinatario per la merce mai giunta-gli (sopportando, così, un danno patrimoniale), sia qualora il vettore medesimo non abbia provato che la merce fosse stata riconsegnata indietro dal destinatario, che si è invece limitato ad accettarla con riserva di controllo.

F.BGN.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 4 febbraio 2014, n. 149 - Pres. Sanna - Rel. Atzeni - C. (Avv. Viscardini e Turci) c. Amministrazione dell'Economia e delle Finanze (Avvocatura Distrettuale dello Stato) e c. Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (Avvocatura Distrettuale dello Stato).

TRIBUTI in genere - imposta di consumo sulle banane prevista dalla Legge n. 386 del 1964 - presupposti per il rimborso - mancata traslazione dell'imposta sui consumatori - assenza di arricchimento senza causa - necessità.

TRIBUTI in genere - imposta di consumo sulle banane prevista dalla Legge n. 386 del 1964 - rimborso - interessi - dies a quo - data di avvenuto pagamento dell'imposta restituita - ammissibilità.

Alla luce della Corte di Giustizia dell'Unione europea il rimborso dell'imposta di consumo sulle banane presuppone la sussistenza di una duplice condizione e, cioè, la mancata traslazione dell'onere versato sui consumatori e l'assenza del c.d. arricchimento senza causa. E, infatti, la traslazione non comporta automaticamente l'arricchimento del soggetto che chiede e ottiene il rimborso perchè anche qualora l'imposta sia completamente inserita nel prezzo praticato e, quindi, trasferita sugli acquirenti, il soggetto passivo potrebbe subire una flessione delle vendite determinata dall'aumento del prezzo o, comunque, non ricevere vantaggio per obbligo o prassi di riversamento delle somme rimborsate sui soggetti percossi.

Pertanto, dopo aver accertato l'avvenuta traslazione dell'imposta su soggetti terzi occorre verificare se sussista l'ulteriore condizione preclusiva

al rimborso, consistente nell'arricchimento senza causa (nella specie, la Corte di Appello di Genova ha riconosciuto il diritto al rimborso dell'importo versato a titolo di imposta di consumo sulle banane per la parte restituita ai soci acquirenti della merce importata, non la somma che non sarebbe stata restituita ai consumatori, bensì ai soci non acquirenti, configurando questo un arricchimento senza causa).

Nel caso in cui venga sancito l'obbligo di restituzione di una tassa riscossa da uno stato membro in violazione del diritto dell'Unione gli interessi sono dovuti dalla data di pagamento dell'imposta stessa, e non dalla data della domanda di rimborso, posto che la perdita dipende dalla durata dell'indisponibilità della somma indebitamente versata (e cioè dalla data di pagamento alla data di restituzione).

J.V.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 11 febbraio 2014, n. 14436 - Giudice Unico Bellingieri - C.F. (Avv. Varni) c. R.V. (Avv. Penco).

USUCAPIONE - acquisto della proprietà - possesso ventennale - animus possidendi - sussiste.

A norma dell'art. 1158 cod. civ., con cui si apre la Sezione dedicata all'usucapione, la proprietà dei beni immobili si acquista in virtù del possesso continuato per venti anni. Nella specie, la relativa domanda è stata accolta, sulla base di una serie di testimonianze precise e concordanti, da cui risultava che la parte attrice, dal 1981 / 82 in poi, era stata la sola a coltivare il terreno, oggetto del contendere, ed a farne propri i frutti; il che denotava un possesso pieno, corrispondente, appunto, al diritto di proprietà, esercitata per oltre vent'anni.

A.FONT.

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 22 aprile 2014 - Pres. Sangiuolo - Rel. Baudinelli - F.G. (Avv. Capetta e Faticante) c. F.Z. (Avv. Cuomo Ulloa e Barabino).

USUFRUTTO, uso e abitazione - comproprietà del bene tra coniuge defunto e superstite - vendita e divisione ereditaria della sola nuda proprietà in presenza di altri eredi - fondatezza.

I diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite ex art. 540 cc riguardo la casa coniugale di cui quest'ultimo era in comproprietà col coniuge defunto hanno natura di legato o prelegato ex lege, atteso che il coniuge ne diviene titolare ipso iure al momento dell'apertura della successione, senza necessità di accettazione. Non si tratta pertanto di una quota ereditaria predeterminata ma di diritti specifici. In tali fattispecie, in presenza di altri eredi, e in caso di indivisibilità del bene immobile, la divisione e la vendita possono solo riguardare la nuda proprietà.

F.LO.

Documenti

Patrocinio a spese dello Stato. Inquadramento normativo e casistica giurisprudenziale

Avv. Alessandro Barca

Consigliere del C.O.A. di Genova

Sommario: 1. *L'articolato di legge.* - 2. *Inammissibilità e rigetto dell'istanza di ammissione.* - 3. *Revoca del provvedimento di ammissione del COA e revoca del decreto di ammissione del magistrato.* - 4. *I rimedi impugnatori: opposizione, ricorso, ripresentazione della domanda.* - 5. *La sottoscrizione della domanda di ammissione.* - 6. *Redditi valutabili ai fini dell'ammissione.* - 7. *Le comunicazioni delle variazioni dei limiti di reddito e la nozione di "ultima dichiarazione" dei redditi presentata (artt. 76, co. 1 e 79, co. 1, lett. d).* - 8. *Il concetto di familiari conviventi (art. 76).* - 9. *Enti ed associazioni (art. 119).* - 10. *Processo in cui è parte un fallimento (art. 144 e 146).* - 11. *Condanna alle spese processuali dell'ammesso / Recupero delle spese da parte dell'Erario (artt. 131, 132, 133 e 134).* - 12. *Attività professionale di natura stragiudiziale.* - 13. *Quanto ai reati ostativi all'ammissione (art. 91).* - 14. *Problematiche relative ai cittadini extra U.E. - Segue: 14.1. Esatte generalità dell'istante. - Segue: 14.2. Produzione della certificazione consolare attestante la mancata produzione di reddito nel paese di origine. - Segue: 14.3. Obbligo di indicazione del codice fiscale a pena di inammissibilità anche da parte del cittadino irregolarmente soggiornante sul territorio dello Stato. - Segue 14.4. Concetto di stranieri, regolarmente soggiornanti sul territorio nazionale al momento del sorgere del rapporto o del fatto oggetto del processo da instaurare. - 15. *Elenco degli avvocati per il patrocinio a spese dello Stato (artt. 74, 80, 81 e 140).**

1. L'articolato di legge.

Il Gratuito Patrocinio consiste nel riconoscimento dell'assistenza legale gratuita, a carico dello Stato, a favore dei non abbienti che intendano promuovere un giudizio o che debbano difendersi davanti al giudice e il cui reddito annuo non superi gli 11.369,24 euro (anno 2014).

Il diritto al patrocinio trova fondamento nella Costituzione e riconoscimento oltre che a livello interno anche a livello internazionale.

L'art. 3 Cost., sancisce il diritto di tutti i cittadini alla pari dignità sociale e assegna allo Stato il preciso compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana; l'art. 24 Cost. definisce il diritto alla difesa come diritto inviolabile dell'individuo ed afferma che "sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione".

A livello internazionale l'art. 6, comma 3, lett. c) della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Roma, 4 novembre 1950) e il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici di New York del 19 dicembre 1966, art. 14, 3 comma, lett. d).

L'iter legislativo che ha portato alle disposizioni in vigore dal 1° luglio 2002 (DPR 30-5-2002, n. 115) è complesso.

Il DPR 115/2002 trova le sue fondamenta nel Regio Decreto n. 3282 del 1923 ed ha sostanzialmente riprodotto le disposizioni già previste dalla legge 30 luglio 1990, 217 (istitutiva del patrocinio dei non abbienti) come modificata dalla successiva legge 29 marzo 2001, n. 134.

Lo stesso DPR 115/2002 è stato modificato dalle leggi nn. 25 e 168 del 2005 e da ultimo da Decreto Legislativo n. 150 del 2011.

Il primo provvedimento legislativo (L. 25/2005) ha: a) modificato l'anzianità di iscrizione all'albo per potere essere inseriti negli elenchi del PSS, portandola a due anni, dagli originari sei; b) ha previsto la possibilità di scegliere il difensore anche fuori del Distretto di Corte di Appello nel quale ha sede il magistrato competente a conoscere del merito della causa o il magistrato davanti al quale pende il processo; c) ha affermato che non possono essere iscritti negli elenchi del PSS gli Avvocati che abbiano riportato sanzioni disciplinari superiori all'avvertimento.

Il secondo provvedimento legislativo (L. 168/2005) ha modificato gli artt. 112 e 113 prevedendo che la revoca dell'ammissione possa essere operata d'ufficio dal magistrato oltre che dal magistrato su richiesta dell'Ufficio finanziario competente, entro cinque anni dalla definizione del processo, se risulta provata la mancanza originaria o sopravvenuta delle condizioni di reddito.

Il patrocinio può essere concesso sia nell'ambito del processo penale, civile, amministrativo, contabile, tributario e negli affari di volontaria giurisdizione, già pendenti o devono ancora essere radicati.

Possono richiedere l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato (artt. 74 e 119):

- i cittadini italiani;
- gli stranieri, regolarmente soggiornanti sul territorio nazionale al momento del sorgere del rapporto o del fatto oggetto del processo da instaurare;
- gli apolidi;
- gli enti o associazioni che non perseguano fini di lucro e non esercitino attività economica.

L'ammissione può essere richiesta in ogni stato e grado del processo ed è valida per tutti i successivi gradi di giudizio (art. 75). In ambito civile la domanda si presenta (art. 124) presso la Segreteria del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati competente rispetto al:

- luogo dove ha sede il magistrato davanti al quale è in corso il processo;
- luogo dove ha sede il magistrato competente a conoscere del merito della causa, se questa non è ancora iniziata;
- luogo dove ha sede il giudice che ha emesso il provvedimento che si intende impugnare per i ricorsi in Cassazione, Consiglio di Stato e Corte dei Conti.

La domanda (artt. 78, 79 e 122), sottoscritta dall'interessato e dallo stesso depositata, unitamente alla copia di un suo documento di riconoscimento, deve contenere:

- le generalità dell'istante comprensive del codice fiscale;
- le generalità dei componenti il nucleo familiare comprensive del codice fiscale;
- l'autocertificazione dei redditi dell'istante e di ogni componente maggiorenne il nucleo familiare;

- la certificazione consolare attestante la mancanza di produzione, nei paesi di origine, di redditi, per cittadini extra U.E. (artt. 79 e 94);
- le generalità controparte;
- le ragioni di fatto e di diritto utili a valutare la fondatezza della pretesa da fare valere.

Quanto ai limiti di reddito ai fini dell'ammissione, occorre tenere presente che se l'istante convive con il coniuge o con altri familiari, il reddito è costituito dalla somma dei redditi conseguiti nel medesimo periodo da ogni componente della famiglia, compreso l'istante (art. 76).

Si tiene conto del solo reddito personale quando sono oggetto della causa diritti della personalità, ovvero nei processi in cui gli interessi del richiedente sono in conflitto con quelli degli altri componenti il nucleo familiare con lui conviventi (art. 76). Nel solo caso di procedimenti penali il reddito si eleva di euro 1.032,91 per ciascun componente il nucleo familiare.

I limiti di reddito fissati per l'ammissione al patrocinio a spese dello stato sono adeguati ogni 2 anni in relazione alla variazione, accertata dall'Istat, dell'indice dei prezzi al consumo per le famiglie, verificate nel biennio precedente con decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia, di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze (art. 77).

Il Consiglio dell'Ordine che riceve la domanda nei 10 gg successivi deve valutare la sussistenza dei requisiti di reddito (sulla scorta della/e autocertificazione/i resa/e) e la fondatezza della domanda medesima (art. 126).

La domanda può quindi essere (art. 126):

- accolta;
- dichiarata inammissibile allo stato e quindi viene chiesta una integrazione della medesima, integrazione che deve avvenire in un termine non superiore a 2 mesi;
- rigettata; in quest'ultima ipotesi la domanda può essere riproposta innanzi al magistrato competente per il giudizio, che decide con decreto.

Dopo un vaglio sommario delle ragioni da fare valere o contro le quali resistere in giudizio, sommario per la sommarietà della conoscenza dei fatti, spetta all'Avvocato dell'ammesso approfondire la percorribilità dell'azione, sulla base del rapporto diretto con il cliente e solo all'esito di detto approfondimento l'Avvocato potrà e dovrà decidere se sussistano i reali presupposti dell'azione e se la stessa sia effettivamente da intraprendere.

L'avvocato deve sempre mantenere la piena indipendenza dal cliente, meno che mai incitarlo in iniziative avventurose ed azzardate, magari suggerite dalla convinzione (errata) di non essere aggredibile in caso esito negativo del giudizio.

Le istanze di ammissione che pervengono annualmente all'Ordine degli Avvocati di Genova sono sempre più numerosi ed aumentano di circa 100 unità ogni anno: sono state 1155 nel 2011, 1253 nel 2012, 1345 nel 2013, 1211 al 23 settembre 2014.

2. Inammissibilità e rigetto dell'istanza di ammissione.

L'istanza di ammissione può essere dichiarata inammissibile (mancata integrazione) o rigettata dal C.O.A. o dal Giudice, a seconda del soggetto al quale la stessa viene presentata, in quanto infondata o per mancanza dei requisiti di reddito (artt. 126,3, 96, 97 e 99). Vedremo più avanti quali sono i rimedi impugnatori.

3. Revoca del provvedimento di ammissione del COA e revoca del decreto di ammissione del magistrato.

Il magistrato, quando la domanda è stata ammessa, può revocarla. La legge distingue tra revoca del provvedimento di

ammissione del C.O.A. e revoca del decreto di ammissione. La revoca del provvedimento di ammissione del C.O.A. (art. 136) si ha quando:

nel corso del processo intervengano modifiche delle condizioni reddituali oppure;

in caso di insussistenza dei presupposti per l'ammissione o; qualora l'interessato abbia agito in giudizio con mala fede o colpa grave. In quest'ultimo caso la revoca ha effetti retroattivi, cioè opera *ab origine*. Peraltro anche il Codice deontologico forense impone all'Avvocato di non proporre azioni o assumere iniziative in giudizio con malafede o colpa grave.

La revoca del decreto di ammissione (art. 112) si ha quando:

a) l'interessato non comunichi le eventuali variazioni del limite di reddito;

b) l'interessato, a seguito della comunicazione le condizioni di reddito, risulti avere un reddito superiore ai limiti di legge;

c) l'interessato non produca la certificazione consolare, prevista per i cittadini extra UE;

d) accerti la mancanza originaria o sopravvenuta delle condizioni di reddito (d'ufficio o su richiesta fatta dell'Ufficio finanziario competente, entro 5 anni dalla definizione del processo/causa).

Vedremo nel prossimo paragrafo quali sono i rimedi impugnatori.

4. I rimedi impugnatori: opposizione, ricorso, ripresentazione della domanda.

Le impugnazioni possiamo così sintetizzarle:

L'opposizione al decreto di pagamento/liquidazione del compenso al difensore, al CTU e al CTP (artt. 84 e 170), da proporsi, si suggerisce, nel termine di 20 giorni;

Il ricorso avverso il provvedimento di inammissibilità/rigetto dell'istanza di ammissione presentata al C.O.A. (126,3): la domanda può essere ripresentata al Giudice competente che decide con decreto, da proporsi nel termine di 20 giorni;

Il ricorso avverso il decreto del magistrato di inammissibilità/rigetto dell'istanza di ammissione presentata al magistrato (artt. 96, 97 e 99), da proporsi nel termine di 20 giorni;

Il ricorso avverso:

il decreto che revoca l'ammissione fatta dal C.O.A. (art. 136), da proporsi nel termine di 20 giorni;

il decreto che revoca l'ammissione fatta dal magistrato (art. 112), da proporsi nel termine di 20 giorni per le ipotesi di cui all'art. 112 lett. a,b,c e di 120 giorni per l'ipotesi di cui all'art. 112, lett. d.

Numerose sono le decisioni di legittimità che hanno integrato e precisato il panorama normativo sulle impugnazioni dei provvedimenti giudiziari che in qualche modo incidono sull'ammissione o sulla liquidazione giudiziale dei compensi di difensori e consulenti(1).

La regola generale in materia di impugnazioni è che il provvedimento emesso dal giudice che procede è ricorribile al Capo dell'Ufficio giudiziario cui appartiene il giudice che lo ha emesso (Presidente del Tribunale (anche per il Giudice di Pace) e Presidente della Corte di Appello) e la decisione del capo dell'Ufficio è a sua volta soggetta a ricorso per cassazione. Il decreto con il quale il Tribunale liquida il compenso dell'avvocato non è revocabile in via di autotutela(2).

L'opposizione al decreto di liquidazione del compenso al difensore emesso dal Tribunale di sorveglianza deve essere presentata al Presidente del Tribunale civile, perché unico ufficio giudiziario munito di giurisdizione civile(3).

Solo l'avvocato è legittimato a proporre personalmente il ricorso per cassazione avverso il provvedimento di liquidazione delle sue competenze professionali, emesso in sede di opposizione(4).

Fa eccezione alla regola generale sopra enunciata il decreto di revoca emesso ai sensi dell'art. 112, 1° co., lett. d), cioè quando la revoca viene fatta d'ufficio dal magistrato o dal magistrato su richiesta dell'ufficio finanziario competente, per la mancanza originaria o sopravvenuta delle condizioni di reddito. In questo caso il ricorso può essere proposto direttamente nanti la Corte di Cassazione(5). Il ricorso, in sede di volontaria giurisdizione, per cassazione, non ha effetto sospensivo, e deve essere fatto entro 120 gg.(6).

Avverso il provvedimento di revoca unico legittimato a proporre ricorso per cassazione è l'interessato e non il difensore(7).

Il giudice chiamato a decidere della revoca, dovrà individuare il momento in cui si è determinata la nuova situazione reddituale che determina l'esclusione dal beneficio e dovrà disporre la revoca a far tempo da tale ultima revoca(8).

La revoca produce l'effetto di ripristinare retroattivamente l'obbligo della parte assistita in giudizio di sopportare personalmente le spese della sua difesa, restando immutato il rapporto di rappresentanza e difesa nel processo che si fonda sulla designazione del difensore(9).

Il PSS nel processo tributario è disciplinato da disposizioni *ad hoc*; il diniego all'ammissione deve essere impugnato davanti al Presidente della Commissione tributaria e non davanti al TAR(10). Analogo discorso vale per il TAR(11).

Lasciano perplessi le massime ad alcune decisioni(12) secondo le quali *“Avverso il provvedimento di revoca d'ufficio (...) non è esperibile il ricorso per cassazione -previsto solo nel caso di decreto adottato su richiesta dell'amministrazione finanziaria- ma il ricorso in opposizione/reclamo all'ufficio giudiziario cui appartiene il giudice che ha disposto la revoca”*. Questo appare in netto contrasto con il contenuto degli artt. 112 e 113. Forse queste decisioni si richiamano, ma erroneamente, all'art. 99 che disciplina però il ricorso avverso i provvedimenti di rigetto dell'istanza di ammissione e non la revoca dell'ammissione già avvenuta. In tal senso, infatti, si legge(13): *“La revoca d'ufficio del decreto di ammissione al beneficio è reclamabile a norma dell'art. 99 al Presidente del Tribunale o della Corte d'Appello”*.

5. La sottoscrizione della domanda di ammissione.

La sottoscrizione apposta dal richiedente in calce all'auto-certificazione attestante le proprie condizioni reddituali e patrimoniali non deve essere autenticata dal difensore. L'istante quando deposita la domanda deve allegare una copia del proprio documento di identità: artt. 78 e 79(14).

6. Redditi valutabili ai fini dell'ammissione.

La Cassazione con diverse pronunce ha affermato in estrema sintesi che ai fini del calcolo del reddito per l'ammissione rileva il reddito al netto degli oneri deducibili.

Rilevano altresì i redditi e risorse di qualunque natura di cui il richiedente disponga. Vi rientrano pertanto i redditi che non sono stati assoggettati ad imposte vuoi perché non rientranti nella base imponibile, vuoi perché esenti, vuoi perché soggetti a ritenuta alla fonte a titolo di imposta ovvero ad imposta sostitutiva, vuoi perché di fatto non hanno subito alcuna imposizione, vuoi perché l'imposizione è stata elusa. Vi rientrano quindi i redditi da attività illecite e gli aiuti dati dai genitori ai figli, il TFR, le indennità di disoccupazione, indennità erogate dall'INPS, il ricavato dalla vendita di beni ereditati(15).

Vi rientrano anche i redditi di tipo agrario e domenicale connessi alla disponibilità di terreni agricoli(16).

In senso parzialmente diverso, si veda la sentenza(17) che ha ritenuto che l'essere fiscalmente a carico dei genitori non impedisce l'ammissione e la conservazione del beneficio, atteso che la situazione reddituale da considerare non è quella di familiare a carico bensì quella di familiare convivente.

Per la determinazione del superamento dei limiti di reddito si può fare ricorso anche agli ordinari mezzi di prova, ivi comprese le presunzioni semplici ex art. 2729 c.c. tra le quali rientrano il tenore di vita dell'interessato e dei familiari conviventi e qualsivoglia altro fatto di emersione della percezione, lecita o illecita, di redditi.

Vi è poi una risoluzione della Direzione Centrale Normativa e Contenzioso dell'Agenzia delle Entrate(18) la quale afferma che *“ai fini della determinazione del reddito da utilizzare per verificare lo stato di non abbenza di un soggetto interessato al gratuito patrocinio, non è possibile scomputare dal reddito complessivo l'eventuale perdita subita nell'esercizio di una attività d'impresa svolta da altri componenti il nucleo familiare”*.

7. Le comunicazioni delle variazioni dei limiti di reddito e la nozione di “ultima dichiarazione” dei redditi presentata (artt. 76, co. 1 e 79, co. 1, lett. d).

In argomento segnalo la sentenza della Cassazione(19) che ha affermato che ai fini dell'ammissione possono tenersi in considerazione le variazioni *in peius* dei limiti reddituali intervenute dopo la presentazione dell'ultima dichiarazione dei redditi e prima della presentazione dei redditi per l'anno successivo: questo per non penalizzare l'istante e per un principio di uguaglianza rispetto all'obbligo di comunicare in corso d'anno le variazioni *in melius*.

8. Il concetto di familiari conviventi (art. 76).

La Cassazione intende come tali quelli che lo sono di fatto, con prevalenza assoluta della situazione effettiva rispetto a quella formale anagrafica: tra questi vi rientrano il convivente *more uxorio*(20), il divorziato che continui a convivere con la moglie(21), il soggetto che seppure in stato di detenzione abbia comunanza di interessi, comuni responsabilità e legame stabile e duraturo con la propria famiglia(22).

La Cassazione(23), infine, ha ritenuto che l'essere fiscalmente a carico dei genitori non impedisce l'ammissione e la conservazione del beneficio, atteso che la situazione reddituale da considerare non è quella di familiare a carico bensì quella di familiare convivente.

9. Enti ed associazioni (art. 119).

Gli enti e le associazioni senza scopo di lucro per essere ammessi al patrocinio a spese dello Stato devono comunque rispettare i limiti di reddito(24).

10. Processo in cui è parte un fallimento (art. 144 e 146).

Il decreto di ammissione del fallimento al patrocinio a spese dello Stato emesso dal giudice delegato ai sensi dell'art. 144, implica una valutazione della legittimità del procedimento promosso dal curatore e deve considerarsi una implicita autorizzazione alla costituzione in giudizio. L'attestazione della mancanza di fondi deve essere data in relazione allo specifico giudizio nel quale il curatore dovrà costituirsi(25).

Parrebbe in senso opposto il Tribunale di Milano(26), secondo la quale le spese di insinuazione al passivo non sono opponibili alla massa sicché gli oneri correlati a tale patrocinio sono destinati a restare a carico del creditore medesimo.

11. Condanna alle spese processuali dell'ammesso / Recupero delle spese da parte dell'Erario (artt. 131, 132, 133 e 134).

L'imputato soccombente deve essere condannato al pagamento delle spese processuali, le quali sono soggette a recupero ai sensi degli artt. 4 e 200(27).

La *ratio* della prenotazione a debito, infatti, è quella, da un lato di rendere possibile l'esercizio del diritto di difesa anche al non abbiente e, dall'altro, quella di non accollarsi definitivamente la spese dovute da colui che poi risulta soccombente(28).

Caso diverso è quello in cui il giudice condanna il soccombente non ammesso a rifondere all'ammesso, e non allo Stato, le spese processuali. Questo: 1) non implica una revoca implicita del beneficio e 2) rimane ferma la possibilità dello Stato di esercitare il diritto di rivalsa sull'ammesso per il recupero delle spese ex art. 134(29).

12. Attività professionale di natura stragiudiziale.

L'attività di natura stragiudiziale non è ammessa o è ricompresa nella successiva attività giudiziaria(30).

13. Quanto ai reati ostativi all'ammissione (art. 91).

La Cassazione ha precisato che l'art. 91, che impedisce di fruire del patrocinio a spese dello Stato per l'indagato, l'imputato o il condannato di reati commessi in violazione delle norme per la repressione dell'evasione in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, è riferita ai soli reati oggetto del procedimento per il quale è chiesta l'ammissione e non a quelli in ordine ai quali il richiedente sia stato condannato in passato(31).

Sul punto si è pronunciata anche la Corte costituzionale(32), affermando la piena legittimità dell'art. 91.

14. Problematiche relative ai cittadini extra U.E.

Segue: 14.1. Esatte generalità dell'istante.

La Cassazione ha affermato che è legittimo il provvedimento col quale il giudice respinge la domanda di ammissione presentata dallo straniero di cui si abbia fondato motivo di ritenere che le generalità indicate nell'istanza non siano esatte, in quanto l'incertezza sulla identità del richiedente l'ammissione impedisce di eseguire le verifiche sulle condizioni per l'ammissione al beneficio(33).

Segue: 14.2. Produzione della certificazione consolare attestante la mancata produzione di reddito nel paese di origine.

Quanto alla mancata produzione della certificazione consolare o la dichiarazione sostitutiva ex art. 94, co. 2, la Corte costituzionale(34) ha dichiarato infondata la questione avente ad oggetto la possibilità per il ristretto di fruire dell'ammissione e di produrre detta certificazione ne termine di 20 gg, mentre il soggetto libero deve presentarla, a pena di rigetto dell'istanza, al momento del deposito della domanda.

Lo Stato cui appartiene il cittadino extra UE deve verificare nel merito il contenuto dell'autocertificazione del proprio cittadino, indicando gli accertamenti eseguiti e non limitandosi a generiche affermazioni circa l'assenza di redditi(35).

Segue: 14.3. Obbligo di indicazione del codice fiscale a pena di inammissibilità anche da parte del cittadino irregolarmente soggiornante sul territorio dello Stato.

La Corte costituzionale(36) ha affermato che la mancanza di codice fiscale (art. 79) può essere superata con "l'indicazione del cognome, del nome, del luogo e della data di nascita e del domicilio all'estero, ai sensi dell'art. 2, co. 6, DPR 605/1973".

Segue 14.4. Concetto di stranieri, regolarmente soggiornanti sul territorio nazionale al momento del sorgere del rapporto o del fatto oggetto del processo da instaurare.

Sul punto si segnalano alcune decisioni(37), secondo le quali: fino al momento in cui è in corso l'istruttoria del procedimento amministrativo per il permesso di soggiorno ovvero per il riconoscimento dello "status" di rifugiato, la tutela giurisdizionale dello straniero deve garantirsi anche con l'ammissione al gratuito patrocinio, divenendo irregolare la posizione dello straniero solo con l'espulsione, per l'impugnazione della quale lo straniero, in posizione ormai irregolare, è comunque riconosciuto eccezionalmente il diritto al patrocinio a spese dello Stato.

Per essere ammesso lo straniero deve soggiornare in Italia. In mancanza di soggiorno va disposta la revoca(38). L'istanza dello straniero diretta ad ottenere l'ammissione non deve essere necessariamente accompagnata dal permesso di soggiorno(39). La causa intentata dal cittadino extra U.E. volta a fare emergere il lavoro irregolare genera una impossibilità di espulsione. Questo genera una *fiction iuris* di regolarità di soggiorno e come tale il cittadino extra U.E. deve essere ammesso(40).

15. Elenco degli avvocati per il patrocinio a spese dello Stato (artt. 74, 80, 81 e 140).

Da ultimo si ricorda che la Corte costituzionale con ordinanza n. 299/2002 ha ritenuto legittima la norma che nel patrocinio a spese dello Stato vincola l'istante ad essere assistito da un avvocato iscritto negli appositi elenchi tenuto dai C.O.A. Gli elenchi tenuti dai C.O.A. distinguono (artt. 80, 81 e 140) 6 aree: civile, penale, amministrativo, contabile, tributario, affari di volontaria giurisdizione: l'elenco è rinnovato entro il 31 gennaio di ogni anno.

E' cancellato di diritto dall'elenco l'avvocato per il quale è stata disposta una sanzione disciplinare superiore all'avvertimento (art. 81, co. 3).

Note:

(1) Cass., 20790/2006; Cass., sez. un., n. 6817/2007; Cass. pen., n. 19914/2007; Cass., n. 4020/2011; Cass., n. 17247/2011; Cass., n. 26791/2011; Cass., n. 12668/2014; Cass., 12795/2014.

(2) Cass., n. 13892/2012.

(3) Cass., n. 11818/2012.

(4) Cass., sez. un., n. 6816/2007; Cass., n. 10239/2013; Cass., n. 10705/2014.

(5) Cass. pen., n. 19914/2007; Cass., n. 6840/2011; Cass. pen., n. 8909/2011 (dichiara inammissibile Trib. Genova 26-5-2006); Cass., n. 26966/2011; Cass. pen., 46862/2011; Cass. pen., n. 25411/2012; Cass. pen., n. 34764/2012.

(6) Cass. pen., n. 19914/2007.

(7) Cass. pen., n. 8909/2006, dichiara inammissibile Trib. Ge. 26-5-2006;

(8) Cass. pen., n. 10661/2012.

(9) Cass. n. 23635/2011; Cass., n. 65/2013.

(10) Cons. giust. Amm. Sicilia, sez. giurisdiz., 4-10-2011, n. 628.

(11) TAR Campania Napoli, n. 3649/2011.

(12) Cass. pen., nn. 6419 e 6420/2011; Cass. pen., n. 33012/2011; Cass. pen., n. 39280/2011; Cass. pen., n. 46862/2011 e Cass. pen., n. 18592/2013.

(13) Cass. pen., n. 44189/2012.

(14) Cass., n. 34914/2003.

(15) Cass., n. 1390/1998; Cass. pen., n. 6419/2001; Cass., n. 17430/2001; Cass., n. 127/2005; Cass., n. 45159/2005; Cass. pen., n. 18374/2007; Cass., n. 25044/2007; Cass., n. 38486/2008; Cass.

- pen., n. 2616/2010; Cass. pen., n. 21974/2010; Cass. pen., n. 34643/2010; Cass. pen., n. 36362/2010; Cass. pen., n. 6880/2011; Cass., n. 16583/2011; Cass. pen., n. 20580/2011; Cass. pen., n. 25194/2011; Cass. pen., n. 10125/2012; Cass. pen., n. 26837/2012; Cass. pen., n. 18591/2013; App. Taranto 11-2-2014.
- (16) Cass. pen., n. 21253/2012.
- (17) Cass., n. 33428/2014.
- (18) n. 387 del 20-10-2008.
- (19) Cass. pen., n. 8103/2006.
- (20) Cass., n. 109/2005; Cass., n. 19349/2005; Cass. pen., n. 44121/2012.
- (21) Cass., n. 14442/2006.
- (22) Cass., n. 17374/2006.
- (23) Cass., n. 33428/2014.
- (24) TAR Lombardia 10-11-2009; TAR Toscana Firenze, n. 569/2011.
- (25) Cass., n. 12974/2014.
- (26) Tribunale di Milano, 21-5-2012, n. 5840.
- (27) Cass. pen., n. 44117/2011; TAR Lazio Roma, n. 285/2013.
- (28) Tribunale Teramo 7-4-10, n. 385; TAR Campania Napoli n. 5715/2011.
- (29) TAR Campania Salerno, n. 527/2014; Cass., n. 13925/2014.
- (30) Cass., n. 24723/2011; Cass., sez. un., n. 9529/2013.
- (31) Cass., n. 31177/2004; Cass. pen., n. 22065/2012.
- (32) Corte cost., sentenza n. 95/2012.
- (33) Cass., n. 22912/2004; Cass. pen., n. 41599/2010.
- (34) Corte costituzionale, sentenza 20-4-2012, n. 101.
- (35) Cass. pen., n. 2828/2012.
- (36) Corte cost., ord., 14-5-2004, n. 144.
- (37) Cass., n. 12744/2011; Cass., n. 24378/2011.
- (38) TAR Lazio Roma, n. 5086/2011.
- (39) Parere CNF 14-7-2011, n. 60.
- (40) TAR Sicilia Catania, n. 140/2012; Consiglio di Stato, n. 3917/2013; TAR Piemonte, n. 20/2014.

Il patrocinio a spese dello Stato. Aspetti sostanziali e processuali

Cons. **Cesare Proto**
Magistrato di Cassazione

Sommario: 1. *L'ammissione al patrocinio a spese dello Stato.* - 1.1 *I soggetti.* - 1.2 *La domanda: codice fiscale; autocertificazione e sottoscrizione.* - 1.3 *Reddito e nucleo familiare: reati e presunzioni di reddito, accertamenti del giudice ed eventuali responsabilità; cause di esclusione dal p.s.s. nel processo penale; nucleo familiare; verosimiglianza della dichiarazione, criteri di determinazione del reddito rilevante, variazioni di reddito successive all'ultima dichiarazione; falsità nell'autocertificazione; il reddito dello straniero, l'attestazione dell'autorità consolare, la certezza delle generalità dello straniero.* - 1.4 *Il provvedimento di ammissione e l'ambito di efficacia nel processo penale e civile.* - 2. *Il diniego e la revoca dell'ammissione.* - 2.1 *Provvedimento e procedimento nel processo penale - competenza - revoca di ufficio - impugnazione.* - 2.2 *Il procedimento nel processo civile.* - 2.3 *Il termine per l'opposizione nel rito sommario.* - 2.4 *Le parti nel procedimento di opposizione.* - 2.5 *Gli obblighi del giudice civile in relazione al potere di revoca accordatogli dalla legge.* - 2.6 *Il rigetto dell'istanza di ammissione nel procedimento penale.* - 2.7 *Il rigetto dell'istanza di ammissione nel procedimento civile.* - 3. *La liquidazione.* - 3.1 *Il procedimento per l'opposizione al decreto di liquidazione.* - 3.2 *La natura del procedimento.* - 3.3 *L'individuazione del Presidente dell'Ufficio Giudiziario competente; l'irilevanza della pronuncia da parte di magistrato non correttamente individuato.* - 3.4 *L'opposizione avverso la liquidazione del magistrato di sorveglianza.* - 3.5 *Criteri di liquidazione e novità normative.* - 3.6 *L'art. 133 - la condanna della parte soccombente non ammessa al pss alla rifusione delle spese processuali a favore dello Stato; la successiva liquidazione del compenso al difensore di soggetto ammesso al pss - il divieto di locupletazione dello Stato.* - 3.7 *Il sostituto del difensore di imputato ammesso al pss.* - 3.8 *Prescrizioni presuntive.*

1. L'ammissione al patrocinio a spese dello Stato.

1.1 I soggetti.

Norme - art. 74 (Istituzione del patrocinio).

1. È assicurato il patrocinio nel processo penale per la difesa del cittadino non abbiente, indagato, imputato, condannato, persona offesa da reato, danneggiato che intenda costituirsi parte civile, responsabile civile ovvero civilmente obbligato per la pena pecuniaria.

2. È, altresì, assicurato il patrocinio nel processo civile, amministrativo, contabile, tributario e negli affari di volontaria giurisdizione, per la difesa del cittadino non abbiente quando le sue ragioni risultino non manifestamente infondate.

Art. 90 (Penale) il trattamento previsto per il cittadino italiano è assicurato altresì allo straniero e all'apolide residente nello stato.

Art. 119 (Civile) Il trattamento previsto per il cittadino italiano è assicurato, altresì, allo straniero regolarmente soggiornante sul territorio nazionale al momento del sorgere del rapporto o del fatto oggetto del processo da instaurare e all'apolide, nonché ad enti o associazioni che non perseguono scopi di lucro e non esercitano attività economica.

In conclusione:

♦ **Nel processo penale (art. 90)** il patrocinio è assicurato ai cittadini italiani, ai cittadini comunitari, agli stranieri e agli

apolidi residenti nello Stato che ricoprono la veste di indagato, imputato, condannato, responsabile civile o civilmente obbligato per l'ammenda, offeso dal reato, danneggiato che intenda costituirsi parte civile. Può quindi chiedere l'ammissione al beneficio anche la vittima di un reato

◆ **Nel processo civile (art. 119):** il patrocinio è assicurato ai cittadini italiani e degli altri Stati appartenenti all'Unione Europea; agli stranieri, regolarmente soggiornanti sul territorio nazionale al momento del sorgere del rapporto o del verificarsi del fatto oggetto del processo da instaurare; ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea (extracomunitario) che intendano impugnare il provvedimento di espulsione o decisioni in ordine alla domanda di asilo, protezione o revoca dello status di rifugiato (art. 16 d.lgs. 28 gennaio 2008 n. 25); agli apolidi (ovvero chi non abbia alcuna cittadinanza); agli enti o associazioni che non perseguano fini di lucro e non esercitino attività economica

◆ **Le persone giuridiche nel processo penale.**

Solo il rapporto organico tra la persona fisica e l'autore del reato consente di attribuire il reato all'ente; l'art. 5 del Dlgs 231 del 2001 – responsabilità amministrativa delle persone giuridiche – stabilisce appunto che l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio; l'ente è esposto a sanzioni pecuniarie e interdittive – come si legge direttamente dalla norma, all'articolo 8, si stabilisce la sussistenza della responsabilità dell'ente “*anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile*” v. caso Thyssen: Cass. n. 20060/2013; l'art. 40 del Dlgs 231/2001 sancisce il diritto dell'ente che sia privo di un difensore di fiducia di essere assistito da un difensore di ufficio.

Nel processo penale le persone giuridiche non sono considerate per il pss se non nel caso in cui l'azione civile, consentita ex art. 119 agli enti o associazioni che non perseguano fini di lucro e non esercitino attività economica sia esercitata nel processo penale.

Non è prevista la possibilità di ammettere al patrocinio pubblico tali enti o associazioni ai fini dell'intervento ex art. 93 c.p.p. (intervento degli enti e associazioni) non essendo in tale fase consentita la costituzione di parte civile, alla quale l'ente ricorrente è legittimato ex art. 23, comma 3, L. n. 241/1990, come sostituito dall'art. 4, L. 3.8.1999, n. 265, trattandosi di associazione di protezione ambientale senza fine di lucro riconosciuta con decreto ministeriale a norma dell'art. 18, L. 8.7.1986, n. 349.

Al riguardo si è già espressa la Cassazione (Cass. 22/3/2005 n. 11165) affermando che: *In sede di procedimento penale non è normativamente previsto che le persone giuridiche accedano al patrocinio a spese dello Stato, salvo che nei casi in cui l'azione civile sia stata esercitata nel processo penale*; nella fattispecie la Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto contro l'ordinanza con la quale il Tribunale, in sede di reclamo, aveva rigettato l'opposizione avverso il decreto del GIP di inammissibilità dell'istanza di ammissione della persona giuridica al gratuito patrocinio, presentata nel corso delle indagini preliminari ai fini di esercitare la facoltà di intervento prevista dagli artt. 91 e 93 cod. proc. pen.; nel decreto di inammissibilità il Giudice aveva legittimamente rilevato che, non essendo in tale fase possibile la costituzione di parte civile, doveva escludersi altresì la possibilità di accedere al gratuito patrocinio.

Il danno (necessariamente diverso da quello della lesione dell'ambiente come bene pubblico) risarcibile in favore delle associazioni ambientaliste costituite parti civili nei procedimenti per reati ambientali, può avere natura, oltre che patrimoniale, anche morale, derivante dal pregiudizio arre-

cato all'attività da esse concretamente svolta per la valorizzazione e la tutela del territorio sul quale incidono i beni oggetto del fatto lesivo: v. Cass. 17/1/2012 n. 19439.

1.2 **La domanda (artt. 78 e 79).**

La domanda deve essere firmata dall'interessato e la firma deve essere autenticata dall'avvocato o dal funzionario dell'ufficio che la riceve; deve contenere a pena di inammissibilità quanto previsto dall'art. 79 (indicazione del processo se già pendente, generalità anche dei componenti il nucleo familiare con il codice fiscale, certificazione dell'autorità consolare per i redditi prodotti all'estero dell'extracomunitario).

◆ **Il codice fiscale.**

La Corte Costituzionale (Corte Cost 14/5/2004 n. 144 Ord.) ha esaminato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 79 del D.P.R. 115/2002 nella parte in cui prevede, a pena di inammissibilità della domanda di ammissione al patrocinio dei non abbienti, l'indicazione del codice fiscale, anche nel caso si tratti di cittadino straniero irregolarmente presente nel territorio italiano il quale è impossibilitato ad avere il codice fiscale perché è prassi presso gli uffici competenti, il rifiuto del rilascio del tesserino di codice fiscale a chi non dispone di un permesso di soggiorno.

Siccome la legge 605/1973, che ha istituito il codice fiscale, si basa essenzialmente sulle generalità del soggetto, la Corte Costituzionale ha ritenuto possibile l'interpretazione adeguatrice, nel senso che nel caso in cui sia materialmente impossibile ottenere il codice fiscale, come per lo straniero irregolare, è possibile in alternativa far valere comunque il diritto al gratuito patrocinio, semplicemente indicando i dati di cui sopra che vengono poi utilizzati per comporre il codice fiscale (v. anche Cass. pen. 10/3/2003 n. 2684)

Per il processo civile l'art. 122 aggiunge che l'istanza deve contenere a pena di inammissibilità le enunciazioni in fatto e in diritto utili a valutare la non manifesta infondatezza della pretesa con la specifica indicazione delle prove di cui si intende chiedere l'ammissione

◆ **L'autocertificazione e la sottoscrizione dell'istanza.**

L'art. 78 prevede l'autentica della sottoscrizione da parte del difensore ovvero con le modalità indicate nell'art. 38 comma 3 del DPR 28/12/2000 n. 445; il terzo comma prevede che “*le istanze e le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà da produrre agli organi della amministrazione pubblica o ai gestori o esercenti di pubblici servizi sono sottoscritte dall'interessato in presenza del dipendente addetto ovvero sottoscritte e presentate unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del sottoscrittore. La copia fotostatica del documento è inserita nel fascicolo*”

La Cassazione, con in un precedente piuttosto risalente, si è espressa nel senso che: *L'autenticazione della firma (ad opera del difensore designato o del funzionario che la riceve) in calce all'istanza per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, non è richiesta a pena d'inammissibilità della domanda; ne deriva che, allo stesso modo, l'autentica neppure è richiesta per la sottoscrizione dell'autocertificazione concernente le condizioni di reddito, atteso che questa deve essere considerata, per il testuale disposto dell'art. 5 della legge n. 217 del 1990, come contenuta nell'istanza medesima, ancorché prodotta separatamente* (Cass. pen. 9/5/2001 n. 22289). Questo precedente era tuttavia specificamente mirato alla autentica della sottoscrizione della autocertificazione sui redditi; ritengo che, malgrado questo precedente, il giudice o il consiglio dell'ordine possa legittimamente imporre al richiedente un termine per produrre, in mancanza di firma autenticata, la fotocopia del documento di identità.

In ordine alla sottoscrizione dell'autocertificazione la Cassazione ha dapprima affermato che:

In tema di ammissione al gratuito patrocinio, il difensore non è legittimato ad autenticare l'autocertificazione dell'interessato in ordine alla sussistenza delle prescritte condizioni di reddito, nemmeno nell'ipotesi in cui la dichiarazione sostitutiva sia incorporata nell'istanza di ammissione al patrocinio. Ne consegue che l'autenticazione di quest'ultima da parte del difensore non può essere considerata equipollente alla specifica procedura per l'autocertificazione prevista dall'art. 5, comma 1, lett. b) della legge n. 217 del 1990 (novellato dall'art. 79, comma 1, lett. c, della legge n. 115 del 2002) che deve essere effettuata mediante sottoscrizione da parte dell'interessato e contestuale presentazione di copia di un documento di identità del sottoscrittore (Cass. pen. 11/6/2003 n. 34914), ma successivamente è andata di contrario avviso affermando che:

In tema di gratuito patrocinio, la sottoscrizione apposta dal richiedente il beneficio in calce all'autocertificazione attestante le proprie condizioni reddituali e patrimoniali non deve essere autenticata né corredata dalla fotocopia del documento di identità del dichiarante, in quanto gli artt. 79 del d. P.R. n. 115 del 2002 e 46 del d. P.R. n. 445 del 2000, dal primo richiamato, richiedono esclusivamente che l'atto sia sottoscritto dall'interessato (Cass. pen. 14/3/2012 n. 34192)

e che:

In realtà, l'art. 47 riguarda solo le "Dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà", non anche le "Dichiarazioni sostitutive di certificazioni", oggetto dell'art. 46, il quale, come già detto, non indica modalità di redazione della dichiarazione diverse e ulteriori rispetto alla semplice sottoscrizione, ed al quale soltanto espressamente rimanda l'art. 79 co. 1 del d.p.r. n. 115/2002, che qualifica la dichiarazione in oggetto quale "sostitutiva di certificazioni", non di atti di notorietà". Ed è, quindi, ancora il dato letterale, cioè il mancato richiamo all'art. 47 a non rendere estensibile al citato art. 79 il rinvio, disposto dall'alt. 47, quanto alle modalità ed alle forme della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, all'art. 38 del medesimo d.p.r., come, viceversa, è stato ritenuto con la richiamata sentenza. Inestensibilità, peraltro, indirettamente confermata dal fatto che altre disposizioni del d.p.r. n. 115/07 fanno specifico riferimento allo stesso art. 38; così, l'art. 78, che a quello espressamente rimanda quanto alle modalità di formazione dell'istanza di ammissione al beneficio in questione; ad ulteriore, indiretta, conferma della non applicabilità, nel caso della dichiarazione sostitutiva di certificazione, di tale disposizione di legge. In definitiva, i due tipi di dichiarazioni sostitutive sono tra loro del tutto diversi, così come diverse sono le modalità di formazione delle stesse, disciplinate dall'art. 46 (di certificazione) e dall'art. 47 (di notorietà) del d.p.r. n. 445/2000. Diversità che trova evidente giustificazione nella differente natura dell'atto al quale le due dichiarazioni si sostituiscono, trattandosi, nel primo caso, di una certificazione proveniente dalla pubblica amministrazione, nel secondo, di un atto che contiene una sorta di testimonianza anticipata circa la notorietà di un fatto giuridicamente rilevante (Cass. n. 34192 del 2012 cit.)

◆ Il minore.

La richiesta di ammissione al patrocinio a spese dello Stato di un soggetto minore deve essere sottoscritta dall'esercente la potestà genitoriale.

Questa la motivazione secondo la cassazione:

Come si vede, quindi, il contenuto della norma illustrata mira ad assicurare il diritto dello Stato di recuperare le somme anticipate da chi deve rispondere per il minore. Non vi è ragione alcuna per non ritenere che il legislatore intenda perseguire identica finalità al momento della presentazione dell'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato nell'interesse di un minore. L'istanza

deve essere sottoscritta anche dall'esercente la potestà perché ne sia a conoscenza e sappia quali potranno essere le conseguenze, attinenti alla ripetizione delle somme corrisposte dallo Stato, nell'ipotesi che sia successivamente disposta la revoca del beneficio. La necessità della sottoscrizione da parte dell'esercente la potestà sul minore emerge anche dal rilievo che il P. nell'istanza da lui presentata ha reso sotto la sua personale responsabilità dichiarazione in ordine alla situazione patrimoniale propria, di quella dei genitori e della sorella. (Cass. 20/4/2010 n. 31964)

1.3 Reddito e nucleo familiare.

Con il Decreto 1 aprile 2014 (pubblicato in Gazzetta Ufficiale 23 luglio 2014, n. 169) il Ministro della Giustizia ha disposto l'adeguamento del limite di reddito per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato all'aumento dell'indice Istat dei prezzi al consumo.

Il nuovo riferimento reddituale è stato così elevato da euro 10.766,33 ad euro 11.369,24.

◆ **Reati, presunzioni di reddito e accertamenti del giudice ed eventuali responsabilità** (riferimenti a norme che consentono al giudice accertamenti preventivi o anche successivi e quindi un controllo con le connesse responsabilità in caso di controllo negligente).

Art. 79, comma 3: attribuisce al consiglio dell'ordine e al giudice il potere di richiedere la documentazione idonea ad accertare la veridicità di quanto indicato nella dichiarazione; ad esempio con riferimento al nucleo familiare può essere richiesto lo stato di famiglia.

Art. 96, comma 2 e 112 (penale): il magistrato respinge l'istanza se vi sono fondati motivi per ritenere che l'interessato non versi nelle condizioni di cui agli artt. 76 e 92 (redditi) e prima di provvedere può trasmettere l'istanza, unitamente alla dichiarazione sostitutiva alla Guardia di Finanza per le necessarie verifiche (ma è comunque tenuto a decidere nei dieci giorni anche quando ha richiesto le informazioni: v. 96 u.c.); in ogni caso ai sensi dell'art. 112 il giudice penale può procedere in ogni momento alla revoca salvo che non siano decorsi 5 anni dalla definizione del procedimento.

Art. 127 (civile): nel processo civile un controllo, successivo all'ammissione da parte del consiglio dell'ordine è previsto dall'art. 127 comma 4 TU 115 del 2002.

Art. 96, comma 3 (penale): se il giudice procede nei confronti di persona imputata di associazione di stampo mafioso, sequestro a scopo di estorsione, associazione finalizzata al traffico di stupefacenti o tabacchi o di persona sottoposta a misure di prevenzione ha l'obbligo di chiedere ulteriori informazioni alla DIA e alla DNA.

Art. 127, comma 4 (civile): possibilità di verifica, in ogni tempo, dell'effettività e permanenza delle condizioni previste per l'ammissione su richiesta dell'autorità giudiziaria.

Con riferimento alla presunzione di superamento dei limiti reddituali in presenza di determinate condanne di cui al **comma 4 bis dell'art. 76** (droga - associazione a delinquere di stampo mafioso) e adempimenti del magistrato, è possibile chiedere ex ante la produzione di un certificato penale da parte dell'interessato o acquisirlo di ufficio, ma occorre che nel provvedimento di ammissione comunque si dia atto di avere esercitato o attivato un controllo sull'assenza di tali condanne, anche al fine di evitare addebiti di responsabilità contabile; la norma è introdotta nelle disposizioni generali sul patrocinio a spese dello Stato e pertanto si applica sia in sede civile che in sede penale.

Occorre ricordare che l'ammissione al pss comporta un onere finanziario rilevante per l'Erario, specie nel processo

penale, dove il costo non è recuperabile da una parte soccombente; pertanto sono necessari particolari controlli sia nella fase dell'ammissione sia successivamente e con riferimento ai casi di revoca sia con riferimento ai casi di esclusione previsti dall'art. 91

Atteso il ritardo con il quale le condanne definitive vengono iscritte nel casellario, è opportuno richiedere al soggetto che formula istanza di ammissione al pss dichiarazione relativa ai precedenti penali che ai sensi del DPR 28/12/2000 n. 445 - art. 46 può riguardare anche la dichiarazione:

aa) di non aver riportato condanne penali e di non essere destinatario di provvedimenti che riguardano l'applicazione di misure di sicurezza e di misure di prevenzione, di decisioni civili e di provvedimenti amministrativi iscritti nel casellario giudiziale ai sensi della vigente normativa;

bb) di non essere a conoscenza di essere sottoposto a procedimenti penali.

In generale il giudice (il giudice civile ai sensi dell'art. 136 comma 2 con riferimento alla verifica dei presupposti per l'ammissione) è tenuto ad un controllo delle condizioni reddituali originarie o sopravvenute e dell'adempimento dell'onere di comunicazione delle variazioni di reddito così che, prima della conclusione del procedimento di ammissione, sarebbe opportuno che il giudice penale, nei casi dubbi, richieda ulteriori verifiche alla GdF.

Per quanto riguarda il processo penale, occorre inoltre considerare che con le modifiche del d.l. n. 92 del 2008 è espressamente previsto (art. 96 comma 2) che il giudice penale tenga conto delle risultanze del casellario giudiziale così che è necessario che il giudice penale attesti nel provvedimento di ammissione che il certificato è stato acquisito o comunque verificato; è altresì opportuno che il giudice civile al momento della liquidazione dia atto dei controlli effettuati per escludere la revoca dell'ammissione ai sensi dell'art. 136, anche con riferimento ai reati dell'art. 76 4 bis, per i quali è prevista la presunzione di superamento del limite reddituale.

E' invece discrezionale la richiesta di verifica alla GdF che il giudice penale può richiedere ai sensi dell'art. 96 comma 2 (con riferimento ad indici presuntivi di segno contrario desumibili dalle risultanze del casellario, tenore di vita, condizioni personali e familiari, attività economiche esercitate) e il giudice civile ai sensi dell'art. 127 comma 4. Tale verifica si aggiunge a quella che può disporre di sua iniziativa l'ufficio finanziario dopo la trasmissione "rutinaria", dell'istanza con la documentazione allegata, effettuata ai sensi dell'art. 98.

Per il processo penale si aggiunge invece, con l'art. 96 comma 3, l'obbligo di richiedere l'informativa su tenore di vita, condizioni personali e familiari, attività economiche esercitate alla DIA e alla DNA laddove si proceda per uno dei reati indicati dall'art. 51 comma 3 bis c.p.p.

◆ **Casi di esclusione dal patrocinio (per il processo penale).**

L'art. 91 prevede due casi di esclusione dal patrocinio:

a) per l'indagato, l'imputato o il condannato di reati commessi in violazione delle norme per la repressione dell'evasione in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto;

b) se il richiedente è assistito da più di un difensore.

In ogni caso gli effetti dell'ammissione cessano dal momento in cui la persona alla quale è stato concesso il beneficio nomina un secondo difensore di fiducia, eccettuati i casi di cui all'art. 100 (partecipazione a distanza nel procedimento penale).

In ordine a questa seconda ipotesi c'è da osservare che non c'è decadenza dall'ammissione nel caso in cui la nomina del nuovo difensore sia avvenuta dopo la revoca del precedente

In ordine alla prima ipotesi la giurisprudenza di legittimità si è espressa nei seguenti termini: l'esclusione dal gratuito patrocinio interviene solo se per il reato ostativo il richiedente risulti indagato o imputato nel procedimento nell'ambito del quale il beneficio è stato richiesto (Cass. pen. 20/10/2009 n. 40589) *È illegittima la revoca dell'ammissione al gratuito patrocinio disposta per un reato non ostativo, ancorché il richiedente abbia riportato precedenti condanne per evasione dell'imposta sul valore aggiunto, considerato che, in virtù dell'art. 91 d.P.R. n. 115 del 2002, l'esclusione del patrocinio a carico dello Stato - nei confronti di soggetti indagati, imputati o condannati per reati commessi in violazione delle norme concernenti la repressione dell'evasione in materia di imposte sui redditi e su valore aggiunto - riguarda i soli reati oggetto del procedimento per cui sia proposta richiesta di ammissione al gratuito patrocinio* (Cass. 12/4/2012 n. 22065).

◆ **Reati ostativi per i quali si proceda congiuntamente a reati non ostativi.**

Con riferimento al diverso problema di del soggetto nei cui confronti si proceda congiuntamente per reati ostativi e per reati non ostativi un più risalente orientamento (Cass. sez. 1 n. 2023 dd. 17/03/2000 Cc. dep. 10/05/2000 Rv. 21592) aveva affermato che "è illegittima la revoca dell'ammissione al gratuito patrocinio disposta in relazione a reato diverso da quelli commessi in violazione delle norme per la repressione dell'evasione in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, a nulla rilevando che esso sia oggetto dello stesso procedimento relativo a reati rientranti in quest'ultima categoria. (Fattispecie concernente concorso in contrabbando di t.l.e. ed evasione i.v.a.)", ma successivamente si è consolidato l'orientamento secondo il quale "l'esclusione dal patrocinio a spese dello Stato per chi debba rispondere di reati che attentano alle sue finanze opera anche con riferimento a quei reati non ostativi alla ammissione al beneficio, per i quali si proceda congiuntamente a reati ostativi, non essendo prevista la separazione del procedimento per motivi attinenti al patrocinio a spese dello Stato (Cass. sez. 3 n. 724 dd. 15/02/2000 Cc. (dep. 14/04/2000) Rv. 216340, Cass. sez. 4 n. 26976 dd. 30/03/2004 Cc. (dep. 16/06/2004) Rv. 229659; Cass. 2/4/2008 n. 20379)

◆ **Nucleo familiare.**

In particolare, l'art. 79, comma 1, lettera b), richiede che l'istanza debba contenere, a pena di inammissibilità, l'indicazione delle generalità, oltre che dell'interessato, dei componenti la famiglia anagrafica, per tale dovendosi intendere, ai sensi del D.P.R. 30 maggio 1989, n. 223, art. 4 (Approvazione del nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente), l'"insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune".

E poiché la situazione di convivenza è oggetto di una autodichiarazione dell'istante, il giudice ben avrebbe potuto, ai sensi del comma 3 del citato art. 79, richiedere all'istante la produzione della documentazione necessaria ad accertare la veridicità di quanto indicato nella domanda anche sotto il profilo dell'assenza di altri componenti la famiglia anagrafica (Cass. civ. 11/6/2012 n. 9473). L'art. 79 lett. B) richiede le generalità dell'interessato e dei componenti della famiglia anagrafica con i rispettivi codici fiscali: ne discende l'obbligo di fornire una documentazione equipollente alla certificazione anagrafica o di esplicitare i componenti del nucleo familiare.

L'espatrio clandestino non è di per sé risolutivo indice della cessazione del rapporto di convivenza (così Cass. 27/9/2007 n. 40327); non è sufficiente la dichiarazione che la famiglia era rimasta nel paese di origine (Cass. n. 10827 del 2010).

Dubito che possano essere oggetto di autocertificazione i redditi dei componenti il nucleo familiare in quanto la autocertificazione dovrebbe avere ad oggetto fatti e situazioni proprie del soggetto che dichiara, ma dovrebbero essere autocertificati dai singoli percettori o altrimenti documentati, a meno di non ritenere che il dichiarante certifichi solo quanto a sua diretta conoscenza in ordine al suo nucleo familiare.

In conclusione è opportuno sia il controllo sulle condanne preclusive, sia la richiesta di produrre uno stato di famiglia aggiornato.

◆ Verosimiglianza della dichiarazione, presunzioni relative al reddito.

Per il caso in cui il richiedente l'ammissione dichiari l'inesistenza di qualsiasi reddito occorre motivare in merito agli elementi presuntivi dai quali desumere il superamento del limite reddituale o anche semplicemente l'inverosimiglianza della dichiarazione.

A tale riguardo occorre considerare che: per pronunciarsi sull'ammissione al beneficio, il giudice deve essere messo in condizione di conoscere quale sia il reddito effettivo e non solo quello dichiarato dall'interessato;

l'oggetto della dichiarazione sostitutiva di autocertificazione, quindi, non è la sussistenza delle condizioni di reddito per l'ammissione, bensì i singoli dati reddituali, integrati dai redditi esenti da IRPEF o soggetti a ritenuta alla fonte a titolo d'imposta o a imposta sostitutiva e di ogni altro reddito; la dichiarazione di totale assenza di redditi suoi e del figlio minore convivente protrattasi per tutto l'anno di imposta è inverosimile, tenuto conto delle spese necessarie per alimentarsi e per disporre di un alloggio.

Il dichiarante, che assume l'inesistenza di un qualsivoglia reddito dovrebbe indicare elementi che forniscano una spiegazione della situazione reddituale esposta, quanto meno indicando le fonti di sostentamento, perché altrimenti, proprio l'elemento dell'inverosimiglianza viene a costituire (come in questo caso concretamente costituisce) il concreto elemento per ritenere che l'istante non versi nelle condizioni di cui agli articoli 76 e 92, e, in ogni caso, non può essere accolta la richiesta fondata su una autocertificazione inattendibile.

L'art. 96 al secondo comma prevede infatti che il magistrato eserciti un duplice controllo: quello sull'ammissibilità dell'istanza (art. 78: sottoscrizione; art. 79 contenuti dell'istanza e produzione della documentazione richiesta e necessaria ad accertare la veridicità di quanto dichiarato) e quello sull'effettiva sussistenza delle condizioni di reddito previste; l'art. 96 (penale), al riguardo stabilisce che il magistrato respinge l'istanza se vi sono fondati motivi per ritenere che l'interessato non versa nelle condizioni di cui all'art. 76 e 92, tenuto conto delle risultanze del casellario, del tenore di vita, delle condizioni personali e familiari e delle attività economiche eventualmente svolte.

Queste le indicazioni della giurisprudenza di legittimità: *È legittimo il rigetto dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per insussistenza dei requisiti reddituali desumibili dalle dichiarazioni dell'indagato, che (nella specie: in sede di interrogatorio di garanzia) abbia affermato di svolgere comunque un lavoro che il giudice abbia ritenuto redditizio secondo la comune esperienza, nonostante in atti esistesse autocertificazione circa l'esistenza della condizione di disoccupazione.* (Cass. 31/1/2012 n. 13993). La cassazione Cass. pen 20/10/2010 n. 2616 ha affermato che non merita accoglimento l'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato che, pur attestando l'assenza in capo al richiedente di fonti dirette di reddito, non specifichi l'ammontare di erogazioni, di cui si dà atto genericamente, prove-

nienti, a titolo di sostegno economico, dalla famiglia dello stesso: *“Osservava il Tribunale che nel formulare l'istanza l'istante, dopo avere attestato di non avere redditi, aveva dichiarato di percepire somme a titolo di sostegno economico da parte dei familiari. Tale ultima voce non era specifica, ma indicata in modo generico in violazione dell'art. 79 lett. e) DPR 115/02 ricorso per cassazione il difensore della Leopoldo, lamentando la erronea applicazione della legge ed il difetto di motivazione, laddove il giudice di merito non aveva tenuto conto che il reddito tipizzato dall'art. 76 TU 115/02 è costituito dal reddito imponibile, nell'ambito del quale non rientrano le erogazioni di parenti a titolo di liberalità. Orbene, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 382 del 1985, nell'affrontare la problematica dei limiti di reddito per il patrocinio gratuito, ha precisato che “nella nozione di reddito, ai fini dell'ammissione del beneficio in questione, devono ritenersi comprese le risorse di qualsiasi natura, di cui il richiedente disponga, anche gli aiuti economici (se significativi e non saltuari) a lui prestati, in qualsiasi forma, da familiari non conviventi o da terzi, - pur non rilevando agli effetti del cumulo - potranno essere computati come redditi direttamente imputabili all'interessato, ove in concreto accertati con gli ordinari mezzi di prova, tra cui le presunzioni semplici previste dall'art. 2739 cod. civ., quali il tenore di vita ecc.”.*

Tale indirizzo interpretativo è stato più volte confermato da questa Corte di legittimità laddove si è statuito che *“Ai fini dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, per la determinazione dei limiti di reddito rilevano anche i redditi che non sono stati assoggettati ad imposte vuoi perché non rientranti nella base imponibile, vuoi perché esenti, vuoi perché di fatto non hanno subito alcuna imposizione: ne consegue che rilevano anche i redditi da attività illecite ovvero i redditi per i quali l'imposizione fiscale è stata esclusa”* (ex plurimis, Cass. IV, 45159/05, Bagarella; cfr. anche Corte Cost. sent. n. 144 del 1992).

La ragione dell'esigenza di accertamento degli effettivi redditi percepiti dall'istante, risponde all'esigenza di autorizzare il trasferimento alla Stato una spesa (di difesa tecnica) che la parte da sola non riesce a sostenere, così facendo appello alla solidarietà della collettività. Funzionale a ciò è la disposizione contenuta nella lett. c) dell'art. 79 DPR cit. laddove è previsto che l'istante deve attestare *“... la sussistenza delle condizioni di reddito previste per l'ammissione, con specifica determinazione del reddito complessivo valutabile a tali fini, determinato secondo le modalità indicate dall'art. 76”*. Nel caso di specie correttamente il giudice di merito ha ritenuto che nell'istanza presentata, la indicazione che *“di essere casalinga, disoccupata e priva di fonti dirette di reddito, di vivere con il sostegno economico della mia famiglia”* era carente di specificità, in quanto non indicava l'ammontare di tali erogazioni.”

La Corte di Cassazione (quanto al processo penale) afferma che, per un verso, nei confronti di chi abbia omissso ogni dichiarazione fiscale ai fini della valutazione di ammissibilità al patrocinio, possono essere compiuti accertamenti facendo ricorso agli ordinari mezzi di prova ivi comprese le presunzioni semplici di cui all'art. 2729 c.c., tra le quali rientrano il tenore di vita dell'interessato e dei familiari conviventi e qualsiasi altro fatto indicativo della percezione di redditi leciti o illeciti; per altro verso che il soggetto richiedente l'ammissione al beneficio del gratuito patrocinio abbia solo l'onere di dimostrare con allegazioni adeguate, il suo stato di non abbenza, e spetti invece al giudice verificare l'attendibilità di tali allegazioni, avvalendosi di ogni necessario strumento di indagine, ma tale iter argomentativo presuppone, in ogni caso, la previa corretta individuazione delle presunzioni gravi, precise e concordanti la cui ammissione consenta di ritenere, secondo il prudente apprezzamento del giudice, il superamento dei limiti di reddito prescritti dalla legge. Quanto

ai requisiti di gravità, precisione e concordanza, indicati dall'art. 2729 c.c., perché gli indizi possano assurgere al rango di prova presuntiva, debbono valutarsi con rigore e con adeguato riferimento ai fatti noti, dai quali risalire con deduzioni logiche ai fatti ignorati, il cui significato deve essere apprezzato senza ricorrere ad affermazioni apodittiche, generiche, sommarie o cumulative (Cass. pen 11/3/2014 n. 12405).

La Corte, con riferimento all'art. 3 l. 30 luglio 1990, n. 217, che prevedeva una disposizione analoga all'attuale D.P.R. n. 115 del 2002, art. 76, ha precisato che il criterio secondo cui l'ammissione al gratuito patrocinio si basa sul reddito imponibile risultante dall'ultima dichiarazione dei redditi, si riferisce solo ai soggetti che abbiano effettuato una regolare dichiarazione dei redditi e non a chi abbia ommesso ogni dichiarazione. In tale ultima ipotesi i redditi, ai fini della valutazione di ammissibilità al patrocinio, possono essere accertati facendo ricorso agli ordinari mezzi di prova ivi comprese le presunzioni semplici di cui all'art. 2729 c.c., tra le quali rientrano il tenore di vita dell'interessato e dei familiari conviventi e qualsiasi altro fatto indicativo della percezione di redditi leciti o illeciti (Sez. 3, n. 16583 del 23/03/2011, Polimeni, Rv. 250290; Sez. 1, n. 17430 del 25/01/2001, Lucchese, Rv. 219161).

In una recente pronuncia si afferma che *“Costituisce senz'altro presunzione semplice ai fini della esclusione del beneficio – per chiara volontà del Legislatore – l'aver l'imputato riportato una serie di condanne – ovviamente per reati contro il patrimonio o per motivi di lucro – indicate nel casellario, che depongono per una condizione di abbenza incompatibile con il patrocinio gratuito. E se trattasi di presunzione semplice, legislativamente prevista, non è richiesta nessuna specifica ulteriore disposizione normativa che legittimi – come mostra invece di ritenere il Tribunale – l'inversione dell'onere della prova, inversione che discende appunto dalla presunzione. Si argomenta, inoltre, che palesemente erroneo è nel caso di specie sostenere, in contrasto con la certificazione penale, che non si ravvisa una sequenza così elevata di reati, locuzione francamente poco comprensibile, né sostenere altresì che dagli atti non emerge l'entità dei profitti illeciti tratti dall'attività delittuosa, il che equivale a svuotare di significato il riferimento alle risultanze del casellario di cui al D.P.R. n. 115 del 2002, art. 96, inciso appositamente inserito dal D.L. 23 maggio 2008, n. 92, art. 12 ter comma 1, lett. d). Nella fattispecie che occupa, come rileva il Procuratore Generale, il Presidente del Tribunale ha considerato le condanne risultanti dal certificato penale del P. per reati, consumati e tentati, contro il patrimonio ed i conseguenti redditi illeciti pervenuti al medesimo, ma ha ritenuto che tali proventi non siano quantificabili ed in tal senso non opera quella presunzione cui ha fatto riferimento il ricorrente, basata unicamente sulla lettura del certificato penale, di superamento dei limiti reddituali previsti dal D.P.R. n. 115 del 2002, ostativo al beneficio del patrocinio a spese dello Stato. Il ricorrente non ha dimostrato, con allegazioni adeguate, il suo stato di non abbenza, a fronte delle legittime presunzioni circa i suoi illeciti arricchimenti”* (Cass. pen 15/3/2012 n. 10125).

◆ Presunzioni e condanna non definitiva.

In tema di patrocinio dei non abbienti, è illegittimo il diniego del beneficio fondato su una condanna non definitiva dalla quale possa inferirsi l'esistenza di redditi illeciti, in quanto ai fini dell'indagine sui redditi - che non può avvalersi di automatismi e richiede la disamina della fattispecie concreta - nessun rilievo può attribuirsi a sentenze non irrevocabili, pena il “vulnus” della presunzione di innocenza. (Nella specie il richiedente era stato condannato in primo grado per il reato di rapina da cui aveva tratto un profitto illecito di 27.500 euro e la sentenza non era ancora divenuta definitiva). (Cass. pen. 20/2/2013 n. 18591)

◆ Redditi determinazione.

La rendita per inabilità permanente svolge la funzione di surrogare un reddito da lavoro cessato a causa dell'infortunio che ne costituisce il titolo, risolvendosi, pertanto, in una fonte di sostentamento e di introito per chi la percepisce, con la conseguenza che di essa deve tenersi conto ai fini del calcolo del reddito richiesto per accedere al patrocinio a spese dello Stato. (cfr. Corte costituzionale nn. 144/92 e 382/95) (Cass. 6/3/1999 n. 1934).

Ai fini dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, nel reddito complessivo dell'istante, ai sensi dell'art. 76 del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, deve essere computato anche il reddito di qualunque persona che con lui conviva e contribuisca alla vita in comune. (Nella specie, la Corte ha rigettato il ricorso avverso una decisione che aveva revocato l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato in considerazione dei redditi percepiti dalla madre della convivente “more uxorio” del soggetto beneficiario, anch'essa convivente con quest'ultimo, osservando che la locuzione “componente della famiglia”, cui fa ricorso l'art. 76 citato, a differenza della parola “congiunti”, non si riferisce ad un legame di consanguineità o di natura giuridica) (Cass. 20/9/2012 n. 44121).

La determinazione del reddito ai fini dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato deve tener conto, nell'individuazione di quello complessivo dei familiari conviventi anche dei redditi per legge esenti dall'imposta per le persone fisiche o che sono soggetti a ritenuta alla fonte a titolo d'imposta, ovvero ad imposta sostitutiva. (Nella specie l'imputato aveva falsamente dichiarato i redditi familiari nell'istanza di ammissione al patrocinio, omettendo in particolare di indicare le somme percepite, rispettivamente, dal padre, a titolo di TFR e, dalla sorella, a titolo di indennità di disoccupazione). (Cass. 31/3/2011 n. 25194).

◆ Oneri deducibili.

Per “reddito imponibile” ai fini dell'imposta personale sul reddito, da valutarsi per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, deve intendersi il reddito complessivo al netto degli oneri deducibili indicati nell'art. 10 del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 cosiddetto Testo Unico delle imposte sui redditi (Cass. 23/3/2011 n. 16583). La norma è, quindi, chiarissima nel far riferimento al reddito imponibile risultante dall'ultima dichiarazione. E, secondo le norme in materia tributaria, per reddito imponibile deve intendersi il reddito “al netto degli oneri deducibili”. Per il D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (Testo Unico imposte sui redditi) mentre “il reddito complessivo si determina sommando i redditi di ogni categoria che concorrono a formarlo.” (art. 8), la base imponibile su cui si applica l'imposta è costituita dal “reddito complessivo al netto degli oneri deducibili indicati nell'art. 10” (Art. 3 D.P.R. cit.).

Altra cosa sono il reddito complessivo previsto dal medesimo art. 76, al comma 2 (risultante dalla somma dei redditi percepiti da tutti i componenti il nucleo familiare) o i redditi di natura illecita. Questa Corte, con riferimento alla L. n. 217 del 1990, ha precisato che “in tema di patrocinio dei non abbienti, il criterio stabilito dal L. n. 217 del 1990, art. 3, secondo cui l'ammissione al gratuito patrocinio si basa sul reddito imponibile risultante dall'ultima dichiarazione dei redditi, si riferisce solo ai soggetti che abbiano effettuato una regolare dichiarazione dei redditi e non a chi abbia ommesso ogni dichiarazione. In tale ultima ipotesi i redditi, ai fini della valutazione di ammissibilità al patrocinio, possono essere accertati facendo ricorso agli ordinari mezzi di prova ivi comprese le presunzioni semplici di cui all'art. 2729 c.c.. Tra le quali rientrano il tenore di vita dell'interessato e dei familiari conviventi e qualsiasi altro fatto indicativo della percezione di redditi leciti o illeciti” (cfr. Cass. pen. Sez. 1^ n. 17430 del 25.1.2001 - Lucchese).

Nella determinazione del reddito rilevante ai fini dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato non si tiene conto delle detrazioni o deduzioni stabilite dal legislatore. Invero, nella determinazione

del reddito, da valutarsi ai fini dell'individuazione delle condizioni necessario per l'ammissione al gratuito patrocinio, non si può tener conto di detrazioni o deduzioni stabilite dal legislatore. Si tratta di poste finalizzate alla determinazione concreta dell'imposta da pagare, concetto questo che presenta una configurazione diversa rispetto al reddito imponibile cui fa riferimento al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 76 (D.P.R. in tema di spese di giustizia), che intende dare rilevanza al reddito lordo ed anche a redditi non assoggettabili ad imposta ma indicativi delle condizioni personali, familiari e del tenore di vita dell'istante (Cass. pen. 16/2/2011 n. 28802).

◆ Dichiarazione dei redditi riferimento temporale.

In tema di patrocinio a spese dello Stato, l'ultima dichiarazione per la individuazione del reddito rilevante ai fini dell'ammissione al beneficio, a norma dell'art. 76 d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, è quella per la quale è maturato, al momento del deposito della istanza, l'obbligo di presentazione; la lettera e la funzione del testo di legge escludono dunque con certezza che possa essere richiesta una segnalazione di redditi riferiti ad un tempo per il quale non è ancora maturato l'obbligo di presentazione della denuncia (Cass. Pen. Sez. 4[^], 20/11/2007 Corona; Cass. 5/2/2010 n. 7710).

◆ Variazioni di reddito successive all'ultima dichiarazione dei redditi.

La Cassazione penale ha affermato il seguente principio: *In tema di patrocinio a spese dello Stato, sono rilevanti le variazioni di reddito, intervenute successivamente alla presentazione della dichiarazione dei redditi, le quali comportino un ammontare inferiore del reddito già indicato e consentano l'ammissione al beneficio dell'istante, sul quale, comunque, incombe la prova rigorosa del mutamento successivamente intervenuto* (Cass. 23/6/2011 n. 34456). Testo (stralcio): *A seguito di richiesta dell'Agenzia delle Entrate, il Tribunale di Voghera ha revocato l'ammissione al patrocinio dello Stato di Rossella Marco rilevando che dalla documentazione allegata dalla predetta Agenzia risultava che il Rossella aveva dichiarato nell'anno 2008 un reddito di 13.762,00 Euro, superiore a quello fissato per l'ammissione al beneficio in questione. 2. Avverso tale decreto ha presentato ricorso per cassazione il difensore dell'imputato deducendo il vizio di violazione di legge e contraddittorietà di motivazione. Rappresenta che il Rossella aveva presentato la richiesta di ammissione al patrocinio nell'anno 2009 indicando e certificando che dal marzo dello stesso anno era disoccupato e che i redditi da lavoro dipendente percepiti nei primi due mesi dell'anno, gennaio e febbraio, non superavano i limiti previsti dalla normativa; su tali presupposti il giudice lo aveva ammesso al patrocinio ed era quindi contraddittorio il provvedimento di revoca fondato solo sulla dichiarazione dei redditi dell'anno precedente, tanto più che la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha ammesso che si possa tenere conto delle variazioni di reddito anche in diminuzione avvenute dopo la presentazione della dichiarazione dei redditi.*

Questa Corte (sez. 4[^] 16.11.2005 n.8103 rv.233529) ha già avuto modo di affrontare il problema posto dal ricorrente relativo alla valutazione delle variazioni reddituali, intervenute dopo la presentazione dell'ultima dichiarazione dei redditi, che abbiano fatto scendere il reddito ad un importo inferiore alla somma indicata e tale da non costituire più ostacolo all'ammissione al beneficio ed ha rilevato che, interpretata con criteri meramente letterali la normativa potrebbe condurre ad escludere la rilevanza di tali variazioni, ma che invece un'interpretazione logica e sistematica consente di pervenire a conclusioni diverse. La scelta di utilizzare il criterio di riferimento alla dichiarazione dei redditi è infatti ricollegato alla necessità di utilizzare un criterio oggettivo e predeterminato, sia pure di provenienza di parte, al fine di evitare complessi accertamenti che appesantirebbero ingiustifi-

catamente il processo penale. Ma si può ragionevolmente affermare che la scelta legislativa sia fondata altresì sulla massima di esperienza che, nella normalità dei casi, il reddito tende a rimanere invariato o a crescere e quindi il legislatore non ha ritenuto di disciplinare espressamente il caso della diminuzione rispetto alla presentazione dell'ultima dichiarazione.

Ma poiché questo caso - la diminuzione avvenuta dopo la presentazione della dichiarazione - può ovviamente verificarsi e poiché la fattispecie non è espressamente disciplinata non sembra che da tale omissione possa trarsi la conclusione che la variazione sia irrilevante e che il Giudice dell'ammissione o dell'opposizione non debba tenerne conto. Insomma ne' la lettera della legge ne' lo scopo da essa perseguito autorizzano a ritenere esclusa la possibilità per il richiedente di dimostrare l'intervenuta variazione di reddito a suo sfavore anche perché una diversa interpretazione inciderebbe negativamente sull'effettività della difesa dell'imputato. Con riferimento alle variazioni successive alla definizione del procedimento, la Corte ha affermato che: *In tema di patrocinio dei non abbienti, ai fini delle variazioni di reddito rilevanti per la revoca del beneficio, occorre considerare esclusivamente le variazioni intervenute precedentemente alla definizione del procedimento e dunque sino alla data della sua definizione. (Nella fattispecie, trattandosi di procedimento definito con sentenza passata in giudicato l'8 marzo 2010, la S.C. ha ritenuto che devono rilevare, quanto all'anno 2010, le variazioni di reddito intervenute dall'1/1/2010 all'8/3/2010 e non quelle relative all'intero anno)* (Cass. pen. 10/1/2013 n. 18195).

◆ Autocertificazione reato - falso.

Integrano il delitto di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002 le false indicazioni o le omissioni anche parziali dei dati di fatto riportati nella dichiarazione sostitutiva di certificazione o in ogni altra dichiarazione prevista per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, indipendentemente dalla effettiva sussistenza delle condizioni di reddito per l'ammissione al beneficio. In questa luce la norma penale sottolinea la necessità della compiuta ed affidabile informazione del destinatario che, a fronte della complessità del tenore dell'istanza cui è speculare la valutazione da svolgere, ha urgenza decidere.

La necessità di dettaglio del tenore dichiarativo dell'istanza è significato in maniera risolutiva dal D.P.R. n. 112 del 2002, art. 96, comma 2, che prescrive: "il magistrato... respinge l'istanza se vi sono fondati motivi di ritenere che l'interessato non versa nelle condizioni degli artt. 76 e 92, tenuto conto del tenore di vita, delle condizioni personali e familiari, e delle attività economiche eventualmente svolte". Il che, si è visto, connette tra l'altro le previsioni dell'art. 79, comma 1, lett. b e c, in duplice senso all'art. 92. (Cass. S.U. 27/11/2008 n. 6591).

Integra il solo delitto di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002, e non anche quello di truffa aggravata in esso assorbito ex art. 15 cod.pen., la falsa attestazione o le omissioni anche parziali di fatti riportati nella dichiarazione sostitutiva di certificazione o in ogni altra dichiarazione prevista per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato (Cass. 2/12/2011 n. 8660).

◆ Il reddito e lo straniero.

- **L'attestazione dell'autorità consolare** (art. 79 comma 2 per il cittadino di Stati non appartenenti all'U.E.). Ai sensi dell'art. 94 in caso di impossibilità di produrla è consentita la presentazione di una dichiarazione sostitutiva di certificazione.

- La necessaria specificità dell'attestazione consolare.

In tema di gratuito patrocinio richiesto da cittadino appartenente a Stato extracomunitario, l'attestazione dell'autorità consolare sulla veridicità dell'autocertificazione relativa al reddito non è di per sé idonea a determinare l'ammissione al patrocinio a spese

dello Stato, atteso che è necessaria l'individuazione, anche in forma sintetica, dei concreti elementi acquisiti in merito, al fine di consentire gli eventuali ed opportuni controlli. Ne consegue che l'autorità consolare, al fine di una attestazione utile all'interessato, non può limitarsi a raffrontare l'autocertificazione con i dati di cui eventualmente disponga, ma, in conformità al principio di leale collaborazione tra Stati, ha l'onere di verificare nel merito il contenuto dell'autocertificazione, indicando gli accertamenti eseguiti. (In applicazione del principio di cui in massima la S.C. ha ritenuto immune da censure la decisione con cui il Tribunale ha dichiarato inammissibile la richiesta di un extracomunitario, essendosi l'autorità consolare limitata a dichiarare la veridicità della certificazione 'per quanto a conoscenza' (Cass. 4/12/2012 n. 2828).

L'attestazione dell'autorità consolare che l'autocertificazione relativa al reddito, prodotta, non risulta mendace, non è, di per sé sola, idonea per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, richiedendosi, in aggiunta, che l'autorità consolare indichi, anche in forma sintetica, quali siano gli elementi concreti acquisiti, tali da confortare quella asseverazione, in modo da consentire gli eventuali, opportuni controlli (Cass., Sez. 1^a, 8.3.2001, n. 9661; Cass. 1/7/2004 n. 38718).

- **La possibilità di produzione successiva dell'attestazione consolare.** L'istanza presentata dall'imputato straniero detenuto non può essere dichiarata inammissibile per la mancata produzione della certificazione consolare relativa ai redditi eventualmente prodotti all'estero, ma il decreto di ammissione al beneficio può essere successivamente revocato se entro i termini di legge tale certificazione non viene prodotta. *Se, tuttavia, detto giudice non revoca il decreto di ammissione, non può provvedervi altro giudice (tanto meno invocando un'insussistente causa di inammissibilità della domanda) qualora nel frattempo la certificazione sia stata prodotta, non assumendo detta tardiva produzione carattere invalidante della dichiarazione sostitutiva, ma potendo semmai, a quel punto, essere considerata ridondante. Nè può essere confusa l'ipotesi di revoca dianzi indicata con quella di cui all'art. 112, comma 1, lett. d) che va disposta, anche se il processo è ormai definito (purché non oltre cinque anni dalla sua definizione), qualora risulti provata la mancanza, originaria o sopravvenuta, delle condizioni di reddito di cui agli artt. 76 e 92. Ipotesi quest'ultima estranea al caso in esame, in cui non risultava essersi verificato detto presupposto di fatto (l'accertato difetto, originario o sopravvenuto, delle condizioni di reddito), ma si trattava soltanto della mancanza della certificazione consolare, necessaria al fine di consentire al giudice di verificare la veridicità della dichiarazione sostitutiva.* (Cass. pen 15/1/2009 n. 17003).

La mancata produzione, entro venti giorni dalla data di presentazione dell'istanza, dell'autocertificazione attestante la sussistenza delle condizioni di reddito e della certificazione dell'autorità consolare sulla veridicità delle sue dichiarazioni, comporta la revoca del provvedimento di ammissione al patrocinio a spese dello Stato, a norma dell'art. 10, comma 1, della legge n. 217/1990 (Cass., pen, 22.1.2003, n. 3024. Bejai Fathi);

- **Redditi prodotti all'estero:** attestazione di veridicità dell'autorità consolare (art. 79 comma 2) o, in caso di impossibilità di produrla, dichiarazione sostitutiva di certificazione ai sensi dell'art. 94, comma 2.

- **La certezza delle generalità:** È legittimo il provvedimento con cui il giudice respinge la domanda di ammissione al patrocinio a spese dello Stato presentata dallo straniero di cui si abbia fondato motivo di ritenere che le generalità indicate nell'autocertificazione non siano esatte, in quanto l'incertezza sull'identità

dell'istante impedisce di eseguire le verifiche sulle sue condizioni per l'ammissione al beneficio ai sensi degli artt. 96 commi secondo e terzo e 98 comma secondo del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (Cass. 24/3/2004 n. 22912).

1.4 Il provvedimento di ammissione nel processo penale e nel processo civile.

Nel processo penale, ai sensi dell'art. 96 è competente ad ammettere o a non ammettere l'interessato al pss il magistrato che procede o il magistrato che ha emesso il provvedimento impugnato se procede la cassazione.

Nel processo civile ai sensi dell'art. 126 il Consiglio dell'Ordine (ai sensi dell'art. 124 è il Consiglio dell'Ordine del luogo in cui ha sede il magistrato davanti al quale pende in processo o quello del luogo in cui ha sede il magistrato competente a conoscere il merito o se il processo pende davanti alla Cassazione quello del luogo in cui ha sede il magistrato che ha emesso il provvedimento impugnato) ammette in via anticipata e provvisoria dopo avere verificato:

- l'ammissibilità (ossia il rispetto dei requisiti di ammissibilità dell'istanza ex art. 79)
- che alla stregua della dichiarazione sostitutiva di certificazione ricorrano le condizioni di reddito;
- che le pretese che l'interessato intende far valere non appaiano manifestamente infondate.

L'ammissione è definita anticipata con una terminologia che allude ad un successivo provvedimento del giudice che in effetti era previsto dall'art. 15 terdecies quarto comma della precedente legge 134/2001 "quando non debba provvedere a modifica o revoca il giudice con l'atto che definisce il merito pronuncia anche sull'ammissione al pss pronunciata dal Consiglio dell'Ordine).

Tuttavia nel T.U. questa previsione è stata soppressa e di conseguenza i poteri del giudice civile restano ricompresi in quanto previsto dall'art. 136 in materia di revoca, così che la revoca svolge anche le funzioni di diniego di ammissione e la mancata revoca di conferma del provvedimento di ammissione.

Il provvedimento dell'Ordine è trasmesso al magistrato competente ai sensi dell'art. 126 e se il processo non è ancora iniziato al presidente della sezione competente (cfr. seppure con riferimento alla diversa fattispecie del rigetto dell'istanza, Cass. L. 15/5/2009 n. 11364).

◆ Ambito di efficacia dell'ammissione.

L'art. 75 detta una regola generale per la quale l'ammissione al pss è valida per ogni grado e fase del processo e per tutte le eventuali procedure derivate e accidentali comunque connesse; è quindi compresa anche l'assistenza a chi debba essere sottoposto ad esame quale persona imputata in procedimento connesso ex art. 210 c.p.p. (Cass. 11/6/2002 n. 26393).

Invece per l'art. 120 nel processo civile, se la parte ammessa al beneficio rimane soccombente non può utilizzare il beneficio per proporre impugnazione e deve perciò proporre una nuova istanza di ammissione per l'appello o il reclamo, salvo che per l'azione di risarcimento del danno nel processo penale; a contrariis, per la parte vittoriosa l'ammissione mantiene la sua efficacia anche nei successivi gradi.

Il difensore può nominare un sostituto anche fuori elenco (Cass. pen., SS.UU., 13.07.2004 n. 30433).

2. La revoca e il diniego dell'ammissione.

2.1. provvedimento e procedimento nel processo penale – competenza – revoca di ufficio – impugnazione.

Per il processo penale la revoca dell'ammissione è disciplinata dall'art. 112 quanto alla forma del provvedimento (de-

creto), ai casi di revoca, al giudice competente e agli obblighi di comunicazione (avviso all'interessato o, se detenuto, notifica ex art. 156 c.p.p.) e dall'art. 113 quanto al ricorso avverso la revoca disposta su richiesta dell'ufficio finanziario. Il venir meno dell'ammissione al pss può inoltre verificarsi nei casi previsti dall'art. 91 lett. b) ossia se il richiedente è assistito da più di un difensore o ai sensi dell'art. 95 per effetto della condanna che accerti falsità o omissioni nelle dichiarazioni e nell'autocertificazione.

La preventiva pronuncia ammissiva del giudice in assenza di idonea documentazione si giustifica con la ristrettezza del termine previsto dall'art. 96, comma 1, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 per l'emanazione del provvedimento, che, a sua volta, trova fondamento nelle esigenze di immediata tutela del diritto di difesa. In tale ipotesi, deve ritenersi sussistente non solo il successivo potere del giudice di verificare - chiedendo informazioni alla parte o delegando la Guardia di finanza ai sensi dell'art. 96, comma 2, del d.P.R. 115 cit. - l'assenza delle condizioni reddituali di cui agli artt. 76 e 92 (analogamente a quanto previsto dall'art. 79, comma 3), ma anche quello di revocare con effetto "ex tunc" il provvedimento originariamente concesso. Tale ipotesi va tenuta distinta sia da quella della mancata tempestiva comunicazione della variazione delle condizioni esistenti al momento della proposizione dell'istanza, di cui all'art. 79, comma 1, lett. d), del richiamato d.P.R. n. 115 del 2002, sia da quella, prevista dall'art. 112, comma 1, lett. d) del medesimo d.P.R., del successivo accertamento, da parte del magistrato competente, della insussistenza dei presupposti di ammissione, emergente da indagini o conoscenza di nuovi fatti non conoscibili al momento della presentazione dell'istanza (Cass. 19/3/2014 n. 6292); ritengo, tuttavia, che l'ipotesi sia già considerata dall'art. 112 che accorda al magistrato il potere di revoca anche all'esito delle integrazioni richieste ex art. 96 comma 2 e 3.

Con riferimento alla mancanza originaria o sopravvenuta delle condizioni di reddito, la giurisprudenza precedente alla modifica di cui al D.L. 115 del 2005, riteneva che il giudice non potesse esercitare il potere di revoca di ufficio, ma solo su richiesta dell'Ufficio Finanziario.

La richiamata modifica (v. art. 112 lett. d) ha invece attribuito al giudice il potere di revoca di ufficio anche con riferimento alle condizioni di reddito da esercitare non oltre 5 anni dalla definizione del processo (v. art. 112 lett. d, seconda parte) e pertanto anche dal giudice della liquidazione, posto che non v'è più un giudice che procede.

◆ Efficacia retroattiva della revoca.

la revoca del beneficio per difetto originario delle condizioni di reddito ha effetto retroattivo anche sui diritti del patrocinatore che pertanto non potrà richiedere all'Amministrazione i compensi professionali per l'attività svolta fino al provvedimento di revoca (Cass. pen. 15/1/2014 n. 9357).

L'art. 113 contempla solo il ricorso (per Cassazione) contro il decreto che decide sulla richiesta di revoca disposta su richiesta dell'Ufficio finanziario se risulta provata la mancanza originaria o sopravvenuta delle condizioni di reddito, mentre non è regolamentata l'impugnazione nel caso di revoca disposta per gli altri motivi.

In ordine al mezzo impugnatorio la Cassazione (Cass. pen. 26/5/2010 n. 20087), ha enunciato il seguente principio: *la consolidata giurisprudenza di questa Corte anche a Sezioni unite (S.U. 14/07/2004 Rv. 228667) ha condivisibilmente affermato che il provvedimento di revoca dell'ammissione al patrocinio disposto a norma del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 112, è im-*

pugnabile, , negli stessi termini e con i medesimi rimedi stabiliti dal precedente art. 99 relativo al rigetto dell'istanza di ammissione. Tale indirizzo trova giustificazione nel fatto che, poiché la situazione che viene a determinarsi a seguito della revoca è analoga a quella scaturente dall'originario diniego di ammissione al beneficio, deve ritenersi che il provvedimento sia impugnabile con le stesse modalità previste per il caso di reiezione della domanda.

Pertanto non v'è dubbio alcuno che anche per la revoca nel processo penale è stabilito il termine di venti giorni dalla notifica in applicazione estensiva del termine previsto dall'art. 99. Nella stessa sentenza si è rilevato che il provvedimento di revoca del decreto di ammissione al patrocinio a spese dello Stato adottato d'ufficio non è direttamente ricorribile per cassazione, come invece è quello di revoca per sollecitazione dall'ufficio finanziario competente, ma è esclusivamente reclamabile dinanzi al presidente dell'ufficio giudiziario cui appartiene il giudice che ha disposto la revoca.

V. anche Cass. 17/12/2009 n. 48354 ord.: *Il provvedimento di revoca del decreto di ammissione al patrocinio a spese dello Stato adottato d'ufficio non è ricorribile per cassazione, come invece è quello di revoca per sollecitazione dall'ufficio finanziario competente, ma è esclusivamente reclamabile dinanzi al presidente dell'ufficio giudiziario cui appartiene il giudice che ha disposto la revoca.*

La competenza presidenziale è ritenuta delegabile, ma è inderogabile la composizione monocratica e non collegiale del giudice che decide sul ricorso, anche se il provvedimento di diniego sia stato emesso da un organo collegiale (v. Cass. pen. 14/11/2012 n. 44189: *Invero, l'art. 99 D.P.R. 115/2002 prevede il ricorso, avverso il provvedimento di rigetto dell'istanza di ammissione al gratuito patrocinio, da proporsi innanzi al Presidente del Tribunale ovvero al Presidente della Corte di Appello ai quali appartiene il magistrato che ha emesso il provvedimento di rigetto. Analogo reclamo, ai sensi dell'art. 99, va proposto dall'interessato nel caso di revoca d'ufficio dell'ammissione al gratuito patrocinio (in tal senso, depone quanto stabilito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza del 14/07/2004 n. 19 - Pangallo -, anche tenuto conto della modifica apportata dalla legge 17/08/2005 n. 168 all'art. 112 D.P.R. 115/2002). Nel caso di specie, detto reclamo è stato correttamente presentato da B.L. . Peraltro, la relativa decisione è stata adottata dal Tribunale in composizione collegiale e non, come stabilito dall'art. 99, dall'organo monocratico nella persona del Presidente del Tribunale o di un suo delegato. Ne discende la violazione della competenza funzionale stabilita nel caso in esame).*

L'art. 99, quanto al procedimento, rinvia al processo speciale previsto per gli onorari di avvocato specificando che l'ufficio giudiziario procede in composizione monocratica.

In ordine al procedimento di impugnazione della revoca si pone lo stesso problema che si pone per l'impugnazione del diniego di ammissione ex art. 99 in relazione alla portata della norma che stabilisce che il procedimento è quello speciale previsto per gli onorari di avvocato.

◆ La giurisprudenza della cassazione sulla revoca dell'ammissione al pss., che afferma la competenza del giudice penale.

Il ricorso per cassazione promosso, ai sensi dell'art. 99, comma 4, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, avverso il provvedimento del tribunale che, nell'ambito di un procedimento penale, abbia fissato la concreta decorrenza del provvedimento di revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, introduce una controversia che rientra nell'ambito delle competenze delle Sezioni penali della Corte di cassazione, non avendo ad oggetto l'opposizione al decreto di liquidazione dei compensi ai custodi ed ausiliari del giudice,

di cui all'art. 170 del medesimo decreto (il Tribunale di Milano, 6^a sezione penale, aveva statuito, in parziale accoglimento del ricorso proposto dall'interessato ammesso al pss che la revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, disposta nei suoi confronti, aveva efficacia a decorrere dal 26 luglio 2008, data di entrata in vigore della L. 24 luglio 2008, n. 125, e non ex tunc) (Cass. 23/2/2011 n. 4407) testo: *in forza di quanto statuito da Cass., sez. un., 3 settembre 2009, n. 19161, detta competenza (la competenza civile) è stata infatti riconosciuta esclusivamente in ordine ai ricorsi che nascono dal procedimento di opposizione, ex art. 170 del citato testo unico, al decreto di liquidazione dei compensi ai custodi ed agli ausiliari del magistrato (oltre che ai decreti di liquidazione degli onorari dovuti ai difensori nominati nell'ambito del patrocinio a spese dello Stato), indipendentemente dalla circostanza che il decreto di liquidazione sia stato pronunciato in un giudizio penale; nella impugnazione suindicata, invece, ciò di cui si discute è, non l'opposizione al decreto di liquidazione, bensì la legittimità dell'efficacia, ex nunc anziché ex tunc, del provvedimento di revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nel procedimento penale; che questa materia, ad avviso del Collegio, rientra nell'ambito delle competenze delle sezioni penali della Corte di cassazione (cfr. Cass. pen., sez. 4, 14 luglio 2010, n. 32057; Cass. pen., sez. 4, 22 giugno 2010, n. 34668; Cass., sez. 4, 29 aprile 2010, n. 20087).*

◆ **La non impugnabilità con il ricorso immediato in cassazione.**

Il provvedimento di revoca d'ufficio dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato è opponibile con il ricorso di cui all'art. 99 e non può essere impugnato con ricorso immediato per cassazione. (Nella specie, la Corte ha ritenuto che l'opposizione avverso il provvedimento di revoca reso d'ufficio dalla Corte d'assise fosse di competenza del Presidente del Tribunale al quale, qualificata l'impugnazione come ricorso "ex" art. 99 cit., ha disposto trasmettersi gli atti) resta invece ricorribile in Cassazione la revoca disposta ai sensi dell'art. 113 su richiesta dell'Ufficio (Cass. pen. n. 32057 del 2010) testo: *La Corte d'Assise di Siracusa, con ordinanza in data 16 dicembre 2008, revocava di ufficio il provvedimento di ammissione di ... al patrocinio a spese dello Stato, sul rilievo delle intervenute innovazioni, ai sensi della L. n. 125 del 2008 (c.d. pacchetto sicurezza), in ordine alle condizioni per l'ammissione al beneficio in argomento. Con atto depositato il ... presso la Cancelleria della detta Corte il difensore del ... ha proposto ricorso per cassazione contestando la competenza della Corte d'Assise (sul rilievo che avrebbe dovuto pronunciarsi la Corte d'Assise d'Appello cui gli atti erano stati trasmessi per l'impugnazione avverso la sentenza di primo grado. Il Procuratore Generale presso questa Corte, con la sua requisitoria scritta, ha chiesto che, previa qualificazione del ricorso come reclamo D.P.R. n. 115 del 2002, ex art. 99, gli atti siano trasmessi al giudice competente a decidere come è stato ritenuto dalle Sezioni Unite di questa Suprema Corte (sentenza n. 36168 del 14/7/2004, Pangallo), il provvedimento di revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato è impugnabile, anche nell'ipotesi di sua adozione di ufficio, negli stessi termini e con i medesimi rimedi stabiliti dall'art. 99 dello stesso testo normativo. Testo: Quanto alla individuazione del giudice competente a decidere su tale gravame, in relazione alla concreta fattispecie trattandosi di provvedimento adottato dalla Corte d'Assise, valgono le considerazioni che seguono. L'art. 170, richiamato dal D.P.R. n. 115 del 2002, art. 84, stabilisce che l'opposizione in questione va proposta "al presidente dell'ufficio giudiziario competente", "il processo è quello speciale previsto per gli onorari di avvocato" (vale a dire la L. n. 794 del 1942, art. 29, che a sua volta evoca il presidente del Tribunale o della Corte di Appello) e l'ufficio giudiziar-*

rio procede in composizione monocratica. La L. n. 217 del 1990, art. 12, stabiliva che l'opposizione andava proposta "davanti al Tribunale o alla Corte di appello alla quale appartiene il giudice che ha emesso il provvedimento", ed il nuovo testo normativo - pur nella più sintetica espressione letterale adottata - non ha in alcun modo derogato a tale disposizione, tenuto conto del carattere essenzialmente compilativo, e non derogatorio, del nuovo D.P.R. n. 115 del 2002 rispetto alle precedenti disposizioni. Ed al riguardo ha già precisato questa Suprema Corte (in particolare con la decisione delle Sezioni Unite, Di Dona) che quel rapporto "postula non già un legame meramente territoriale tra il decidente in prime cure e il giudice del gravame..., bensì di natura organica e funzionale", sicché tale legame non caratterizza i rapporti con "alcuni organi connotati da spiccata indipendenza o addirittura da specialità in senso stretto", quali il magistrato ed il Tribunale di sorveglianza, il Tribunale per i minorenni, il Tribunale militare, la Corte militare d'appello": di tal che, il riesame dei decreti adottati in prime cure da questi giudici va necessariamente attribuito alla competenza degli stessi tribunali - di sorveglianza, per i minorenni e militari - o della stessa Corte militare d'appello. Orbene, la Corte di Assise non è affatto connotata, rispetto al Tribunale, da "spiccata indipendenza o addirittura da specialità in senso stretto", costituendo, invece, essa, dopo l'entrata in vigore del D.P.R. n. 449 del 1988, solo una articolazione, interna e permanente, del Tribunale o della Corte di appello (Cass., Sez. 1, n. 1109/1997, conflitto di competenza in proc. Grillo e altri). Ne deriva che il giudice competente a decidere sulla opposizione al provvedimento di revoca di ufficio dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, emesso dalla Corte di Assise, è, ai sensi del combinato disposto del D.P.R. n. 115 del 2002, artt. 84 e 170, il Presidente del Tribunale posto che la Corte di Assise è, appunto, una articolazione interna e permanente del Tribunale. Il ricorso per cassazione proposto nell'interesse del ... va, dunque, qualificato come ricorso D.P.R. n. 115 del 2002, ex art. 99 e gli atti vanno trasmessi al Presidente del Tribunale di Siracusa per l'ulteriore corso (Cass. pen., n. 32057/2010).

◆ **Il mezzo di impugnazione non è l'immediato ricorso in Cassazione, ma l'opposizione.**

In tema di gratuito patrocinio, avverso il provvedimento di revoca ex ufficio dell'ammissione al beneficio - nella specie adottato dalla Corte di Assise - non è esperibile il ricorso per cassazione - mezzo previsto unicamente nel caso in cui la revoca sia disposta su richiesta dell'ufficio finanziario - ma l'opposizione ex art. 99 d. P. R. n. 115 del 2002. Ne consegue che, in tal caso, il ricorso deve essere qualificato come opposizione e trasmesso al Presidente del Tribunale, competente, ai sensi del combinato disposto degli art. 84 e 170 del d. P.R. n. 11 del 2002, a decidere, in quanto la Corte di Assise è una articolazione interna e permanente del Tribunale (Cass. pen. 17/5/2012 n. 34764); in altri termini, la cassazione ha valorizzato la formulazione letterale dell'art. 113 nel suo riferimento al solo decreto che decide sulla richiesta di revoca e quindi non al decreto pronunciato di ufficio, senza richiesta alcuna.

◆ **Il rito nei procedimenti opposizione a diniego di ammissione, opposizione avverso la revoca dell'ammissione di competenza del giudice penale (Cass. pen. S.U. 24/5/2004 n. 30181).**

L'art. 14 del d.lgs. n. 150/2011 (semplificazione dei riti civili) stabilisce che le controversie previste dall'art. 28 L. 794 del 1942 (ossia la norma che regola il procedimento speciale previsto per gli onorari di avvocato) sono regolate dal rito sommario di cognizione e che il Tribunale decide in composizione collegiale, ma questa normativa, specificamente dettata per i processi civili, non può essere applicata anche

in un procedimento che si innesta in un procedimento penale e che ne assume le caratteristiche, come quelli di impugnazione dei dinieghi di ammissione a pss o delle revocche nel processo penale.

Il richiamo alla procedura camerale prevista dall'art. 29, L. 13 giugno 1942, n. 794, per gli onorari di avvocato, è da intendersi, per il procedimento penale, riferito al contraddittorio del rito camerale posto che il D.Lvo riguarda solo la semplificazione dei riti civili di cognizione.

Va infatti osservato che, come già rilevato dalla Cassazione a S.U., gli elementi di specialità caratterizzanti il procedimento per l'ammissione al patrocinio a carico dello Stato, consentono di qualificare quest'ultimo come un procedimento collaterale e secondario rispetto al rapporto processuale penale principale, di cui è indiscutibilmente una procedura accessoria, intesa a garantire la difesa del soggetto nel giudizio penale di cognizione ordinaria. Dal che discende che tale sub-procedimento va necessariamente coordinato, per le fasi non specificamente disciplinate, con le disposizioni generali previste dall'ordinamento per il procedimento principale con il quale si trova in rapporto di incidentalità (Cass. pen. S.U. 24/5/2004 n. 30181).

Gli artt. 28 e 29 della L. n. 794 del 1942, richiamati dal D.P.R. n. 115 del 2002, delineano invece una disciplina improntata ai "tipici moduli del rito civilistico".

Secondo alcuni si configurerebbe una procedura di tipo misto che segue le regole del rito penale per quanto riguarda la competenza del giudice e segue le regole del rito civile per quanto riguarda i termini per l'opposizione, la legittimazione processuale, l'onere della prova e il carico delle spese processuali, ma proprio la natura penalistica del contenzioso che viene introdotto mi porta a condividere quanto affermato in un recente sentenza della cassazione penale in materia di opposizione a decreto di liquidazione, ma con principi applicabili anche alle opposizioni ex artt. 99 e 112.

“La procedura da seguire non potrà che essere quella civile se il procedimento ha natura civile, quella penale se il procedimento ha natura penale. Il rinvio alle regole del processo speciale previsto per gli onorari di avvocato, contenuto all'art. 170, stesso Decreto, comma 2, è un evidente riferimento al rispetto del contraddittorio camerale in quanto il giudizio di opposizione si caratterizza anche in questo caso per essere un'eventuale prosecuzione del procedimento decisorio che prevede una prima fase senza contraddittorio ed una seconda fase caratterizzata dal contraddittorio. Ne consegue che la competenza ad occuparsi dell'opposizione al decreto di liquidazione del compenso agli ausiliari del giudice è del presidente del tribunale del luogo in cui ha operato il giudice che ha emesso il decreto, il quale decide secondo la speciale procedura prevista dalla L. n. 794 del 1942, art. 29 con ordinanza da trattare secondo le regole proprie del rito penale, se il procedimento ha natura penale.

Conferma in tal senso si rinviene nella sentenza delle Sezioni Unite n. 25 del 24/11/99, che risolvendo tra l'altro la questione afferente la competenza in merito alla cognizione dei ricorsi avverso i decreti emessi nel procedimento penale o in quello penale militare in materia di rigetto dell'istanza di ammissione, revoca o modificazione del patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti, nonché di liquidazione dei compensi professionali, ha affermato che competente a decidere è il giudice penale collegiale (tribunale o corte d'appello) - individuato in base al criterio di appartenenza funzionale del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato - il quale decide, secondo la speciale procedura prevista dalla L. n. 794 del 1942, art. 29, con ordinanza suscettibile di ricorso per cassazione, da trattare e decidere in base alle regole procedurali proprie del rito penale”(Cass. pen 17/2/2009 n. 14985).

Non è prevista la comunicazione al difensore, ma solo all'interessato con la conseguenza che la comunicazione al difensore è inidonea per la decorrenza dei termini per la proposizione del ricorso (Cass. pen. 10/6/2009 n. 32934).

2.2. Provvedimento e procedimento nel processo civile. Per il processo civile la revoca dell'ammissione al pss è disciplinata dall'art. 136 quanto:

- ai presupposti (sopravvenienza di modifiche delle condizioni reddituali, insussistenza dei presupposti per l'ammissione, l'aver agito o resistito con colpa grave);
- alla forma del provvedimento (decreto);
- al magistrato competente (il magistrato che procede);
- agli effetti retroattivi o meno della revoca.

Non è invece disciplinato il procedimento di impugnazione. In ordine al **mezzo di impugnazione** si è affermata (Cass. civ 23/6/2011 n. 13807) l'applicabilità della disciplina prevista dall'art. 170 e non la disciplina penalistica ex artt. 99 e 112 e 113: *Osserva la Corte che la individuazione del mezzo impugnatorio avverso il provvedimento di revoca della ammissione al patrocinio a spese dello Stato in sede civile ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 136, va ricercata, in mancanza di espressa previsione normativa, piuttosto che nella disciplina penalistica dettata dal D.P.R. n. 115 del 2002, artt. 99, 112 e 113, nell'art. 170 del citato D.P.R., che pur rivolto a regolare l'opposizione ai decreti di pagamento in favore dell'ausiliario, del custode e delle imprese private incaricate della demolizione e riduzione in pristino deve ritenersi estensibile alle opposizioni ai provvedimenti di revoca della ammissione deliberati dal giudice civile, configurando tale disposizione un rimedio generale contro tutti i decreti in materia di liquidazione, che non sono provvedimenti definitivi e decisori, ma mere liquidazioni o rifiuti di liquidazione, e quindi esperibile necessariamente contro un decreto del magistrato del processo che la rifiuti* (Cass. 2011 n. 9748).

Per quanto attiene alla revoca del beneficio nel processo civile, l'art. 136 del predetto D.P.R. (che reca la disciplina del procedimento e dei presupposti di revoca) nulla dispone in ordine ai relativi rimedi. Osserva la Corte che la individuazione del mezzo impugnatorio avverso il provvedimento di revoca della ammissione al patrocinio a spese dello Stato in sede civile ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 136, va ricercata, in mancanza di espressa previsione normativa, piuttosto che nella disciplina penalistica dettata dal D.P.R. n. 115 del 2002, artt. 99, 112 e 113, nell'art. 170 del citato D.P.R., che pur rivolto a regolare l'opposizione ai decreti di pagamento in favore dell'ausiliario, del custode e delle imprese private incaricate della demolizione e riduzione in pristino deve ritenersi estensibile alle opposizioni ai provvedimenti di revoca della ammissione deliberati dal giudice civile, configurando tale disposizione un rimedio generale contro tutti i decreti in materia di liquidazione, che non sono provvedimenti definitivi e decisori, ma mere liquidazioni o rifiuti di liquidazione, e quindi esperibile necessariamente contro un decreto del magistrato del processo che la rifiuti (così Cass. 2011 n. 9748).

A tale giurisprudenza ha dato continuità Cass. 23/9/2013 n. 21685 (affermando l'applicabilità dell'art. 170 e, quindi l'ammissibilità dell'opposizione al presidente dell'ufficio giudiziario competente), pur dando conto di un precedente difforme dava conto di un precedente (Cass. 26966/11) difforme, osservando che *“la tesi esposta da Cass. 13807/11 appare preferibile rispetto all'altra, peraltro soggetta a distinguo, sostenuta dalla decisione impugnata e da Cass. 26966/11, per l'evidente maggior similitudine delle ipotesi considerate. Va ora aggiunto che a completare l'apparato motivazionale, smentendo la*

tesi accolta dal tribunale di Genova, può essere addotto quanto ha osservato nel 2012 la prima sezione civile. Nell'aderire alla tesi propugnata da Cass. 13807/11, Cass. 12719/12 reca: "A tale precedente si ritiene di aderire: solo adducendo, a titolo di argomentazione integrativa, il rilievo della natura meramente compilativa del predetto Testo unico, emesso su delega contenuta alla L. 8 marzo 1999, n. 50, art. 7, come modificato dalla L. 24 novembre 2000, n. 340, art. 1, comma 6, che assegnava al legislatore delegato il mandato di coordinare e armonizzare la legislazione previgente: con un puntuale vincolo per le innovazioni apportabili, informate alla coerenza logica e sistematica della normativa da coordinare (Corte costituzionale 389/2002; Corte costituzionale 458/2002; Corte costituzionale 212/2003, Corte costituzionale 304/2003). Ne consegue che in nessun modo le singole norme del Testo unico possono essere interpretate nel senso di modificare la disciplina in senso riduttivo delle tutele sostanziali e procedurali già riconosciute dalla normativa precedente. Al riguardo, la L. 30 luglio 1990, n. 217 (Istituzione del patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti) all'art. 10 (Modifica o revoca del decreto di ammissione al patrocinio a spese dello Stato) richiamava, ai fini delle impugnazioni, l'art. 6, commi 4 e 5, (Procedura per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato), che consentiva all'interessato che avesse visto rigettata la sua istanza di proporre ricorso davanti al tribunale o alla corte d'appello ai quali apparteneva il giudice che aveva emesso il decreto di rigetto il cui provvedimento era poi ricorribile per cassazione, per violazione di legge. Tale sistema, come detto, non può ritenersi abrogato per effetto dell'omessa reiterazione nel Testo unico vigente di un analogo sistema di impugnazioni nell'ambito del processo civile".

Nella fattispecie l'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato, era stata accolta, in via provvisoria e anticipata, dall'Ordine degli Avvocati di Genova. Concluso il procedimento, il difensore depositava istanza di liquidazione delle spese di lite da parte del giudice del procedimento. Il giudice del Tribunale di Genova rigettava l'istanza di liquidazione e revocava l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato. Era quindi proposta opposizione al provvedimento, ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 170 con ricorso al Presidente del Tribunale, ma il Tribunale di Genova, in composizione monocratica, dichiarava inammissibile l'opposizione.

◆ **Le conseguenze della ritenuta applicabilità dell'art. 170.** L'art. 170 come modificato dal D.lgs n. 150 del 2011 così dispone: *Avverso il decreto di pagamento emesso a favore dell'ausiliario del magistrato, del custode e delle imprese private cui è affidato l'incarico di demolizione e riduzione in pristino, il beneficiario e le parti processuali, compreso il pubblico ministero, possono proporre opposizione (nella nuova formulazione scompare la frase "nel termine di 20 giorni dall'avvenuta comunicazione al presidente dell'ufficio giudiziario competente") L'opposizione è disciplinata dall'articolo 15 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150.*

Sono stati espressamente abrogati i commi che così disponevano:

2. Il processo è quello speciale previsto per gli onorari di avvocato e l'ufficio giudiziario procede in composizione monocratica.
3. Il magistrato può, su istanza del beneficiario e delle parti processuali compreso il pubblico ministero e quando ricorrono gravi motivi, sospendere l'esecuzione provvisoria del decreto con ordinanza non impugnabile e può chiedere a chi ha provveduto alla liquidazione o a chi li detiene, gli atti, i documenti e le informazioni necessari ai fini della decisione

L'art. 15 dispone che:

1. Le controversie previste dall'articolo 170 del decreto del Presi-

dente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, sono regolate dal rito sommario di cognizione, ove non diversamente disposto dal presente articolo.

2. Il ricorso è proposto al capo dell'ufficio giudiziario cui appartiene il magistrato che ha emesso il provvedimento impugnato. Per i provvedimenti emessi da magistrati dell'ufficio del giudice di pace e del pubblico ministero presso il tribunale è competente il presidente del tribunale. Per i provvedimenti emessi da magistrati dell'ufficio del pubblico ministero presso la corte di appello è competente il presidente della corte di appello.

3. Nel giudizio di merito le parti possono stare in giudizio personalmente.

4. L'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato può essere sospesa secondo quanto previsto dall'articolo 5.

5. Il presidente può chiedere a chi ha provveduto alla liquidazione o a chi li detiene, gli atti, i documenti e le informazioni necessari ai fini della decisione.

6. L'ordinanza che definisce il giudizio non è appellabile. (il che significa che è ricorribile per cassazione).

L'art. 170 comporta l'applicazione di queste regole:

- a) la forma del ricorso;
- b) il termine non è previsto ma si ritiene applicabile il termine di 30 gg. dalla comunicazione;
- c) la competenza è del Presidente del Tribunale o del Presidente della Corte di Appello che ovviamente può delegare (giudice in composizione monocratica);
- d) il rito è quello sommario di cognizione e l'ordinanza conclusiva è ricorribile in cassazione.

2.3. Il termine per l'opposizione in applicazione del rito sommario (civile).

◆ Decorrenza.

Il termine per l'opposizione decorre dalla comunicazione ex art. 136 c.p.c., ma si rinvengono pronunce secondo le quali si ammettono atti equipollenti (v. per riferimenti Cass. 4/7/2013 n. 17717; v. anche Cass. 9421 del 2012: *Con l'estrazione di copia autentica, la parte acquisisce conoscenza formale del provvedimento, all'esito di un'attività istituzionale della cancelleria, che impone l'individuazione del soggetto che richiede la copia e del soggetto che la ritira, nonché l'annotazione della data di rilascio della copia stessa, avendosi, quindi, al pari della "presa visione", una forma equipollente della comunicazione di cancelleria. (Principio affermato con riferimento al processo del lavoro, in fattispecie nella quale, depositato il ricorso di appello, l'appellante, pur non avendo ricevuto comunicazione del decreto di fissazione dell'udienza, ne aveva estratto copia, facendo così decorre il termine per la notifica all'appellato).*

In tema di spese di giustizia, il "dies a quo" del termine per l'opposizione avverso il provvedimento di liquidazione del compenso agli ausiliari del giudice, previsto dall'art. 170 del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, nel testo "ratione temporis" applicabile, decorre dalla comunicazione del decreto, effettuata ai sensi degli artt. 136 e seguenti cod. proc. civ. o con forme equipollenti, idonee ad assicurare l'effettiva ed integrale conoscenza dello stesso ai fini dell'esercizio della facoltà di impugnazione (Cass. 4/7/2013 n. 16717 Ord.); Nella specie, in applicazione dell'enunciato principio, è stata ritenuta tardiva l'opposizione proposta oltre il termine di venti giorni dalla comunicazione di copia del provvedimento di liquidazione alla parte onerata eseguita dall'ausiliare, accompagnata dalla richiesta di pagamento, cui aveva fatto seguito il deposito, da parte del medesimo onerato, di un'istanza al giudice di revoca del decreto.

Il decreto di liquidazione dei compensi all'ausiliario del giudice, al pari di ogni altro provvedimento giurisdizionale, deve

essere comunicato ai sensi degli artt. 136 e segg. cod. proc. civ., ovvero con forme equipollenti, che però non possono prescindere da un'attività del cancelliere, organo infungibilmente deputato a tale incombenza processuale, non potendo ad esso sostituirsi la parte privata con una modalità informativa di carattere extragiudiziale, operata direttamente nei confronti della controparte personalmente, giacché non idonea a soddisfare l'esigenza che il provvedimento sia portato a conoscenza della persona professionalmente qualificata ad esprimere un parere tecnico sulla convenienza e l'opportunità della formulazione del rimedio impugnatorio ex art. 170 del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (Cass. 14/2/2013 n. 3728 Ord.).

Non è applicabile il termine lungo di decadenza: *In tema di spese di giustizia, il termine di venti giorni previsto dall'art. 170 del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, per l'impugnazione del decreto di pagamento delle spettanze degli ausiliari del giudice decorre dalla comunicazione, completa ed esaustiva, del provvedimento al beneficiario ed alle parti da parte del cancelliere; non è, invece, applicabile, ai fini della tempestività dell'impugnazione, il termine lungo di cui all'art. 327 cod. proc. civ., decorrente dal deposito in cancelleria del provvedimento, che presuppone si sia svolto un grado di giudizio a contraddittorio pieno, concluso con la pronuncia di una sentenza o di un provvedimento a contenuto decisorio, evenienza esclusa nell'ipotesi in esame, in quanto il decreto di pagamento viene emesso sulla scorta della richiesta dell'ausiliario, senza che ne siano informate o coinvolte le parti del procedimento* (Cass. 6/10/2011 n. 20485).

◆ Il termine per l'opposizione.

Come detto, nell'attuale art. 170 (al quale si fa riferimento sia per le opposizioni nel processo civile avverso la revoca o il diniego di ammissione, sia per tutte le opposizioni ai decreti di liquidazione che si trattano con rito civile) non c'è più alcun riferimento né alla comunicazione né al termine, ma quanto al termine per l'opposizione ex art. 170 in dottrina si sono avanzate varie tesi:

- 40 gg. perché avente natura analoga opposizione a provvedimento monitorio (Trisorio Liuzzi)
- 30 gg. in conformità alla disciplina delle altre opposizioni (impugnazione del provvedimento di allontanamento dei cittadini degli altri Stati dell'UE)
- Nessun termine essendo precluso il ricorso all'analogia per i termini di decadenza;
- permane il termine di venti giorni

Penso che si debba partire da due premesse:

- l'opposizione alla revoca comporta la necessità di un termine per la stabilizzazione del provvedimento ancorché la natura impugnatoria dell'opposizione non è riconosciuta dalla prevalente giurisprudenza di questa Corte che invece ritiene, quanto meno con riferimento all'opposizione al decreto di liquidazione che il relativo giudizio abbia natura di giudizio di accertamento del credito;

- la riscrittura dell'art. 170 è stata effettuata, in conformità alla legge delega (la delega era conferita per la cernita di procedimenti civili da includere nell'uniforme rito a trattazione semplificata) solo in funzione del rito per il caso di opposizioni. Al riguardo la legge di delega (art. 54 cit., lett.c) con riferimento ai riti a cognizione sommaria, ha voluto uniformare «i termini di impugnativa previsti nel presente decreto, per ragioni di coordinamento normativo» e siccome i termini sono di cui al decreto legislativo 150 del 2011 sono stati uniformati a trenta giorni (v. artt. 17 (per le quali in precedenza pure erano previsti 20 gg. per la proposizione del ricorso avverso il provvedimento di allontanamento), 18, 19, 21-24, 26-27 e 29, così come 30 giorni sono previsti dall'art. 702

quater per l'appello avverso l'ordinanza dell'art. 702 ter, ritrei plausibile individuare in 30 giorni il termine per l'impugnazione del decreto; in alternativa si dovrebbe rinvenire un principio generale specifico per i provvedimenti che incidono sul patrocinio a spese dello Stato nello stesso art. 99 del TUSG che fissa il termine di venti giorni dalla notificazione all'interessato.

In conclusione penso sia plausibile sostenere che che il termine possa essere quello di trenta giorni previsto dal rito sommario.

Alla stessa conclusione si perverrebbe facendo ricorso al termine dei 30 gg, di cui all'art. 702-quater c.p.c. per la proposizione dell'appello avverso l'ordinanza di cui all'art. 702-ter c.p.c.. (tuttavia la norma riguarda l'ordinanza conclusiva del procedimento a cognizione sommaria e non già avverso il decreto di liquidazione della somma emesso dal magistrato secondo le norme del TUSG ed oggetto di opposizione da trattarsi nelle forme dell'art. 702-bis e ss.).

La tesi del venir meno i qualunque termine per l'opposizione è fondata sul dato testuale del venir meno del termine, sulla ritenuta natura di giudizio di mero accertamento del credito e sulla ritenuta immediata esecutività del decreto di liquidazione che si dovrebbe desumere dalla previsione, in via generale della possibilità di sospensione dell'efficacia esecutiva. Si è tuttavia opposto:

- che il decreto di liquidazione è solo provvisoriamente esecutivo (v. art. 168 T.U.) e che è quindi necessario che vi sia un termine per attribuirgli definitività;

- che la trasformazione del giudizio di opposizione al decreto apparirebbe in contrasto (eccedente rispetto a) con la delega di cui all'art. 54 della legge n. 69/2009, che prevede la riconduzione di procedimenti disciplinati dalla legislazione speciale ad uno dei tre riti indicati nel decreto 150 (lavoro, cognizione ordinaria, cognizione sommaria; art. 54, c. 4, lett. b) e non dovrebbe, quindi, consentire la trasformazione di un giudizio di opposizione, da esperire entro un determinato termine e preordinato ad evitare la definitiva stabilizzazione degli effetti del decreto di pagamento, in un giudizio di accertamento sull'esistenza o sull'entità del diritto al pagamento compenso.

In un precedente di merito si è sostenuta la perdurante vigenza del termine di venti giorni sostenendosi che a sostegno di questa interpretazione depone la circostanza che dalle relazioni di accompagnamento e dai pareri delle commissioni parlamentari non risulta la volontà di abrogare o modificare detto termine, che comunque continua ad essere previsto per le opposizioni ex art. 99 d.P.R. n.115/2002 che prevede un procedimento di opposizione sovrapponibile a quello previsto in via più generale dall'art. 170; si è aggiunto che tale soluzione inoltre, risulta conforme alla Costituzione in quanto salva la norma da una possibile censura di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 54, comma 4, lett. c), l.n.69/2009, che impediva l'abrogazione delle norme "finalizzate a produrre effetti che non possono conseguirsi con le norme contenute nel codice di procedura civile" (Tribunale di Verona ordinanza del 26/3/2013).

In uno studio (Giulio Bruno, *Brevi note sul d.lgs. 150/2011 e sulla l. 183/2011 - riti, contributo unificato*) tratto dal sito dirigenzi giustizia.it/documenti/articoli) si è osservato:

- che appare preferibile l'interpretazione, costituzionalmente orientata, in base alla quale il giudizio di cui all'art. 15 del d.lgs. 150/2011 e al modificato art. 170 del t.u. resti ad ogni effetto un giudizio di opposizione, da esperire quindi entro un certo termine, e non sia stato, invece, trasformato

in un giudizio di accertamento sull'esistenza o sull'entità del diritto al pagamento compenso;

- che la questione deve essere risolta, in via analogica, con riferimento all'art. 17, c. 3 del d.lgs. 150/2011, il quale, disciplinando l'impugnazione avverso il provvedimento di allontanamento dei cittadini degli altri Stati dell'E.U. e innovando rispetto all'art. 22 c. 2 d.lgs. 30/2007 (che prevedeva il termine di 20 giorni, identico, tra l'altro, al termine già previsto dall'art. 170 in esame prima dell'intervento modificativo ad opera d.lgs. 150), prevede ora il termine di 30 giorni per la presentazione del ricorso avverso detto provvedimento di allontanamento, peraltro provvisoriamente esecutivo come il decreto di liquidazione di cui ci occupiamo;

- che la relazione governativa al d.lgs. 150 precisa, con riguardo all'art. 17, che "nel rispetto dell'ulteriore principio di delega (art. 54, cit., lettera c) ultimo periodo) che prevede il mantenimento delle disposizioni «finalizzate a produrre effetti che non possono conseguirsi con le norme contenute nel codice di procedura civile», sono state mantenute le seguenti previsioni: a) il termine per la proposizione del ricorso, decorrente dalla notifica del provvedimento impugnato, a pena di inammissibilità, che è stato, però, uniformato ai termini di impugnativa previsti dal presente decreto, per ragioni di coordinamento normativo;

- che ipotizzando ragionevolmente che, se il legislatore delegato avesse preso consapevolmente atto della necessità della fissazione di un termine per la proposizione del ricorso ex art. 170 T.U. 1 avrebbe sviluppato lo stesso ragionamento e avrebbe adottato la stessa soluzione prescelta per il ricorso avverso il provvedimento di allontanamento citato può ritenersi che il termine entro cui il soggetto, il quale ha ricevuto comunicazione del decreto di pagamento di spese di giustizia, può presentare ricorso e spirato il quale termine si produce la consolidazione degli effetti del decreto stesso sia individuabile in 30 giorni dalla avvenuta comunicazione.

2.4. Le parti nel procedimento di opposizione al decreto di revoca dell'ammissione in sede civile.

Non si rinvengono indicazioni normative in merito alle parti del procedimento di opposizione, differentemente da quanto previsto dall'art. 99 per il processo penale dove è espressamente stabilito che l'Ufficio Finanziario è parte del procedimento.

Con riferimento al procedimento di opposizione alla liquidazione degli onorari ex art. 170 (che come detto la giurisprudenza ritiene applicabile per l'individuazione del mezzo impugnatorio anche per la revoca dell'ammissione) la Cassazione (Cass. 13/2/2014 n. 3312) conformandosi a un proprio precedente espresso a Sezioni Unite (Cass. S.U. 29 maggio 2012, n. 8516) ha evidenziato che il procedimento di opposizione ex art. 170 del T.U. in materia di spese di giustizia rappresenta un giudizio autonomo rispetto a quello in cui il legale ricorrente ha prestato la propria opera; il relativo contenzioso ha per oggetto una controversia civile che va ad incidere su un diritto soggettivo di natura patrimoniale. Da ciò discende che parte necessaria di tale procedimento è ogni soggetto passivo del rapporto di debito. Precisa inoltre che nel procedimento di opposizione alla liquidazione di compensi a carico dell'erario, tale generica entità deve essere identificata nel Ministero della Giustizia che, quindi, risulta parte necessaria in tale tipologia di procedimento.

Se la revoca è stata chiesta dall'Ufficio Finanziario ai sensi dell'art. 127, nessun dubbio che l'Ufficio Finanziario sia parte necessaria del procedimento, ma se la revoca è dispo-

sta di ufficio dal giudice (ad esempio per la falsità della certificazione del reddito o perché l'interessato ha agito o resistito con mala fede o colpa grave) potrebbero applicarsi i principi come sopra affermati dalle S.U. e individuare la parte necessaria nel Ministero della Giustizia.

2.5. Gli obblighi del giudice civile in relazione al potere di revoca accordatogli dalla legge.

L'art. 136 accorda un potere il cui omesso esercizio potrebbe comportare (in talune ipotesi) responsabilità contabili per il magistrato.

Ai sensi dell'art. 136 il magistrato può revocare il provvedimento di ammissione:

- se nel corso del processo intervengono modifiche delle condizioni reddituali;
- se risulta l'insussistenza dei presupposti per l'ammissione;
- se l'interessato ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave.

In dottrina si è sostenuto che il giudice non potrebbe sindacare l'ammissibilità della domanda (ossia il rispetto dei requisiti prescritti a pena di inammissibilità dall'art. 79) in quanto tale controllo è già stato esercitato dal consiglio dell'ordine, ma solo le condizioni sostanziali per l'ammissione; tuttavia mi sembra che il riferimento contenuto nella norma ai presupposti per l'ammissione sia un termine generico che potrebbe essere ritenuto non necessariamente coincidente con il termine condizioni per l'ammissione e pertanto non limitato a quanto previsto dall'art. 76.

Penso che, invece, debba escludersi il sindacato sulla non manifesta infondatezza delle ragioni fatte valere dall'interessato in quanto il controllo sul merito della domanda è confinato, per espressa previsione normativa, alle ipotesi di malafede o colpa grave che in astratto possono coincidere con la manifesta infondatezza, ma devono essere motivate con riferimento all'elemento soggettivo della colpa grave o del dolo. Quanto alla modifica delle condizioni reddituali verificatesi nel corso del processo, nel provvedimento di liquidazione dovrà essere contenuto un cenno all'esercizio di tale controllo (ad esempio attraverso l'acquisizione di informative presso l'Ufficio Finanziario come previsto dall'art. 127 comma 4, o una autocertificazione dell'interessato o la richiesta delle dichiarazioni dei redditi) che risulta imposto dalla norma. Circa l'obbligo di tale controllo si segnala un caso riportato a pag. 237 del *manuale pratico sul patrocinio a spese dello Stato di Antonio Spinzo e Sergio Palombarini*.

Il Consiglio dell'Ordine di Torino aveva accertato che, sulla base delle dichiarazioni della parte al giudice, la autocertificazione sui redditi era risultata inesatta e pertanto siccome il giudice non aveva provveduto alla revoca, vi provvedeva in sede di autotutela lo stesso Consiglio che inoltre dava comunicazione alla Procura in ordine al reato di cui all'art. 125 per non incorrere nella violazione dell'art. 331 c.p.p. che impone al pubblico ufficiale l'obbligo di denuncia di reati perseguibili di ufficio, sanzionato dall'art. 361 c.p. (reato di omessa denuncia).

2.6. Il rigetto dell'istanza di ammissione nel processo penale.

Per il processo penale il rigetto dell'istanza di ammissione è disciplinato dall'art. 97 quanto alla forma del provvedimento (decreto), ai casi di revoca, al giudice competente e agli obblighi di comunicazione (avviso all'interessato o, se detenuto, notifica ex art. 156 c.p.p.) e dall'art. 99 quanto alla disciplina processuale del ricorso (notifica del ricorso al-

l'Ufficio finanziario, giudice competente, composizione monocratica, notifica dell'ordinanza).

La norma stabilisce che il procedimento è quello speciale previsto per gli onorari di avvocato; la normativa richiama la procedura camerale prevista dall'art. 29, L. 13 giugno 1942, n. 794 per gli onorari di avvocato, ora regolata con rito sommario dal decreto legislativo n. 150 del 2011.

Ma il richiamo deve intendersi limitato nel procedimento penale, al rito camerale che, nel processo penale, trova la sua disciplina nell'art. 127 c.p.p., posto che il D.Lvo riguarda solo la semplificazione dei riti civili di cognizione.

Il provvedimento che conferma il rigetto dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato è ricorribile per cassazione soltanto per violazione di legge ex art. 99, comma quarto, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, nella quale rientra la mancanza di motivazione ma non il vizio riguardante la congruità delle valutazioni del giudice (Cass. pen. 7/2/2012 n. 16908). Quando l'opposizione dell'interessato avverso il decreto di rigetto dell'istanza di ammissione sia stata tempestivamente depositata presso il giudice "ad quem", ma non notificata alla Direzione Regionale delle Entrate a cura dell'istante, non si configura - in difetto di una espressa previsione di legge in tal senso - l'inammissibilità del gravame, sicché va disposta la rituale notifica del ricorso all'amministrazione finanziaria, che va eseguita a cura del ricorrente ai fini della regolare instaurazione del contraddittorio (Cass. pen. 10/12/2010 n. 44916). In tema di patrocinio dei non abbienti, è legittimato a proporre ricorso per cassazione avverso l'ordinanza reiettiva del reclamo contro il decreto che abbia dichiarato inammissibile o rigettato l'istanza per l'ammissione al beneficio sia il difensore dell'imputato o del condannato, in via autonoma, sia quello delle altre parti, purché munito di procura speciale a norma dell'art. 122 cod. proc. pen. (Cass. S.U. pen. 24/5/2004 n. 30181); il principio così affermato discende dall'applicazione di principi propri del processo penale con riferimento ai poteri del difensore.

2.7. Rigetto dell'istanza di ammissione nel processo civile da parte del Consiglio dell'Ordine.

In questo caso è invece applicabile il procedimento oppositorio ex art. 170 solo dopo il rigetto da parte del giudice al quale deve essere riproposta l'istanza dopo il rigetto del Consiglio dell'Ordine; la giurisprudenza si è occupata più della revoca che non del diniego di ammissione; in ordine al mezzo impugnatorio si rinviene solo un accenno incidentale (oltre che varie sentenze che però riguardano il diniego pronunciato direttamente dal giudice in materia di espulsione dello straniero).

Nel processo civile non è previsto espressamente un regime di reclamo avverso il provvedimento di diniego di ammissione al patrocinio a spese dello Stato del Consiglio dell'Ordine, ma ai sensi del secondo comma dell'art. 126 l'istanza di ammissione può essere riproposta al magistrato competente per il giudizio il cui provvedimento secondo l'orientamento espresso dalla Corte di legittimità, è suscettibile di opposizione ex art. 170.

La Corte al riguardo si è espressa in questi termini con riferimento alla impugnazione della revoca e solo con un cenno incidentale al diniego di ammissione: *È infatti noto che, per le opposizioni ai provvedimenti adottati dal giudice penale per negare l'ammissione al patrocinio, l'art. 99, espressamente disciplina il ricorso al Capo dell'Ufficio anche contemplando il ricorso per cassazione per violazione di legge avverso la relativa decisione. Poiché nessuna espressa norma si rinviene per regolare reclami e/o*

opposizioni avverso il decreto di revoca reso dal giudice civile ex art. 136, comma 2, D.P.R. citato, nei riguardi di una ammissione provvisoria deliberata dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati, deve ricorrersi al rimedio oppositorio di cui al citato art. 170, in quanto avente carattere generale. Mette conto di richiamare, a tale riguardo, l'orientamento di questa Corte (Cass. N. 13833 del 2008; Cass., n. 19203 del 2009) secondo cui "... la soluzione non può che essere cercata all'interno dello stesso TU, facendo ricorso, più che alla previsione della disciplina penalistica sopra ricordata, a quanto dispone lo stesso art. 142, che, sia pure per le doglianze in materia di quantificazione delle spettanze del difensore, richiama lo strumento dell'opposizione ai sensi dell'art. 84, che a sua volta rende applicabile l'art. 170 dello stesso TU (Opposizione al decreto di pagamento).

In tali termini, pertanto, va interpretata la lacunosa disciplina afferente il rimedio esperibile avverso il provvedimento di diniego dell'ammissione, o la revoca dell'ammissione provvisoria al richiesto patrocinio a spese dello Stato, essendo evidente, di conseguenza, l'ammissibilità del ricorso per cassazione avverso il provvedimento emesso dal capo dell'Ufficio (Cass. 17/10/2011 n. 21400).

La giurisprudenza richiamata nella suddetta sentenza si era occupata del pss nel giudizio di impugnazione del provvedimento di espulsione.

La Cassazione, sempre con riferimento al diniego di ammissione nel giudizio di impugnazione del provvedimento di espulsione ha affermato che: *Nel giudizio di impugnazione del provvedimento di espulsione, avverso il provvedimento di diniego di ammissione al patrocinio a spese dello Stato lo straniero non può far ricorso al procedimento di cui all'art. 99 d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, espressamente previsto nel procedimento penale, ma a quello disciplinato dall'art. 170 del citato decreto (applicabile ai sensi dell'art. 84, a sua volta richiamato dall'art. 142). Secondo le previsioni di tale norma, pertanto, avverso il provvedimento di non ammissione al gratuito patrocinio, lo straniero può proporre ricorso, entro venti giorni dalla comunicazione, al capo dell'ufficio giudiziario (nella specie, "ratione temporis", al Coordinatore dell'ufficio del giudice di pace competente nel giudizio di impugnazione del provvedimento espulsivo) (Cass. 27/5/2008 n. 13833).*

3. La liquidazione.

3.1. Il procedimento per l'opposizione al decreto di liquidazione.

Natura civile della controversia anche se il provvedimento di liquidazione (o il rigetto nei casi di liquidazioni per irreperibili o insolventi) è stato pronunciato da un giudice penale. Il procedimento di opposizione, ex art. 170 del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, al decreto di liquidazione dei compensi ai custodi e agli ausiliari del giudice (oltre che ai decreti di liquidazione degli onorari dovuti ai difensori nominati nell'ambito del patrocinio a spese dello Stato), secondo quanto affermato da Cass. S.U. 3/9/2009 n. 19161, introduce una controversia di natura civile, indipendentemente dalla circostanza che il decreto di liquidazione sia stato pronunciato in un giudizio penale, e deve quindi essere trattato da magistrati addetti al servizio civile, con la conseguenza che la trattazione del ricorso per cassazione avverso l'ordinanza che lo decide spetta alle sezioni civili della Corte di cassazione. Tuttavia, qualora l'ordinanza che decide l'opposizione sia stata adottata da un giudice addetto al servizio penale, si configura una violazione delle regole di composizione dei collegi e di assegnazione degli affari che non determina né una questione di competenza né una nullità, ma può giustificare esclusivamente conseguenze di natura amministrativa o disciplinare; la giurisprudenza successiva ha riaffermato i suddetti principi precisando

(Cass. S.U.29/5/2012, n. 8516; Cass. 13/2/2014 n. 3312) che il procedimento di opposizione ex art. 170 del T.U. in materia di spese di giustizia rappresenta un giudizio autonomo rispetto a quello in cui il legale ricorrente ha prestato la propria opera: tale contenzioso ha per oggetto una controversia civile che va ad incidere su un diritto soggettivo di natura patrimoniale; da ciò discende che parte necessaria di tale procedimento è ogni soggetto passivo del rapporto di debito e che nel procedimento di opposizione alla liquidazione di compensi a carico dell'erario, tale generica entità deve essere identificata nel Ministero della Giustizia che, quindi, risulta parte necessaria in tale tipologia di procedimento.

La Cassazione (S.U. n. 19161 del 2009) ha richiamato Cass. 13 novembre 2003, Franco, che ha affermato che il ricorso previsto dal combinato disposto della L. n. 319 del 1980, art. 11 e della L. 13 giugno 1942, n. 794, art. 29 introduce un procedimento riconducibile non allo schema delle impugnazioni penali, ma a quello delle impugnazioni mediante ricorso in materia civile e ha valorizzato l'esplicita volontà del legislatore di assoggettare tali controversie al rito civile.

3.2. La natura del procedimento di opposizione secondo le S.U.

Ulteriore conferma della conclusione raggiunta, alla stregua della quale l'opposizione deve essere trattata dai giudici addetti al servizio civili dei tribunali o delle corti d'appello alle quali appartengono i giudici o presso i quali esercitano le funzioni i p.m. che hanno proceduto alla liquidazione, deriva dall'orientamento giurisprudenziale, che appare del tutto condivisibile, secondo cui il giudizio di opposizione non ha natura di impugnazione ma di autonomo giudizio contenzioso avente ad oggetto la controversia relativa alla spettanza e alla liquidazione del compenso o dell'onorario (Cass. n. 7633/2006, 5112/2000, 10250/1998, 10443/1998, 2576/1989). Cade, dunque, l'argomento che si è voluto trarre dalla necessità che il magistrato che ha proceduto alla liquidazione e quello davanti al quale è proposta l'impugnazione appartengono allo stesso settore, civile o penale, dell'ufficio (Cass. S.U. 3/9/2009 n. 19161).

3.3. L'individuazione del Presidente dell'Ufficio giudiziario competente secondo le S.U. (n. 19161/2009) e l'irrilevanza della pronuncia da parte di magistrato non correttamente individuato all'interno dello stesso Ufficio.

Mentre non v'è dubbio che il potere di liquidare i compensi o gli onorari spetta ai magistrati di tali uffici che hanno conferito gli incarichi, per quanto riguarda l'opposizione le soluzioni potrebbero essere diverse a seconda che si debba applicare la L. n. 319 del 1980, art. 11 o il D.P.R. n. 115 del 2002, art. 170 in quanto, nel primo caso la norma dispone che l'opposizione sia indirizzata all'ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice o presso cui esercita le funzioni il p.m. che ha proceduto alla liquidazione, mentre nel secondo la norma si limita a disporre che l'opposizione deve essere indirizzata al "presidente dell'ufficio giudiziario competente". Ne deriva che, mentre nel vigore della L. n. 319 del 1980 non può sorgere dubbio sul fatto che l'opposizione debba essere trattata da un collegio del tribunale per i minorenni, del tribunale di sorveglianza o del tribunale militare, esigenze di coerenza sistematica, potrebbero giustificare una conclusione diversa nei casi in cui sia applicabile il D.P.R. n. 115 del 2002, potendosi distinguere incarichi (e nomine) conferiti nell'ambito dei procedimenti davanti al tribunale per i minorenni, che esercita anche giurisdizione civile, e quelli attribuiti nei procedimenti di sorveglianza o davanti al tribunale militare, presso i quali è esercitata esclusivamente giurisdizione penale. In tali casi, sulla base delle argomentazioni sopra esposte, "competente" potrebbe essere considerato non il presidente del tribunale di sorveglianza o del tribunale mi-

litare, ma quello del tribunale ordinario della stessa sede, essendo l'unico ufficio giudiziario munito di giurisdizione civile.

Non appare peraltro inutile rilevare che con l'inquadramento della problematica relativa all'individuazione del giudice che, all'interno dello stesso ufficio giudiziario, deve trattare l'opposizione nell'ambito di quella relativa alla composizione dei collegi e all'assegnazione degli affari e cioè a questioni tipicamente rientranti nell'attività di amministrazione della giurisdizione deve ritenersi superato l'orientamento secondo cui la trattazione da parte di collegio o giudice monocratico assegnato al settore penale invece che a quello civile comporta l'improponibilità della domanda, per violazione di un limite alla potestà iudicandi del giudice adito, senza che sia necessario prendere posizione in ordine alla problematica, di natura prevalentemente teorica, relativa alla nozione astratta di improponibilità originaria e oggettiva della domanda, nella quale normalmente sono fatti rientrare la mancanza di presupposti processuali, di condizioni dell'azione, di legittimazione ad agire o in generale le richieste di riconoscimento di effetti giuridici che l'ordinamento non consente di riconoscere, situazioni tutte, com'è evidente, estranee alla fattispecie di cui è causa.

Nè, in caso di violazione dei criteri di composizione dei collegi o di assegnazione degli affari ai magistrati all'interno dell'ufficio, sia che si tratti di criteri espressamente dettati con provvedimento di natura "tabellare" sia che si tratti di criteri desumibili dal sistema, come quello secondo cui gli affari di natura civile debbono essere trattati dai magistrati assegnati al servizio civile, può configurarsi una nullità della decisione, a differenza dall'ipotesi di decisioni adottate in composizione monocratica (Cass. n. 28040/2008, 4967/2004) anziché dal collegio o viceversa (Cass. n. 12206/2007), nelle quali la nullità deriva dalla violazione della norma di legge (art. 50 bis e 50 ter c.p.c.) e, comunque, può essere fatta valere soltanto nei limiti e secondo le regole proprie dei mezzi di impugnazione, la violazione delle regole di composizione dei collegi e di assegnazione degli affari non configura una questione di competenza e non da luogo a nullità, come è stato più volte affermato da questa Corte ed attualmente è espressamente previsto dall'art. 7 bis ord. giud., comma 1, ult. parte aggiunto con la L. n. 111 del 2007, art. 4, comma 19, lett. b).

I principi di diritto espressamente affermati all'esito della motivazione: L'opposizione alla liquidazione dei compensi agli ausiliari del giudice e ai custodi (nonché ai difensori nominati ai sensi della L. n. 217 del 1990), anche se gli incarichi (o le nomine) sono conferiti nell'ambito di un procedimento penale, introduce una controversia di natura civile che deve essere assegnata e trattata dai magistrati addetti al servizio civile.

Il ricorso per Cassazione avverso i provvedimenti pronunciati sulle opposizioni alla liquidazione dei compensi agli ausiliari del giudice e ai custodi (nonché ai difensori nominati ai sensi della L. n. 217 del 1990) deve essere assegnato alle sezioni civili.

Il provvedimento su opposizione alla liquidazione dei compensi agli ausiliari del giudice e ai custodi (nonché ai difensori nominati ai sensi della L. n. 217/1990) pronunciato da magistrato addetto al servizio penale, in violazione dei criteri espressamente previsti nei provvedimenti tabellari o del criterio generale secondo cui le controversie civili debbono essere assegnate e trattate ai magistrati addetti al servizio civile non è nullo, anche se la predetta violazione può giustificare l'adozione di provvedimenti amministrativi o di natura disciplinare.

3.4. Compenso per attività svolta davanti al magistrato di sorveglianza; opposizione; competenza del Presidente del Tribunale.

Competente a decidere sull'opposizione al provvedimento emesso dal tribunale di sorveglianza, in materia di liquidazione del compenso

al difensore che abbia svolto il patrocinio a spese dello Stato, non è il presidente del tribunale di sorveglianza, ma quello del tribunale ordinario della stessa sede, essendo questo l'unico ufficio giudiziario munito di giurisdizione civile (Cass. 12/7/2012 n. 11818 Ord. decidendo su un regolamento di competenza).

La soluzione fa leva sul testo del D.P.R. n. 115, art. 170 che parla, di "presidente dell'ufficio giudiziario competente" e sull'orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'opposizione ai provvedimenti in discorso non ha natura di impugnazione ma di autonomo giudizio contenzioso, avente a oggetto la spettanza e la liquidazione delle spese (cfr. Cass n. 7633/2006, cui adde la motivazione della più volte citata sentenza delle Sezioni unite).

Questa soluzione si giustificava alla luce del tenore letterale dell'art. 170 prima della riforma di cui al Dlgs 150 del 2011, norma che era così testualmente formulato: *Avverso il decreto di pagamento emesso a favore dell'ausiliario del magistrato, del custode e delle imprese private cui è affidato l'incarico di demolizione e riduzione in pristino, il beneficiario e le parti processuali, compreso il pubblico ministero, possono proporre opposizione, entro venti giorni dall'avvenuta comunicazione, al presidente dell'ufficio giudiziario competente.*

Attualmente la norma (art. 15 D.lgs 150 del 2011) risulta invece così formulata: *Il ricorso è proposto al capo dell'ufficio giudiziario cui appartiene il magistrato che ha emesso il provvedimento impugnato.*

Per i provvedimenti emessi da magistrati dell'ufficio del giudice di pace e del pubblico ministero presso il tribunale è competente il presidente del tribunale. Per i provvedimenti emessi da magistrati dell'ufficio del pubblico ministero presso la corte di appello è competente il presidente della corte di appello.

Pertanto ove si voglia mantenere la competenza del giudice civile, la competenza appartiene al Presidente della Corte di Appello quale capo dell'ufficio giudiziario al quale appartiene il magistrato che ha emesso il provvedimento impugnato; altrimenti non vedo altra soluzione che individuare proprio nel Presidente del Tribunale di Sorveglianza in quanto capo dell'ufficio giudiziario cui appartiene il magistrato che ha emesso il provvedimento impugnato, il giudice competente.

D'altra parte questa interpretazione trova riscontro proprio in alcune affermazioni incidentali della Cassazione a sezioni unite (Cass. S.U. 3/9/2009 n. 19161): *per quanto riguarda l'opposizione le soluzioni potrebbero essere diverse a seconda che si debba applicare la L. n. 319 del 1980, art. 11 o il D.P.R. n. 115 del 2002, art. 170 in quanto, nel primo caso la norma dispone che l'opposizione sia indirizzata all'ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice o presso cui esercita le funzioni il p.m. che ha proceduto alla liquidazione, mentre nel secondo la norma si limita a disporre che l'opposizione deve essere indirizzata al "presidente dell'ufficio giudiziario competente". Ne deriva che, mentre nel vigore della L. n. 319 del 1980 non può sorgere dubbio sul fatto che l'opposizione debba essere trattata da un collegio del tribunale per i minorenni, del tribunale di sorveglianza o del tribunale militare, esigenze di coerenza sistematica, potrebbero giustificare una conclusione diversa nei casi in cui sia applicabile il D.P.R. n. 115 del 2002, potendosi distinguere incarichi (e nomine) conferiti nell'ambito dei procedimenti davanti al tribunale per i minorenni, che esercita anche giurisdizione civile, e quelli attribuiti nei procedimenti di sorveglianza o davanti al tribunale militare, presso i quali è esercitata esclusivamente giurisdizione penale. In tali casi, sulla base delle argomentazioni sopra esposte, "competente" potrebbe essere considerato non il presidente del tribunale di sorveglianza o del tribunale militare, ma quello del tribunale or-*

dinario della stessa sede, essendo l'unico ufficio giudiziario munito di giurisdizione civile".

Nella specie, come detto, il nuovo art. 170 ha ripristinato la vecchia formulazione della norma.

3.5. criteri di liquidazione e novità normative.

L'art. 82 del D.P.R. 115/2002 prevedeva che *"l'onorario e le spese spettanti al difensore sono liquidati dall'autorità giudiziaria con decreto di pagamento, osservando la tariffa professionale in modo che, in ogni caso, non risultino superiori ai valori medi delle tariffe professionali vigenti relative ad onorari, diritti ed indennità, tenuto conto della natura dell'impegno professionale, in relazione all'incidenza degli atti assunti rispetto alla posizione processuale della persona difesa"*.

Il venir meno del sistema tariffario, sostituito dai parametri comporta l'inapplicabilità della norma per effetto dell'art. 9 del d.l. 1/12 che al comma V, ha stabilito che *"Sono abrogate le disposizioni vigenti che, per la determinazione del compenso del professionista, rinviano alle tariffe di cui al comma 1"*.

L'art. 9 D.M. 140 del 2012 stabiliva che *".... Per le liquidazioni delle prestazioni svolte a favore di soggetti in gratuito patrocinio, e per quelle a esse equiparate dal testo unico delle spese di giustizia di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, si tiene specifico conto della concreta incidenza degli atti assunti rispetto alla posizione processuale della persona difesa, e gli importi sono di regola ridotti della metà anche in materia penale"*.

In presenza di quella disposizione si sosteneva pacificamente la perdurante vigenza dell'art. 130 secondo il quale in materia civile i compensi liquidati a favore del difensore o del consulente della parte ammessa a pss sono ridotti della metà.

Si sosteneva, infatti, che l'art. 130 continuava a mantenere la sua operatività con riferimento alle liquidazione che il giudice effettuerà applicando i parametri anziché le tariffe.

Il D.M. n. 55 del 2014 non contiene alcuna disposizione relativa alle liquidazioni delle prestazioni svolte a favore di soggetti in gratuito patrocinio per l'attività civile, ma non si può desumere da questo silenzio che l'art. 130 del T.U. sia stato implicitamente abrogato perché:

1. è norma di rango sovraordinato al decreto;
2. l'abrogazione non può trovare fondamento nel comma 5 dell'art. 9 (testo coordinato; in precedenza art. 1 del DL) della legge n. 27 del 2012 di conversione del D.L. n. 1 del 2012 (che così dispone: *Sono abrogate le disposizioni vigenti che, per la determinazione del compenso del professionista, rinviano alle tariffe di cui al comma 1*) perché l'art. 130 non rinvia alle tariffe, ma al compenso.

Di qui la conclusione che nessun superamento c'è stato dell'art.130 che, pertanto, come norma sovraordinata al decreto sopravvive allo stesso.

◆ La costituzionalità della retroattività della normativa.

La Corte Costituzionale con l'ordinanza n. 261/2013 con ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione sollevata in relazione all'art. 9, commi 1,2 e 5 del Dl 1/2012 e del Dm 140/2012 dal Tribunale di Cremona, nonché dai Giudici di Pace di Torre del Greco e Sciacca, e dal Tribunale di Nocera Inferiore con varie ordinanze di rimessione, nelle quali si contestava appunto la applicabilità della nuova disciplina anche ai processi già in corso ed alle attività svolte prima che il Dm 14/2012 entrasse in vigore.

◆ Le novità normative.

Con la legge c.d. di stabilità per l'anno 2014 (Legge n. 147 del 23 dicembre 2013), è stato introdotto (art. 1 comma 606) nel D.P.R. n.115 del 30 maggio 2002 l'art. 106 bis (nel pro-

cesso penale) per il quale nelle ipotesi di ammissione al patrocinio dello Stato di persona non abbiente i compensi dell'avvocato (oltre che dell'ausiliario del magistrato, del consulente tecnico di parte e dell'investigatore privato autorizzato) sono ridotti di un terzo.

Art. 106-bis. lett. b (L) — (Compensi del difensore, dell'ausiliario del magistrato, del consulente tecnico di parte e dell'investigatore privato autorizzato).

1. Gli importi spettanti al difensore, all'ausiliario del magistrato, al consulente tecnico di parte e all'investigatore privato autorizzato sono ridotti di un terzo.

Il comma 607 stabilisce che le disposizioni del comma 606 lett b) si applicano alle liquidazioni successive alla data di entrata in vigore della legge che è entrata in vigore l'1/1/2014. Nelle liquidazioni a favore degli avvocati per l'attività difensiva svolta a favore di soggetto ammesso al patrocinio l'avvocato per ottenere la liquidazione anticipata da parte dello Stato allega il provvedimento di ammissione al patrocinio del proprio assistito ma nei casi di liquidazione delle spettanze di un perito nominato dal p.m., l'ufficio della Procura potrebbe non essere a conoscenza del provvedimento di ammissione al patrocinio statale emesso dal giudice e, pertanto, potrebbe liquidare in maniera difforme alle disposizioni stabilite dal TUSG sia per quanto riguarda l'organo preposto a disporre la liquidazione nei casi di ammissione al patrocinio statale sia e soprattutto per quanto attiene ai "tagli" prescritti dalla normativa in argomento.

Ne discende l'esigenza di realizzare scambi di informazioni tra l'ufficio del giudice che ha ammesso al patrocinio a spese dello Stato e l'ufficio del p.m.

3.6. L'art. 133 – la condanna della parte soccombente non ammessa al pss alla rifusione delle spese processuali a favore dello Stato; la successiva liquidazione del compenso al difensore di soggetto ammesso al pss – il divieto di locupletazione dello Stato.

La giurisprudenza di legittimità ha puntualizzato che la somma che, ai sensi dell'art. 133 d.lgs. n. 115 del 2002, va rifiuta in favore dello Stato deve essere pari a quella che lo Stato liquida al difensore del soggetto non abbiente (Corte di cassazione, Sez. VI penale, 8 novembre 2011, n. 46537); successivamente è intervenuta la Corte Costituzionale con una ordinanza interpretativa di rigetto (ordinanza n. 270/2012 della Corte Costituzionale) con la quale ha affermato che deve essere escluso – diversamente da quanto, invece, sostenuto dal rimettente – che, ove sia pronunciata condanna alle spese di giudizio a carico della controparte del soggetto ammesso al beneficio del patrocinio a spese dello Stato, vi sia una *iniusta locupletatio* dell'Erario, atteso che, anche recentemente, la giurisprudenza di legittimità ha puntualizzato che la somma che, ai sensi dell'art. 133 d.lgs. n. 115 del 2002, va rifiuta in favore dello Stato deve coincidere con quella che lo Stato liquida al difensore del soggetto non abbiente.

3.7. Il sostituto del difensore di imputato ammesso al pss.

Il sostituto del difensore della persona ammessa al patrocinio a spese dello Stato non deve necessariamente essere scelto tra gli iscritti nell'albo speciale di cui all'art. 80 d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115. Al difensore della persona ammessa al patrocinio a spese dello Stato compete il compenso per l'attività difensiva svolta dal sostituto (Cass. S.U. 30/6/2004 n. 30433): *I requisiti previsti per la sua nomina non sono richiesti per quella del sostituto, soggetto che esercita mansioni vicarie e specifiche delegategli dallo*

stesso difensore, al quale soltanto spetta la sua nomina. Nè si può fare riferimento all'articolo 100 DPR 115/02, che prescrive che il secondo difensore deve parimenti essere iscritto nell'elenco di cui all'articolo 80, per colmare il vuoto presunto e trarre implicazione circa i requisiti soggettivi del sostituto.

3.8. Prescrizioni presuntive.

Le prescrizioni presuntive, disciplinate dall'art. 2954 c.c. e ss., si distinguono profondamente da quella ordinaria in quanto quella presuntiva non determina l'estinzione della obbligazione ma si limita a stabilire una presunzione iuris tantum di avvenuto pagamento del debito; ne consegue che colui che la oppone si espone al rigetto della stessa non solo se ammette di non aver estinto l'obbligazione ma anche se contesta l'insorgenza di essa; la prescrizione presuntiva non può essere rilevata dal giudice, ma deve essere eccepita dalla parti (Cass. pen 3647/2008; Cass. 27/1/2008 n. 3647).

La prescrizione presuntiva è fondata sulla presunzione di adempimento dell'obbligo e implica il riconoscimento della esistenza del credito nella stessa misura richiesta dal creditore. grava sul creditore l'onere di dimostrare la mancata soddisfazione del credito e tale prova può essere fornita soltanto con il deferimento del giuramento decisorio.

Al fine di paralizzare l'eccezione presuntiva di pagamento, unici mezzi idonei sono l'ammissione, da parte del debitore che la opponga, di non avere estinto l'obbligazione, oppure il deferimento al debitore, da parte del creditore del cui diritto sia stata opposta la prescrizione, del giuramento decisorio, la cui formula deve comprendere la tesi del debitore relativa all'estinzione del debito, sicché l'esito di un simile mezzo di prova sarà l'accertamento della verifica dell'estinzione del debito stesso.

La prescrizione presuntiva per quanto riguarda gli onorari dell'avvocato è di tre anni ai sensi dell'art. 2956 c.c.; tuttavia occorre considerare che al momento della liquidazione non esiste una parte che può eccepire la prescrizione e neppure è prevista la comunicazione al Ministero della Giustizia, unica parte sulla quale verrà a gravare economicamente la liquidazione; in questa situazione riterrei che si possano prospettare tre soluzioni:

- rigettare la richiesta di liquidazione in considerazione della necessità che vi sia un accertamento sul diritto di credito nel contraddittorio con il Ministero della Giustizia;
- disporre la comunicazione del provvedimento al Ministero della Giustizia che potrà eventualmente proporre opposizione.
- una terza soluzione potrebbe essere rappresentata dall'inserimento, nel provvedimento di liquidazione, dell'espressa affermazione che non si ritiene applicabile nella fattispecie la prescrizione presuntiva in quanto presunzione incompatibile con la previsione della necessità di un provvedimento liquidatorio del giudice in assenza del quale non è possibile alcuna liquidazione.

La responsabilità per fatto degli animali *

Antonio Fontana

Professore Emerito dell'Università di Genova

Marco Tiby

Avvocato, Foro di Genova

Parte Prima. Introduzione.

(Prof. A. Fontana)

Oltre alla norma generale, contenuta nell'art 2043 cod.civ., con cui si apre il Titolo dedicato ai fatti illeciti, il legislatore ne ha dettato alcune altre, che riguardano figure di responsabilità speciali, come quella dei padroni e dei committenti per i danni arrecati dai loro domestici e commessi (art. 2049), l'esercizio di attività pericolose (art. 2050), il danno da cose in custodia (art. 2051) ecc. L'art. 2052, del quale dobbiamo occuparci, è così formulato: "Il proprietario di un animale o chi se ne serve per il tempo che lo ha in uso, è responsabile dei danni cagionati dall'animale, sia che fosse sotto la sua custodia, sia che fosse smarrito o fuggito, salvo che provi il caso fortuito".

Questa disposizione ha origini assai remote. In diritto romano, già le XII Tavole sancivano infatti come ipotesi di delitti il danno arrecato da quadrupedi, per il quale prevedevano l'*actio de pauperie*, e il danno arrecato dal pascolo abusivo di ovini, per il quale prevedevano l'*actio de pastu pecoris*. Dall'*actio de pauperie* il proprietario dell'animale si liberava consegnandolo al danneggiato. Le fonti trattano anche del divieto contenuto nell'Editto degli Edili curuli, ai quali spettava la polizia dei mercati, di tenere animali pericolosi in luoghi aperti al pubblico, e dell'azione concessa alla persona lesa da tali animali per il doppio del danno (*in duplum*), o per l'importo di duecento solidi (il solido - da cui deriva, per contrazione, l'italiano soldo - era una moneta d'oro d'epoca imperiale, del valore di circa venticinque denari), se ne era conseguita la morte di un uomo libero. Come si vede sia dalla terminologia (si parlava infatti di delitti), sia dalla natura delle relative sanzioni, l'aspetto penalistico prevaleva ancora su quello civilistico. Questi accenni sono stati ripresi, approfonditi e sviluppati dal Domat, alla cui opera hanno attinto copiosamente i compilatori del Code Napoléon (1804) che è stato il modello cui si è ispirato il primo Codice dell'Italia unita, che risale al 1865, e costituisce il precedente immediato di quello del 1942, tuttora vigente, per questa parte, senz'alcuna modifica.

Il primo elemento di cui occorre tener conto è questo, che il danno dev'essere "cagionato" dall'animale: il verbo è lo stesso di cui si serve l'art. 2043 per indicare il rapporto di causalità. Nell'analisi logica della frase, all'animale spetta dunque il ruolo di complemento d'agente. Ciò significa che il danno dev'essere conseguenza di un suo comportamento, attraverso il quale si manifesta la sua intrinseca pericolosità, con esclusione dei casi in cui esso non è che una massa inerte (il Tribunale di Milano si è dovuto occupare della vicenda di un tale che era caduto inciampando in un cane, il quale dormiva pacificamente, e, come ben s'intende, ha respinto la domanda di risarcimento), od un veicolo d'infezioni, ad es. per i parassiti di cui sia portatore.

Il dettato normativo richiede come secondo elemento la proprietà o l'uso dell'animale: dei danni risponde il proprietario

"o chi se ne serve per il tempo in cui lo ha in uso". Nella locuzione finale si riflette chiaramente l'assetto economico dell'epoca preindustriale, quando gli animali erano i più importanti strumenti di lavoro. Oggi questa loro funzione è quasi completamente venuta meno, sicché è raro trovare qualcuno che ancora "si serve" di un animale per l'esercizio della sua attività. Anche nella finzione cinematografica, la vicenda del vetturino impersonato da Alberto Sordi finisce tristemente con l'ultima corsa di Nestore. L'applicazione dell'art. 2052 è limitata per lo più ai piccoli animali detti "di compagnia", o "d'affezione", come cani, gatti e simili, ma anche, purtroppo, ad animali esotici importati illegalmente.

L'opinione tradizionale, ancor di recente sostenuta da un autorevole studioso come Massimo Bianca, ritiene che l'art. 2052 sancisca a carico del custode una presunzione di colpa: una presunzione relativa, o *iuris tantum*, che questi può vincere fornendo la prova del caso fortuito. Si noti come questa locuzione ricorra identica, anche nell'articolo immediatamente precedente (2051) a proposito del danno provocato da cose in custodia. In sostanza, essa costituisce la trasposizione, sul piano del diritto, dell'idea popolare della fatalità, e sfuma in quella di forza maggiore, o *vis cui resisti non potest*, sino a confondersi con essa. Il custode dovrà quindi provare di aver adottato tutte le misure che una persona di comune buon senso (il *bonus paterfamilias* dei romani) ritiene necessarie per impedire all'animale di nuocere, ad es, per restare in ambito canino, di aver fatto uso di museruola e guinzaglio, come sovente richiesto anche da specifiche norme di regolamento, ad es., sui mezzi pubblici di trasporto.

Secondo studiosi più giovani, come Marco Comporti, avremmo invece un'ipotesi di responsabilità oggettiva, che, come tale, prescinde dalla colpa.

Quale sia in proposito l'orientamento della giurisprudenza, ve lo dirà ora l'avv. Tiby, al quale cedo volentieri la parola.

Parte Seconda.

(Avv. Marco Tiby)

Come da tradizione, ho tratto spunto da alcune (anche non recenti) sentenze per elaborare dei casi pratici al fine di stimolare la Vs. partecipazione attiva.

Il primo argomento sul quale intendo focalizzare l'attenzione è quello della individuazione del soggetto tenuto a risarcire il danno. Partendo dalla lettera della disposizione e tenendo a mente quanto fin qui ascoltato, cercheremo di vedere quale sia il senso più ragionevole da dare alla locuzione "chi se ne serve per il tempo in cui lo ha in uso". La questione è rilevante in quanto la responsabilità tra questi e il proprietario dell'animale è alternativa (1).

Al fine di agevolare il confronto tra di noi, ho elaborato un quesito alla stregua della nota rubrica della Serttimana Enigmistica, *Se voi foste il giudice*. Riprendendo espressioni ormai superate, di derivazione romanistica, si potrebbe dire che questo è il caso della "cavalla calcitrosa" ma anche dei... "buoi cozzatori".

Orbene,

lo stalliere Sanna, dipendente del Reading Club della Pineta di Arenzano (2), il 24 luglio del 1968, mentre si trovava nel galoppatoio ad accudire la cavalla "Urania de Nora" di proprietà di tal Montera, venne colpito da un violento calcio improvvisamente sferrato dall'animale, riportando gravissime lesioni. Per ottenere il risarcimento dei danni da lui subiti e non coperti dalle erogazioni già percepite dall'Inail, il Sanna intervenne nel giudizio promosso davanti al Tribunale di Genova ex art. 1916 c.c. dall'ente assicuratore nei confronti del Montera.

"La locuzione "chi se ne serve per il tempo in cui lo ha in uso"

* Lezione tenuta alla Scuola Forense Mauro De Andrè di Genova il 15.10.2014 nell'ambito del corso integrativo.

di cui all'art. 2052 c.c. va intesa – sostiene il difensore del convenuto – in senso ampio, tale da ricomprendere non solo colui il quale, dall'animale, ritragga una specifica utilità (come nei casi di tosatura, cavalcata, aratura, etc.), ma anche chi, dalla relazione di fatto con esso, che consente di esercitare sullo stesso un potere di controllo, tragga un preciso utile, quale quello di un compenso per il governo, il mantenimento, la cura e la custodia. Le domande di rimborso e di danni proposte nei confronti del mio assistito – proseguì il difensore del Montera – dovranno quindi essere respinte in quanto al momento dell'infortunio la cavalla si trovava affidata ad una struttura che tiene cavalli "a pensione" dietro compenso, utilizzando l'attività di apposito personale ed avvalendosi di idonee attrezzature."

"Il collegio non potrà accedere ad una tale interpretazione – replicarono il difensore dell'ente pubblico e del Sanna – in quanto la responsabilità alternativa tra proprietario e utilizzatore dell'animale suppone un concetto di "utilità" molto diverso da quello prospettato dalla difesa del convenuto: tale concetto implica il diritto, da parte del terzo, di trarre dall'animale le stesse possibilità di utilizzazione spettanti al proprietario. Ed è chiaro che, con riferimento al caso che ci occupa, al Reading Club non è mai passato il diritto di uso del cavallo, giacché le sue prestazioni riguardano soltanto la custodia, il governo e il mantenimento dell'animale in forza del corrispettivo patuito.

Poniamoci ora nei panni del giudice: a chi daresti ragione? In primo grado prevalse la tesi del difensore del convenuto. L'Inail e il Sanna proposero appello, ottenendo la riforma della sentenza e la condanna del Montera.

Come vedete, sull'argomento, persone di una certa cultura giuridica e che hanno riflettuto parecchio, molto di più di quanto possiamo fare noi ora, si sono trovate su posizioni opposte. Non si tratta solo di contrapposizioni tra avvocati e tra giudici ma, come si vedrà, anche tra teorici e studiosi del diritto.

La sentenza del Tribunale è stata criticata da Camillo Belfiore, anch'egli magistrato e collega dei componenti del collegio (3).

Secondo Belfiore, l'art. 2052 c.c. altro non vuol dire che, "in linea generale, e salvo il fortuito, responsabile è il proprietario, tranne che il soggetto che si serve dell'animale sia diverso" e che "l'interpretazione letterale" della locuzione "chi se ne serve per il tempo in cui lo ha in uso" basta a "cogliere il senso della norma in modo chiaro ed esauriente".

Pertanto, l'unico plausibile significato da attribuire all'espressione "servirsi" è quello che rimanda all'utilizzo dell'animale da parte del terzo nel suo interesse e non in quello del proprietario: servirsi è quindi sinonimo di "utilizzare per sé". L'Autore sottolinea poi come la tendenza di una certa parte della giurisprudenza e della dottrina ad estendere la responsabilità del soggetto diverso dal proprietario allorché questi abbia anche la semplice "custodia" dell'animale o possa in qualche modo averne un potere di governo si accompagna all'idea che la responsabilità per colpa debba essere preferita a quella oggettiva (4).

Non inganni perciò il termine "custodia", ammonisce Belfiore, in quanto esso, nell'ambito della disposizione, è stato utilizzato in contrapposizione a "smarrimento" e "fuga" e non per fondare o dare senso alla natura della responsabilità. Non può dunque essere condivisa la tesi del Tribunale secondo la quale utilizzatore dell'animale va considerato colui che dalla relazione di fatto con esso trae un preciso utile economico (es. il corrispettivo per la pensione del cavallo).

Usare l'animale significa, invece, servirsene per un proprio immediato vantaggio, cioè adoperarlo così come farebbe il proprietario.

Come già detto, le osservazioni critiche di Belfiore sono state fatte proprie dalla corte di appello di Genova che ha riformato la sentenza di primo grado.

Ma Montera non ci sta. Anziché divertirsi con la sua Urania de Nora, cavalca la tesi (zoppicante) dei giudici di primo grado anche in cassazione "sostenendo che il Sanna venne colpito dal cavallo nel tempo in cui quest'ultimo era ricoverato nelle stalle del Riding Club, ed in un momento in cui veniva espletata su di esso una delle prestazioni retribuite, di competenza dello stesso Riding Club. Era pertanto il Riding Club che al momento del fatto si serviva dell'animale per l'esercizio della sua specifica attività..."

La difesa delle controparti non si fa attendere: la cavalla calcitrosa è la tua e il "Riding Club" non ha alcun titolo per servirsene: non c'è un diritto di uso, di usufrutto; non c'è un contratto di comodato o di locazione...

La cassazione (5) conferma la sentenza della corte d'appello e risolverà il noto brocardo: *ubi commodata, ibi incommada* (6) chiarendo il concetto con alcuni esempi: veterinario, maniscalco, vettore, stalliere, sono tutti soggetti che, pur avendo la custodia dell'animale (per ragioni di cura o di governo e mantenimento) non hanno alcun diritto di utilizzarlo come potrebbe fare invece il proprietario: in altre parole, non si servono (perché non si possono servire) dell'animale per il tempo in cui è stato loro affidato.

Nel parte finale della motivazione troviamo qualcosa di più che mostra come la sentenza del Tribunale non fosse solo errata sotto il profilo giuridico, ma anche inopportuna e contraria al buon senso, oltre che ad elementari principi di economia processuale (7).

Si tratta di questo interessante *obiter* che recita:

"È chiaro che, per altro, in simile fattispecie, fatta salva la responsabilità personale nei confronti dei terzi, in linea generale, spetta al proprietario l'azione di rivalsa verso il custode dell'animale, per l'eventuale violazione dei correlativi doveri di vigilanza e sorveglianza."

Ciononostante la tesi del tribunale genovese è stata apprezzata da una parte della dottrina che, ragionando in termini di "prevenzione del danno", ha definito "sbagliata" o data "per incuriam" la sentenza della cassazione che abbiamo appena visto (8).

Ma così opinando altro non si fa che reinterpretare la disposizione in termini di colpa dimenticando che le disposizioni sulla responsabilità civile, specie quelle che prevedono ipotesi di responsabilità oggettiva, non vanno snaturate a dispetto del danneggiato, ma interpretate in modo rigoroso tenendo conto che loro scopo è quello estendere e non di restringere il raggio della sfera di protezione della vittima.

Anche la sentenza della cassazione è stata annotata da un magistrato, Walter Ventrella, consigliere di cassazione (9) il quale, dopo aver delineato i contorni della controversa questione relativa alla individuazione del soggetto da ritenere responsabile ex art. 2052 c.c. in alternativa al proprietario, osserva come la preoccupazione di alcuni di evitare l'applicazione del meccanismo proprio della responsabilità oggettiva (il nudo fatto materiale dell'animale come causa del danno) cozza contro una precisa scelta legislativa e trova, in ogni caso, il suo punto di equilibrio nella possibilità assicurata al proprietario di agire in rivalsa nei confronti del custode.

"Uso" significa quindi "piena disponibilità dell'animale" e "diretta possibilità di utilizzarlo secondo la sua natura e la destinazione economico-sociale".

Indifferente finisce per risultare il titolo o l'assenza di esso: "La proprietà non è quindi che uno dei rapporti da cui de-

riva tale uso, sicché il proprietario non risponde tanto *uti dominus* quanto come utente, se così può dirsi...”

Difficile essere più chiari di così!

E' probabile che se l'art. 2052 c.c. fosse stato scritto senza fare riferimento al proprietario, il dibattito dottrinale e le oscillazioni giurisprudenziali non sarebbero esistite... Una sua possibile riformulazione, potrebbe quindi essere dunque la seguente:

Chiunque disponga di un animale e lo utilizzi secondo la sua natura (oppure, chiunque si serva di un animale utilizzandolo secondo la sua destinazione economico-sociale), risponde dei danni da esso cagionati anche qualora lo stesso sia smarrito o sfuggito, salvo che provi il caso fortuito.

Meglio evitare la parola “custodia”, a scanso di (ripetere ulteriori) equivoci...

A questo punto possiamo spostare l'attenzione su due casi (recentissimi, questa volta) che riguardano sempre l'individuazione del soggetto responsabile ma che ci consentono di ampliare un poco il discorso, mettendo in luce uno dei presupposti delle disposizioni e cioè il c.d. “fatto proprio” dell'animale, già evidenziato nella parte introduttiva.

CASO A (10)

Il pastore tedesco (dell'amica tedesca)

Un ciclista viene investito da un pastore tedesco che improvvisamente esce dall'abitazione di Tizio. Richiesti bonariamente i danni, Tizio oppone che il cane era di una sua amica tedesca, la signorina Strohmeier, sua ospite da alcuni mesi e che, al momento dell'incidente, lui non si trovava a casa. Il danneggiato si rivolge a voi per sapere se, tenuto conto che risulta provato che Tizio aveva la disponibilità del cane da alcuni mesi, se sia necessario, in ogni caso, citare in giudizio anche la proprietaria del cane.

La traccia mette in evidenza la disponibilità dell'animale in capo a Tizio il quale, tenendo il pastore tedesco nella sua abitazione da diversi mesi, se ne serviva (o se ne sarebbe dovuto ragionevolmente servire) secondo la sua destinazione economico-sociale: compagnia, guardia, etc. Questo è sufficiente ad accollarsi il rischio che l'animale provochi danni a terzi. Chiamare in giudizio Tizio, pertanto, è corretto e non è necessario citare anche la proprietaria. Irrilevante è pure la circostanza che al momento Tizio non fosse in casa: la relazione con l'animale non presuppone, com'è ovvio, una sorta di continuità fisico-temporale. La cassazione, respingendo il ricorso di Tizio, condannato al risarcimento dei danni sia in primo che in secondo grado, ha stabilito che *La responsabilità di chi si serve dell'animale per il tempo in cui lo ha in uso, ai sensi dell'art. 2052 cod. civ., prescinde sia dalla continuità dell'uso, sia dalla presenza dell'utilizzatore al momento in cui l'animale arreca il danno.* (11)

Esaminiamo ora un altro caso ove il fatto dell'animale avviene durante l'esecuzione di un contratto di trasporto.

CASO B (12)

Un toro renitente alla macellazione...

Tizio, esercente in proprio attività di trasporto animali da macello, dopo aver prelevato un toro da un allevamento ed averlo trasportato presso un centro di macellazione, mentre si accinge alle operazioni di scarico dell'animale viene da questo caricato alle spalle.

Il toro è di proprietà della cooperativa che gestisce il macello, essendo stato da essa acquistato prima dell'esecuzione del trasporto; la rampa scelta da Tizio, in piena autonomia, è l'unica adatta, per altezza, al mezzo di trasporto che egli quel giorno ha preso in prestito, essendo il suo guasto; tale accesso è da considerarsi troppo basso per animali pericolosi come il toro.

Tizio ha chiamato in giudizio la cooperativa a rispondere dei danni perché proprietaria dell'animale ed inoltre perché, esercitando un'attività pericolosa, avrebbe dovuto curare le operazioni di scarico e fornire al trasportatore le necessarie informazioni sulle misure di prevenzione e di protezione dai rischi.

Se voi foste i difensori della cooperativa, sulla base di quali argomenti cerchereste di resistere alla domanda?

Come detto, l'aspetto che caratterizza la presente vicenda infortunistica, rispetto a quella precedente, è che il fatto dell'animale avviene durante l'esecuzione di un contratto di trasporto dove il danneggiato-vettore si è mostrato imprudente per aver dato le spalle all'animale e utilizzato una rampa inadatta. La linea difensiva della cooperativa, per ottenere il rigetto della domanda, può perciò correre su di un duplice binario: a) l'obbligazione del trasportatore; b) la colpa del danneggiato.

Sotto il primo profilo occorre mettere in evidenza che il trasportatore, per il corretto adempimento della prestazione a suo carico, è tenuto a gestire l'animale fino al completamento delle operazioni di consegna. In base a quanto dispone l'art. 1687 c.c. la prestazione del trasportare include la “messa a disposizione” del destinatario delle cose trasportate, dovendosi come tale intendere la consegna a terra nel luogo di destinazione. L'animale, fino a questo momento, è dunque nella piena disponibilità giuridica e materiale del vettore il quale non lo detiene per conto e nell'interesse del proprietario (come ad esempio il dipendente o la stalliere), ma nel suo specifico interesse. Il fatto che lui stesso possa scegliere in totale autonomia le modalità dello scarico appare di ostacolo qualificare come “pericolosa” (ex art. 2050 c.c.) l'attività esercitata dalla cooperativa.

In via subordinata, qualora si dovesse ammettere una responsabilità del proprietario, sarà in ogni caso facile dimostrare il concorso di colpa del danneggiato che ha completamente errato l'esecuzione dello scarico volgendo le spalle al toro e utilizzando una rampa troppo bassa, con ciò spezzando il nesso di causalità tra fatto dell'animale ed evento dannoso.

In ogni caso, la cassazione ha stabilito che: *Il proprietario di un animale, ai sensi dell'art. 2052 cod. civ., non risponde dei danni da questo causati a chi lo deteneva temporaneamente in vista del perseguimento di un interesse proprio, onde il trasportatore di animali non può pretendere dal proprietario di essi il risarcimento del danno causatogli dalle bestie durante le operazioni di carico o scarico, dal medesimo espletate in piena autonomia.*

Tornado al fatto “proprio” dell'animale e concludendo sul punto occorre sottolineare che, esso per dirsi tale, deve prescindere dall'attività dell'uomo.

In giurisprudenza, alcune volte, ci si imbatte nella locuzione latina “*secundum o contra naturam*”. Si vuole con ciò sottolineare che anche comportamenti anomali o imprevedibili dell'animale (es. imbizzarrimento di una bestia notoriamente tranquilla), sono fonte di danno ex art. 2052 c.c. (13).

Come detto il fatto deve essere dell'animale (14). Quando l'animale non ponga in essere un fatto proprio non è causa, ma occasione di danno. Esempio: Tizio inciampa nel cane accovacciato sul pavimento e, cadendo, si procura delle lesioni. Il precedente richiamato dal Prof. Fontana (15) aveva escluso la responsabilità ex art. 2052 c.c. perché il cane dormiva pacificamente. Tuttavia, in queste situazioni, il titolo della responsabilità potrebbe spostarsi sul versante dell'art. 2051 c.c. in quanto l'animale... inanimato è pur sempre una cosa in custodia. Del resto, quella dei cani che dormono sul pavimento di negozi, marciapiedi, edifici religiosi, stazioni

etc. non è un' eventualità così rara, così come non è raro che siano fonte di inciampo quando non siano ben visibili. Tra animale e danneggiato non è necessario che vi sia contatto fisico. Si pensi sempre al cane che si sveglia di soprassalto cercando di aggredire un passante il quale, per evitare di essere azzannato, cade a terra. O del bambino che, in un parco pubblico, percorre una discesa con il suo monopattino e cade per lo spavento procuratogli da un cane che gli si avvicina improvvisamente, abbaiano.

I casi A e B, inducono a riflettere su due ulteriori tematiche: 1) il concorso di titoli di responsabilità tra l'art. 2052 c.c. e l'art. 2054 c.c.; 2) la portata della prova liberatoria, il caso fortuito, comprensivo del fatto del terzo e di quello dello stesso danneggiato.

Per affrontare la prima tematica prendiamo in esame il

CASO C (16)

Piovano mucche... 17)

Giovanni Battista Parma, alla guida della propria auto, mentre percorre la strada provinciale Groppello-Inzago, investe due mucche di proprietà di Bruno Motta.

Decide quindi di agire contro quest'ultimo per ottenere il risarcimento dei danni subiti dalla sua autovettura; il Motta, a sua volta, chiede in via riconvenzionale la condanna dell'attore e della sua compagnia di assicurazione al risarcimento dei danni per la perdita dei bovini. Il giudice di primo grado accoglie la domanda principale e respinge la riconvenzionale ritenendo provato che le mucche avevano improvvisamente attraversato orizzontalmente la strada in condizioni di scarsa visibilità per la nebbia e l'ora notturna. Il Tribunale di Milano, invece, ritenuto -in astratto- ammissibile il concorso delle presunzioni di cui agli artt. 2054 c.c. (a carico del Parma) e 2052 c.c. (a carico del Motta), respinge la domanda principale e accoglie la riconvenzionale.

"Il conducente che chiede il risarcimento del danno causatogli dall'investimento di un animale" -si legge nella sentenza- "deve innanzitutto dimostrare di avere fatto tutto il possibile per evitare il sinistro. Solo se la presunzione su di lui gravante viene superata con la dimostrazione che il sinistro è stato causato, in via esclusiva o concorrente, da un comportamento positivo dell'animale, opererà la diversa presunzione sancita dall'art. 2052 c.c., che per il fatto dell'animale rende responsabile il proprietario o chi se ne serve. Alla luce di tali considerazioni, poiché dall'istruttoria svolta le modalità del sinistro sono rimaste del tutto indimostrate e l'attore non è riuscito a vincere la presunzione a suo carico, non ha diritto ad ottenere alcun ristoro non potendo operare la presunzione di responsabilità di cui all'art. 2052 c.c. a carico del Motta e non occorrendo entrare nel merito dell'allegata esimente del caso fortuito".

Il difensore, dopo avere letto attentamente la sentenza, convoca il cliente per riferirgli dell'esito del giudizio e della necessità di ricorrere in cassazione...

Più o meno con queste parole:

La sentenza del Tribunale è illogica e contraddittoria, faremo ricorso in Cassazione!

Dalla motivazione si evince l'ingiustizia che lei, caro Sig. Parma, ha perfettamente colto senza essere un tecnico o un esperto di diritto. Non sta scritto da nessuna parte, infatti, che tocchi per primo all'automobilista vincere la presunzione di responsabilità di cui all'art. 2054 c.c. e solo dopo tale esito favorevole diventi operante per il proprietario degli animali la presunzione a suo carico, col relativo onere di allegare e dimostrare il fortuito. Il Tribunale ha finito per esonerare da ogni responsabilità la sua controparte quasi che alla mancata prova,

da parte sua, di avere fatto tutto il possibile per evitare il danno, corrisponda la prova, da parte del Motta, del fortuito. La giurisprudenza di legittimità, nel caso di urto tra un autoveicolo e un animale con danni reciproci, scartata la tesi della prevalenza dell'una o dell'altra delle presunzioni in discorso, ha ripetutamente ammesso il concorso, ossia la pari efficacia, di entrambe, col corollario che la sussistenza e la misura delle rispettive responsabilità dev'essere determinata in base alle modalità del fatto concreto. (18) In altre parole, il proprietario dell'animale dovrà dimostrare il caso fortuito (nel quale rientra anche il fatto stesso del danneggiato), mentre il conducente dovrà dimostrare di aver fatto di tutto per evitare il danno (e cioè dovrà dimostrare la sua prudenza e l'altrui imprudenza). E' evidente che il prodursi di un evento complesso come un sinistro stradale, specie se siano coinvolti degli animali (non trainanti), anche secondo il semplice buon senso, ben può essere il risultato di più cause concorrenti e non si vede perché si debba privilegiarne una a discapito dell'altra, a seconda che uno sia alla condotta di un veicolo piuttosto che proprietario di un animale. Anzi, a dir tanto, considerato che la prova liberatoria di cui all'art. 2052 c.c. incide unicamente sul nesso causale, mentre quella prevista dall'art. 2054 c.c. atiene più semplicemente alla colpa, sarebbe casomai più ragionevole fare prevalere la presunzione della prima disposizione, tenuto conto anche dei valori in gioco. (19)

Al di là di questi discorsi forse troppo astratti e difficilmente comprensibili, ciò che vanno alla fine considerate sono le c.d. "modalità del fatto concreto" nello sforzo di capire, caso per caso, alla luce degli elementi emersi in corso di causa, se siano state fornite o no le richieste prove liberatorie (20).

Il Tribunale, pertanto, affermando la prevalenza della presunzione di cui all'art. 2054, 1° comma su quella dell'art. 2052 ha sancito di fatto, la soppressione della seconda, dal momento che ha addossato l'intera responsabilità a lei, a causa del mancato superamento della presunzione di cui all'art. 2054, 1° comma. Viceversa, avrebbe dovuto accertare, in pari tempo, se il Motta avesse, a sua volta, vinto la presunzione di cui all'art. 2052 con la prova del fortuito e non già proclamando la superfluità di una siffatta indagine.

E' poi evidente che non ci sarebbe stato bisogno di ricorrere alle due contrapposte presunzioni, per il loro carattere di sussidiarietà, se si fossero accertate con sufficiente certezza le concrete modalità dell'incidente e con esse la sussistenza e la misura delle rispettive colpe. Ora, dagli elementi probatori raccolti, possiamo anche starcene del fatto che il Tribunale non abbia dato per vinta la presunzione a nostro carico, ma non possiamo accettare la sentenza nella parte in cui ha affermato la nostra responsabilità esclusiva senza pretendere da controparte la prova del fortuito. Infatti, se il Motta non vincerà la presunzione a suo carico, anche lui dovrà rispondere dei danni!

Qualche anno dopo, l'avvocato legge al cliente il principio di diritto contenuto nella sentenza della cassazione che, riforma della decisione del Tribunale, così stabilisce: *Nell'ipotesi di scontro fra un veicolo ed un animale il concorso fra le presunzioni di responsabilità stabilite a carico del conducente del veicolo e del proprietario dell'animale, rispettivamente dagli artt. 2054 e 2052 cod. civ., comporta la pari efficacia di entrambe tali presunzioni e la conseguente necessità di valutare, caso per caso, e, senza alcuna reciproca elisione, il loro superamento da parte di chi ne risulta gravato...* (21)

Prima di affrontare la seconda problematica che, come, detto, riguarda il caso fortuito, va segnalato che in altre circostanze non si pone un problema di concorso, ma di esclusione di titoli di responsabilità allorché, ad esempio, gli ani-

mali siano impiegati in attività pericolose. Tale questione è emersa, per lo più, con riguardo alle attività di maneggio di cavalli. La giurisprudenza tende ad individuare l'art. 2050 c.c. come norma di riferimento allorché in detta attività siano coinvolti principianti o allievi giovanissimi. Ne consegue che il gestore del maneggio potrà andare esente da responsabilità una volta fornita la dimostrazione di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno (22).

Tornando all'art. 2052 c.c. e alla clausola di esonero di responsabilità in esso contenuta, l'esame della giurisprudenza mette in evidenza come la fattispecie più ricorrente è quella che vede i giudici impegnati a valutare in termini di fortuito la condotta del danneggiato. Nella nozione di evento esterno imprevedibile, eccezionale, etc., tale da spezzare il nesso di causalità tra fatto proprio dell'animale ed evento dannoso, rientrano infatti anche il fatto del terzo e il concorso di colpa del danneggiato, a nulla rilevando l'eventuale prova dell'uso della comune diligenza nella custodia dell'animale.

CASO D (23)

Una puttina esploratrice e un anziano... Siracusano incurso (24).

Simona, una vivace bambina di tre anni, dopo aver aperto un cancello ed essersi introdotta nel giardino di pertinenza dell'abitazione di Leonardo, viene assalita dal cane di quest'ultimo riportando lesioni. I genitori si rivolgono al vostro patrocinio e vi riferiscono che il giardino di Leonardo era sì completamente recintato, ma che il cane era libero di circolare all'interno dello stesso. Vi domandano quindi se l'ingresso della loro figlia in un luogo privato, recintato e chiuso da un cancello possa pregiudicare il diritto al risarcimento. Gli stessi genitori sono un po' preoccupati in quanto un loro anziano conoscente, tal Siracusano, classe 1930, in una mattina di dicembre, dopo aver fatto ingresso in uno stabile, adibito dal proprietario a frantoio, veniva assalito dal cane pit-bull di quest'ultimo. Il cane era legato ad una catena di tre metri, distante dal cancello di ingresso ed inoltre vi erano dei cartelli con la scritta "Attenti al cane", cartelli peraltro non ben visibili se il cancello, come nel caso di specie, veniva lasciato aperto. Il Siracusano aveva ottenuto una sentenza favorevole dal Giudice di Pace, ma che tale sentenza era stata riformata in appello dal Tribunale che lo aveva persino condannato alle spese. Secondo quanto era stato riferito loro dal Siracusano, il Tribunale aveva ritenuto circostanza imprevedibile che qualcuno si recasse nel frantoio in un periodo in cui la stagione produttiva era ferma ed era quindi stato "rimproverato" dal giudice di aver fatto ingresso nella proprietà altrui senza avvertire o citofonare, tanto più che, in ragione della sua età, avrebbe dovuto evitare ogni pericolo stante la minor prontezza a ritirarsi dall'eventuale attacco di un cane legato alla catena.

Parere del difensore per i genitori di Simona.

L'introduzione di vostra figlia, come del resto di qualunque altra persona estranea, nella proprietà altrui, non integra gli estremi del caso fortuito ex art. 2052 c.c. Per caso fortuito si deve intendere, infatti, l'intervento di un fattore esterno nella causazione del danno che presenti i caratteri della imprevedibilità, della inevitabilità e della assoluta eccezionalità. E questo non può certo essere rappresentato dall'ingresso di una bambina nella proprietà di altri.

Il caso fortuito, in altre parole, sia ha tutte le volte in cui un evento dannoso non possa ricondursi al fatto proprio dell'animale, ma a quello, ad esempio, del danneggiato o di un terzo. Per il convenuto sarà dunque difficile provare l'esistenza di un fattore, estraneo alla sua sfera soggettiva, idoneo ad interrompere il nesso causale, tanto più che, oramai, la dottrina maggioritaria e la stessa giurisprudenza non ritengono suf-

ficiente la prova, da parte del danneggiante, di aver usato la comune diligenza nella custodia dell'animale.

Nel caso di specie, al di là del fatto che non appare così imprevedibile che qualcuno entri nella proprietà altrui, se il cancello di Leonardo è stato aperto con facilità da una bambina di soli tre anni, è evidente che non fosse dotato di idonea chiusura; è chiaro dunque che Leonardo non aveva adottato tutte le cautele idonee in concreto ad evitare l'ingresso di estranei con la conseguenza che, accettando il rischio di un'eventuale aggressione nei confronti dell'intruso, deve dunque rispondere dei danni.

Il caso fortuito si verifica in ipotesi del tutto diverse come quando è il danneggiato stesso a porsi in una situazione di rischio e pericolo, non prevedibile e del tutto anomala. Sotto questo aspetto, appare significativo un precedente di merito (Trib. Pordenone, 10.04.1989), che ha respinto la domanda proposta nei confronti della stalla sociale da parte di un elettricista aggredito da un toro dopo che l'attore, scavalcando una staccionata, era entrato nel recinto dell'animale senza nessuno motivo connesso alle riparazioni dell'impianto elettrico che gli erano state affidate.

Una tale pronuncia potrà tornare d'aiuto alla nostra linea difensiva, così come non sarà di ostacolo il fatto che la corte d'Appello di Firenze (25) ha escluso la responsabilità del proprietario per i danni subiti da una ragazza dodicenne che, pur avvertita del pericolo, aveva aperto ben due porte per recarsi in giardino e aizzato il cane che poi l'aveva aggredita. E' chiaro poi che le valutazioni di questi casi non possono prescindere, al di là delle differenze dovute al contesto spazio-temporale, dall'età della vittima che incide sulla coscienza e volontarietà della condotta. Sulla scorta di tali ragioni ci sono buone probabilità che anche il vostro anziano conoscente ottenga giustizia in cassazione (26).

Va al riguardo ricordato che con la sentenza n. 12161/00 (27), la corte di cassazione ha riconosciuto il diritto al risarcimento ai genitori di una bambina che era stata morsicata da un cane, legato da una lunga catena, che poteva giungere fino al marciapiedi della sua proprietà nei pressi della quale era posto, in modo perfettamente visibile, il cartello di pericolo. La stessa corte, con la sentenza n. 11570/09 (28), ribaltando le decisioni di primo e secondo grado, ha escluso il fortuito nella condotta di una anziana ottantunenne che, per scendere gli scalini di accesso alla metropolitana, non aveva voluto lasciare il corrimano d'appoggio, passando così vicino ad un cane di piccola taglia, legato alla barriera d'ingresso e ben visibile, che l'aveva attaccata facendola cadere (29).

In chiusura non rimane che fare cenno ad altri due aspetti del tema oggetto della presente lezione: il danno cagionato dalla fauna selvatica e quello cagionato da animali randagi. Mi limito, per entrambi, a fornire qualche nota bibliografica, unitamente alle più recenti massime di cassazione, ricordando soltanto che:

con riferimento al primo aspetto, la cassazione ha più volte ribadito che la fauna selvatica (che fa parte del patrimonio indisponibile dello Stato in virtù della L. 968/77) sfugge dal rapporto di custodia (inteso nel senso di mera relazione o utilizzo, fatto proprio dall'art. 2052 c.c.) in ragione del suo stato di libertà, con la conseguenza che l'attore non potrà agire ex art. 2052 c.c. ma dovrà sobbarcarsi l'onere probatorio più intenso imposto dalla clausola generale di cui all'art. 2043 c.c. Si tratta di una scelta interpretativa (avallata dalla stessa Corte costituzionale (30)) volta a far sì che il danno venga lasciato per lo più in capo a chi lo subisce: la prova della colpa dell'ente

territoriale (la Regione, cui dalla L. 157/92 sono state assegnate le funzioni di controllo, gestione e tutela degli animali selvatici, o la Provincia, quando alla seconda siano delegati i poteri da parte della prima) è molto difficile da fornire in giudizio e senza tale prova non si ottiene nulla se non delle sonore condanne alle spese di giudizio (31).

Per quanto riguarda i danni provocati dagli animali randagi, la cassazione appare orientata a confermare il regime della responsabilità in base alle norme generali, a volte individuando il comune (32), a volte la locale azienda sanitaria locale (33), a seconda di chi sia il soggetto tenuto, per legge, a reprimere il fenomeno del randagismo.

Note:

(1) Così come di recente ribadito da Cass. 04.02.2014 n. 2414, di cui *infra*.

(2) Nella sentenza di primo grado è scritto così. In realtà la dizione corretta è Riding, come poi si vedrà.

(3) Cfr. Trib. Ge., 7 aprile 1972, in *Giur. merito*, 1978, 12, con nota critica di Belfiore, *Appunti in materia di danni cagionati da animali*. Pochi anni dopo che diventai avvocato (considerato che oggi è il 15 ottobre, mancano tre giorni e sono esattamente vent'anni che ho dato l'esame orale), Camillo Belfiore dirige la Pretura di Genova. Lo ricordo come un tipo molto austero, ma non particolarmente severo. Una volta andai nel suo ufficio per lamentarmi del fatto che il giudice di Pace mi aveva respinto un ricorso per decreto ingiuntivo ove la somma ingiunta era rappresentata da un paio di canoni di locazione di modesta entità, rientranti appunto nella competenza, per valore, del magistrato onorario. Il pretore mi chiese: "Qual è il titolo da cui scaturisce il preteso credito?" Ma come, pensai tra me, l'esame l'ho già dato... E ora mi rifanno le domande... Risposi: "Il contratto di locazione". "E allora la competenza è del Tribunale - mi disse - in quanto il giudice di pace, salvo alcune materie, è competente solo per le cause relative a beni mobili. Replicai senza speranza: "Ma l'inquilino ha già rilasciato il bene, è solo moroso nel pagamento". "E che c'entra? Vada alla fonte dell'obbligazione...". Nel 1998 venne istituito il giudice unico di tribunale. Si pose allora il problema, stante la soppressione delle preture, a chi andasse la competenza in materia di locazioni e la Cassazione indicò il Tribunale. Belfiore aveva ragione, così come ha avuto ancora ragione nell'annotare in modo critico la sentenza del Tribunale di Genova.

(4) Questa linea di pensiero, ormai superata, conteneva già in allora una contraddizione in termini laddove si vedeva costretta - considerato che l'unico modo di sfuggire alla responsabilità è provare il fortuito -, a parlare di presunzione *iuris et de iure* (presumendo la colpa anche dove non vi fosse!); chi, invece, si rifaceva alla presunzione semplice supponeva un'idea di fortuito (come non-colpa) del tutto estranea al concetto oggettivistico fatto proprio dal codice.

(5) Cass. 30 novembre 1977 n. 5226, in *Giust. civ.*, 1978, 739, con nota favorevole di Ventrella, *Danno cagionato da animali: fondamento della responsabilità e individuazione dei soggetti responsabili*.

(6) Altrimenti formulato *cuius commoda et eius incommoda* sintesi del brano attribuito a Paolo: *Secundum natura est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentum incommoda*.

(7) Il Tribunale, si è fatto scrupolo di evitare guai al proprietario senza neppure pensare che, da un lato, questi aveva tutti i diritti a rivalersi su di un altro soggetto e che, dall'altro, così facendo avrebbe finito per costringere il dipendente ad agire contro il proprio datore di lavoro...

(8) Cfr. Monateri, *La responsabilità civile*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da Rodolfo Sacco, Utet, 1998, p. 1064, nota 35. Secondo l'Autore, nel caso di specie, "sarebbe assurdo imporre una responsabilità sul proprietario come se questi potesse agire per prevenire

il danno, interferendo nell'attività del circolo ippico. Occorre invece piazzare la responsabilità sul soggetto che meglio può prevenire il danno". Si tenga conto che il paragrafo dedicato al 2052 si apre con queste lapidarie frasi: "La responsabilità per fatto degli animali oltrepassa i limiti della custodia (...) Il fondamento della responsabilità è sicuramente oggettivo; non v'è alcuna necessità di provare la colpa (...) Si tratta di una esplicitazione del principio *cuius commoda...*"

(9) Ventrella riprende dunque la linea interpretativa di chi aveva criticato la sentenza del Tribunale non accorgendosi, peraltro, che Belfiore aveva commentato proprio la sentenza di primo grado (citata al n. 26 senza alcun accenno in merito...). La sentenza della cassazione viene considerata un *leading case* da Restà, *Danno cagionato da animali*, in *Nuova giur. comm.* 1996, 135 il quale segnala nella stessa linea di pensiero Cass. 9.12.1992, n. 13016, in *Arch. giur. circ.*, 1993, 420.

(10) Tratto da Cass. III Sez. 04.02.2014, n. 2414. Ricordo un caso analogo di cui mi occupai professionalmente diversi anni fa dove il proprietario di un cane lupo, partito un sabato mattina da Milano e giunto a Camogli per trascorrere il week end, aveva aperto la portiera posteriore dell'autovettura; il cane, molto probabilmente spinto da un forte bisogno fisiologico rimasto troppo a lungo compresso, si era catapultato fuori attraversando la strada e investendo un ciclista.

(10) Cass. III Sez. 04.02.2014, n. 2414, Pres. Russo - Est. Cirillo - Medici (Stevanato ed altro) contro Tosato ed altri (Rigetta, App. Venezia, 11.03.2009)

(12) Tratto da Cass. 11.12.2012, n. 22632, commentata da Felletti, *La nozione di utente dell'animale ai sensi dell'art. 2052 c.c.: punti fermi e questioni ancora aperte*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 862

(13) Cfr. Cass. 7.9.1966, n. 2333, in *Temì nap.*, 1967, 115, per i danni cagionati da una mucca a seguito del ritorno inaspettato del calore. La precisazione trova ragione nel fatto che nel diritto romano la responsabilità del *dominus* si delineava solo nel caso in cui l'animale si fosse comportato *contra naturam* (si veda il passo di Ulpiano: "*et generaliter haec actio (de pauperie) locum habet, cotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit*").

(14) Nel diritto romano, se il fatto era "proprio" dell'uomo, si applicava l'*actio legis Aquiliae*, l'azione generale di danno, così come oggi si fa riferimento alla clausola generale di cui all'art. 2043 c.c. (es. cane aizzato dal proprietario verso un terzo).

(15) Trib. Milano 25.3.1965, in *Temì*, 1965.

(16) Il caso è tratto da Cass. 27.06.1997, n. 5783, Pres. Grossi - Est. Perconte Licatense - Parma (Alberghina) contro Motta (non cost.) (Cassa con rinvio, Trib. Milano, 17 novembre 1993).

(17) "*Piovono mucche*" è il titolo di un film molto bello e poco conosciuto diretto da Luca Vendruscolo. Risale al 2002 e narra l'esperienza di vita di un obiettore di coscienza, di nome Matteo, che svolge il servizio civile nell'ambito di una comunità di disabili di Roma. Ebbi l'occasione di vedere questo film nel corso di una interessante rassegna cinematografica organizzata a Genova dall'ANM e dal Comitato per lo Stato di diritto.

(18) Cfr. in questo senso: Cass. 9 dicembre 1992 n. 13016 in *Arch. giur. circ. strad.*, 1993, 429; Cass. 19 aprile 1983 n. 2717 in *Giust. civ.*, 1983, p. 2987, con nota di Ventrella Cass.; 5 febbraio 1979 n. 778; 28 luglio 1969 n. 2875.

(19) Si tratta della teoria sposata da Ventrella, *Articoli 2052 e 2054 comma 1: questioni in tema di concorso delle relative presunzioni*, in *Giust. civ.*, 1983, p. 2987, nota di commento a Cass. 19.04.1983, n. 2717. L'Autore, dapprima, richiama una sentenza inedita del Tribunale di Torino del 1950 e poi conclude: "...non sarebbe forse inopportuno approfondire i motivi di esclusione della tesi della prevalenza della presunzione ex art. 2052, operanti sul piano logicamente precedente e assorbente della causalità materiale e sulla base di un diverso, obiettivo titolo di responsabilità. Non a caso, del resto, alla diversità del titolo di responsabi-

lità e del rigore della prova liberatoria, corrisponde la diversità delle poste in gioco, l'incolumità dell'uomo e dell'animale, al pericolosità della cui presenza su strade ed autostrade è superfluo sottolineare." Questa pur interessante teoria non ha trovato sbocchi nella giurisprudenza di legittimità. D'altra parte se si dovesse fare un raffronto tra valori in campo, non sempre (come del resto dimostra il caso di specie), nell'urto tra i veicoli e gli animali, viene lesa l'integrità fisica dei conducenti i quali potrebbero invece lamentare unicamente danni al veicolo a fronte della morte dell'animale rimasto investito. Sull'argomento in generale cfr. anche Pandolfi, *Scontro tra veicoli e animale: rapporto tra l'art. 2052 cod. civ. e l'art. 2054 comma primo cod. civ.* in *Dir. ec. ass.*, 2003, 508 e Citarella, *Mandrie, (moto) veicoli e responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 1390

(20) La cassazione metterà in evidenza le tre possibilità: a) che uno soltanto superi la presunzione posta a suo carico, sì che l'altro si ponga come l'unico responsabile; b) che entrambi si liberino delle rispettive presunzioni, in modo da essere reciprocamente esonerati da responsabilità; c) che nessuno dei due raggiunga la prova liberatoria, onde la colpa dovrà farsi risalire ad entrambi ed in egual misura, in applicazione di un principio generale desumibile dagli artt. 2054, 2° comma e 2055 u.c. c.c.

(21) La massima di Cass. 5783/97 prosegue delineando le varie ipotesi (cfr. nota precedente) e concludendo che il mancato superamento della presunzione da parte di uno degli interessati (nella specie il conducente del veicolo) non implica esonero da responsabilità dell'altro, se questi non abbia vinto la presunzione a suo carico (dando, nella specie, la prova del fortuito).

(22) Cfr. Cass. 11.2.1994, n. 1380, con nota di Capecci, *La gestione del maneggio e la responsabilità civile*, in *N.G.C.C.*, 1995, 401; Cass. 23.11.1998, n. 11861, con nota di Capecci, *Responsabilità del gestore di maneggio e prova liberatoria*, in *N.G.C.C.*, 1999, 745; più in generale, sul caso fortuito e la caduta da cavallo, cfr. Cass. 30.03.2001, n. 4742, con nota di Capecci, *Nesso di causalità e caso fortuito nell'attività di maneggio*, *N.G.C.C.*, 2002, 412; Pisu, *Brevi note in tema di responsabilità del gestore di maneggio per danni da equitazione*, in *Riv. giur. sarda*, 2007, 396.

(23) Per elaborare questo testo ho intrecciato di due casi giurisprudenziali. Il caso principale è tratto da Cass. 20.07.2011, n. 15895, in *La resp. civ.*, 2012, 674, con nota di Sgambati, *Danno cagionato da animali, responsabilità oggettiva e caso fortuito*. La stessa risulta annotata anche da Barbaro, *La Cassazione interviene ancora sull'aggressione da parte di animali*, in *Danno e resp.*, 2012, 273. Quello a cui fanno riferimento i genitori di Simona è stato deciso da Cass. Sez. III, 15.04.2010, n. 9037 - Pres. Trifone - Rel. Amatucci - Siracusano (Carrozza) contro Todaro (Forganni) (Cassa con rinvio, Trib. Messina, 07.11.2005). Sul concorso di colpa del danneggiato, tra le altre, cfr. anche Greco, *Danno cagionato da animale in custodia e concorso di colpa del danneggiato*, in *Corr. merito*, 2012, 667, nota a Trib. Benevento, 14.02.2012.

(24) Ho preso spunto dal cognome (Siracusano) del ricorrente in Cass. 9037/10, e ciò per fare dei riferimenti più o meno espliciti ai primi e più famosi giocatori di scacchi italiani del XVI secolo: Leonardo da Cutro, (1552-1597), studente di legge a Roma, detto "il Puttino" (di qui la "puttina esploratrice"), e il suo rivale Paolo Boi (1528-1598), soprannominato "il Siracusano" (che giocò anche a Genova). Altri giocatori furono Giulio Cesare Polerio, detto "l'Abruzze" autore de *L'eleganza, sottilità, verità della virtuosissima professione degli scacchi* e Gioacchino Greco, detto "il Calabrese" un vero e proprio professionista che visse molto in Spagna, dove primeggiò alla corte di Re Filippo IV. Tra gli spagnoli, il più famoso (ma battuto dal Puttino nel 1575 in una sfida alla presenza di Filippo II) fu Ruy Lopez de Segura, autore dell'opera *Libro de la invencion liberal y arte del juego del Axedrez, muy util y provechosa*, pubblicato nel 1561. Tra la letteratura italiana più antica va segnalato il trattato del domenicano (che ha vissuto per un periodo anche a Genova, nel

convento di Santa Maria di Castello) Fra Jacopo da Cessole, *Ludus scachorum o Liber de moribus hominum et officiis nobilium ac popularium super ludo scachorum*, composto intorno al 1300 che può essere comodamente sfogliato su <https://archive.org/details/volgarizzamentod00jaco>. Imparare l'arte degli scacchi è molto importante per chi intende esercitare la professione: studio (anche delle mosse dell'avversario), tattica e strategia scacchistica tornano molto utili a chi deve battere utilizzando le regole processuali e le capacità di persuasione per far valere gli interessi del proprio cliente. L'arena scacchistica, oggi facilmente accessibile a chiunque tramite la rete consente di giocare ad ogni ora del giorno e della notte con avversari sparsi per tutto il globo terrestre ed insegna che una partita non è mai persa e come occorra lottare fino all'ultimo per ottenere giustizia. Si può infatti perdere una causa, così come una partita di scacchi, anche se si osservano tutte le regole (del processo, come del gioco). Così, con riferimento al gioco più antico e famoso del mondo, si parla a anche di "ingiustizia equiparante" in quanto "l'eccezione che rovina i piani a voi oggi, potrebbe rovinare quelli dell'avversario domani" (James Eade, *Scacchi for Dummies*, Hopeli, 2013, p. 243).

(25) App. Firenze 13.4.1964 in *Giur. tosc.*, 1964, 598

(26) Il Siracusano vinse la causa in virtù della sentenza 9037/10. Anche qui la corte, nel precisare che la prova di aver usato la comune diligenza nella custodia dell'animale non può esonerare da responsabilità, ha criticato le decisioni di merito che avevano posto l'accento sul fatto che l'anziano non avrebbe dovuto esporsi al rischio di essere aggredito dal cane in ragione delle sue scarse capacità reattive dovute all'età!

(27) Cass. 14.09.2000 n. 12161, ove si ribadisce come il convenuto, per liberarsi, deve provare l'esistenza di un fattore, estraneo alla sua sfera soggettiva, idoneo ad interrompere detto nesso causale, non essendo sufficiente la prova di aver usato la comune diligenza nella custodia dell'animale.

(28) Cass. Sez. 19.05.2009, n. 11570, annotata da Barbaro, *Il ruolo della prova del nesso di causalità e del caso fortuito nel risarcimento del danno cagionato da animali in custodia*, in *Danno e resp.*, 2010, 154; da Bruschini in *Giur. it.*, 2010, 826 e da Cerini, "Cari animali": quando la relazione diventa pericolosa a causa di leash poles mancanti, in *Dir. ec. ass.*, 2009, 961.

(29) I genitori vinsero la causa. La cassazione, con la sentenza n. 15895/11 ha infatti giudicato erroneo il ragionamento del giudice di merito il quale aveva ritenuto che integrasse l'ipotesi di caso fortuito la condotta della danneggiata, minorenne di anni tre, rimasta ferita per l'aggressione da parte di un cane che si trovava all'interno di un giardino il cui ingresso era costituito da un cancello non assicurato da idonea chiusura, tanto da potere essere facilmente aperto dalla bambina stessa.

(30) Cfr. Corte cost. ord. 29.12.2000, n. 581 e n. 579 in *Foro it.*, 2001, 377.

(31) Cfr. da ultimo Cass. Sez. I, 24.04.2014 n. 9276 - Pres.: Vitrone - Est.: Macioce Relatore: Macioce L. - Lancia ed altro (Iannozzi) contro Reg. Abruzzo (Avv. Gen. Stato) - (Rigetta, Trib. Sulmona, 07.03.2006) confermativa della sentenza di merito, che aveva rigettato la domanda proposta nei confronti di una Regione per il risarcimento dei danni conseguenti alla collisione tra una vettura e un cinghiale, ritenendo non fossero emerse prove di addebitabilità del sinistro a comportamenti imputabili alla Regione o all'Anas, non potendo costituire oggetto di obbligo giuridico per entrambe la recinzione e la segnalazione generalizzate di tutti i perimetri boschivi, quest'ultima, peraltro, di spettanza specifica dell'Anas. In argomento, tra gli altri, cfr. Benatti, *Danno da animali: sulle precauzioni idonee a prevenire il danno*, in *La resp. civ.*, 2010, 814, nota a Cass. 8.01.2010, n. 80; Guarda, *Il passero (solitario) e la risarcibilità dei danni cagionati dalla fauna selvatica*, in *N.G.C.C.*, 2009, 386 nota a Cass. III Sez. 21.11.2008, n. 27673; Reato, *La responsabilità della P.A. per il danno cagionato dalla fauna selvatica*, *La resp. civ.*, 2005, 697, nota a Cass. III Sez., 28.07.2004, n. 14241.



(32) Cass. Sez. III, 28.04.2010, n. 10190, con nota di Garatti, *Morso di cane randagio: chi risponde?*, in *Danno e resp.*, 2011, 160.

(33) Cass. Sez. III, 3.04.2009, n. 8137, con nota di Foffa, *Chi paga per il morso dell'animale randagio?*, in *Danno e resp.*, 2009, 869, che riporta per ogni singola Regione le relative previsioni normative che, per lo più, tendono ad affidare alle ASL il compito di accalappiare i cani randagi, lasciando ai comuni i soli compiti di organizzazione e gestione dei canili.



Sezione di diritto amministrativo

Massime

TAR Liguria, sez. II, sentenza 13 maggio 2014 n. 729; Pres. Caruso - Est. Pupilella - Grifols Italia S.p.a. (Avv.ti Pinto, Ferrara, Fusco) c. Agenzia regionale Sanitaria della Liguria - Area centrale Regionale di Acquisto (Avv.ti Cocchi e Taccogna) e nei cfr. di ARS Liguria (n.c.), Regione Liguria (n.c.), Istituto Giannina Gaslini (n.c.) e Csl Behring S.p.a. (n.c.).

CONTRATTI della P.A. - bando per fornitura di farmaci - clausola, che introduce caratteristiche specifiche rispetto al farmaco, eccessivamente stringente - restrizione alla concorrenza - illegittimità - tutela fascia minoritaria di pazienti - inconfidente.

(D.lgs. 163/2006, artt. 2 e 68)

È illegittimo il bando di gara che, a seguito di modifiche intervenute dopo la pubblicazione dello stesso, contenga clausole che introducono caratteristiche specifiche relative al farmaco, di cui si richiede la fornitura, tanto stringenti da far sì che residui, come potenziale partecipante, una sola impresa produttrice, eliminando così alla radice la possibilità di un confronto tra ditte concorrenti e la possibilità per l'amministrazione di trarre da tale confronto un risparmio di spesa.

Non è, peraltro, sufficiente a giustificare tale scelta il fatto che le specifiche caratteristiche tecniche indicate siano necessarie per tutelare una minoritaria fascia di pazienti, per i quali il farmaco risulterebbe più efficace; infatti l'estensione delle caratteristiche ulteriori del farmaco a tutto il lotto viola i principi fissati dall'art. 2 del d.lgs. 163/2006 e, tra questi, l'indicazione di cui al co. 1-bis a suddividere gli appalti in lotti funzionali, al fine di favorire ove possibile ed economicamente conveniente, l'accesso delle piccole e medie imprese.

A.M.

TAR Liguria, sez. II, sentenza 13 maggio 2014 n. 741; Pres. Caruso - Est. Peruggia - La Vigile S.r.l. (Avv.ti Bormioli e Sordini) c. Comune di Imperia (Avv. Dionigi) e nei cfr. di STS Soluzioni Tecnologiche per la Sicurezza S.r.l. (Avv.ti Giaquinto e Alois).

CONTRATTI della P.A. - assegnazione servizio di vigilanza - dichiarazione del direttore tecnico della società di vigilanza - necessaria - non coincidenza tra normativa di settore e normativa sugli appalti - non confidente.

(D.lgs. 163/2006, art. 38; r.d. 635/1940, artt. 257 e 257 bis; d.m. 269/2010)

Deve essere esclusa dalla gara per l'assegnazione del contratto per l'affidamento del servizio di vigilanza e custodia del Palazzo di giustizia la Società di vigilanza che abbia omissis di presentare la dichiarazione del proprio direttore tecnico prevista a pena di esclusione dal disciplinare di gara. Non vale, infatti, ad escludere l'obbligo previsto ex art. 38 del d.lgs. 163/2006 (codice degli appalti) la tesi secondo cui la figura del direttore tecnico individuata dalla disciplina di settore relativa agli istituti privati di vigilanza (cfr. artt. 257 co. 1 e 257 bis co. 1 r.d. 635/1940; d.m. 269/2010)

non sia sovrapponibile alla medesima figura prevista dal codice degli appalti, nonché la prospettazione che tale ultima normativa non sia suscettibile di eterointegrazione ad opera di altre disposizioni. Al di là del dato formale dell'art. 38 del codice degli appalti, ciò che rileva sostanzialmente è la possibilità di verificare l'effettivo possesso delle caratteristiche che la legge considera rilevanti per l'ammissione dell'impresa alla selezione, dovendosi considerare tali le mansioni riservate dal d.m. 269/2010 al direttore tecnico dei soggetti che svolgono l'attività di vigilanza.

A.M.

TAR Liguria, sez. II, 7 ottobre 2014, n. 1424, Pres. Caruso - Est. Peruggia - Le Due Baie (Avv. Sambuceti) c. Comune di Sestri Levante (Avv. Stagnaro).

LIBERALIZZAZIONI attività commerciali - distributori automatici - orario di chiusura degli esercizi pubblici - libertà economica - tutela del riposo delle persone e dell'ambiente - comparazione interessi.

In tema di orario di chiusura degli esercizi commerciali pubblici spetta all'Amministrazione Comunale la comparazione tra la libertà economica (che postula la libertà negli orari di apertura delle imprese esercenti il commercio), e la tutela del riposo delle persone e dell'ambiente urbano, benché la normativa statale e regionale, in recepimento della normativa comunitaria, abbiano disposto un'ampia liberalizzazione delle attività commerciali con particolare riferimento al loro orario di apertura. (1)

L'esito di tale apprezzamento non è poi oggetto della cognizione giudiziale, dovendosi questa arrestare alla considerazione dell'esistenza di una congrua motivazione al riguardo.

La limitazione delle attività alle imprese già operanti in un mercato non viene in considerazione, ove non si provi che tali ostacoli possano comportare l'estromissione dell'impresa dal concorso con altri soggetti.

(1) Nella fattispecie le ordinanze con cui il Sindaco del Comune si è determinato in merito agli orari di chiusura degli esercizi commerciali pubblici ricomprendono, nel novero di quelli tenuti alla chiusura notturna, anche i distributori automatici di cibi e bevande. Le ragioni della chiusura notturna dei predetti esercizi commerciali, imposta dall'amministrazione comunale non riguarderebbe la natura dei beni posti in commercio ma bensì l'occasione di raduno che viene offerta dall'ubicazione degli erogatori di prodotti con intuitivo pregiudizio per la tutela del riposo delle persone e dell'ambito urbano.

L.B.

TAR Liguria, sez. I, 29 luglio 2014, n. 1250 - Pres. Balba - Est. Ponte - Framura Camping (Avv. Damonte) c. Comune di Framura (Avv. Barabino).

ORDINE DI DEMOLIZIONE opera edilizia abusiva - atto vincolato - esercizio potere repressivo abusi - interesse pubblico alla rimozione - assenza onere verifica di sanabilità.

Costituisce jus receptum il principio a mente del quale, in presenza di un illecito paesaggistico, l'ordine di demolizione di un'opera edilizia abusiva costituisce atto vincolato che non richiede una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico né una comparazione di quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, né in fine una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale alla demolizione, non potendo neppure ammettersi l'esistenza di un affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva (cfr. ex multis TAR Piemonte 642/2014).

Vieppiù, l'ordinanza demolitoria, adottata ai fini urbanistici quanto paesaggistici, risulta adeguatamente motivata a mezzo dell'affermazione della realizzazione di una edificazione abusiva (poiché in carenza dei necessari titoli), con contestuale richiamo alla normativa edilizia paesaggistica violata. (1)

In materia di applicazione di sanzioni ripristinatorie imposte dalla normativa di settore, a fronte della natura degli interessi protetti, trovano a maggior ragione applicazione i consolidati principi in materia di sanzioni demolitorie.

Infatti, l'esercizio del potere repressivo degli abusi edilizi mediante applicazione della misura ripristinatoria costituisce atto dovuto, per il quale è in re ipsa l'interesse pubblico alla sua rimozione.

Invero, una volta accertata l'esecuzione di opere in assenza di autorizzazione paesaggistica ovvero in difformità totale del titolo abilitativo, non costituisce onere del Comune verificare la sanabilità delle opere in sede di vigilanza sull'attività edilizia.

L'atto può ritenersi sufficientemente motivato per effetto della stessa descrizione dell'abuso accertato, presupposto giustificativo necessario e sufficiente a fondare la misura sanzionatoria della demolizione

(1) Nel caso de quo l'atto indicava in dettaglio - ed in termini non contestati - le opere abusive richiamando i vincoli esistenti in loco e la conseguente disciplina applicata. Pertanto, nessun dubbio poteva scaturire circa il riferimento alla disciplina paesaggistica che impone la sanzione ripristinatoria in caso di abusiva alterazione della zona soggetta a vincolo.

L.L.

Consiglio di Stato, sez. VI, 22 aprile 2014, n. 2033 - Pres. Baccarini - Rel. Meschino - Fincas c. Comune di Alassio.

DEMANIO marittimo - utilizzo - diniego di rilascio di concessione demaniale - necessità di motivazione - sussiste.

Il Comune nel recepimento di Decreti Regionali, tramite delibere del Consiglio, deve attenersi, e non contrastare, i contenuti del Decreto Regionale recependo; deve in ogni caso, quantomeno, dare motivazione di eventuali contrasti con precedenti decreti regionali.

Il Comune non può, in contrasto con detti Decreti regionali, emanare deliberazioni consiliari nelle quali si neghi il rilascio di concessioni demaniali marittime nei Comuni senza addurre "adeguata motivazione", che l'Amministrazione Regionale ha precedentemente rilasciato con adeguata motivazione.

Il Comune è tenuto a dare adeguata motivazione dei dinieghi contenuti nei propri provvedimenti che si discostano dai decreti regionali, con la puntuale esplicitazione delle ragioni per le quali ritenga di non conformarsi a quanto precedentemente disposto dall'Amministrazione regionale.

Nel caso di specie è stata accolta l'impugnazione della deliberazione consiliare n. 72 del 2011, recante modifiche al decreto dirigenziale della Regione Liguria n. 3380 del 2010 in ragione del suo contrasto con il precedente decreto regionale, e per aver ridotto "senza motivazione" l'estensione dell'area demaniale marittima in concessione ai Bagni Levante.

Qualora il Comune di Alassio non dovesse provvedere a dare diversa motivata determinazione o a modifica della deliberazione consiliare impugnata (n. 72 del 2011) nella parte sopra specificata, entro trenta giorni dalla comunicazione della presente sentenza, sarà nominato a spese del Comune stesso un Commissario ad acta per l'esecuzione.

Il Collegio ha ritenuto, inoltre, che sussistano gli estremi per il riconoscimento di un indennizzo in ragione del mancato adempimento e delle circostanze del caso concreto, per cui il Comune di Alassio dovrà corrispondere euro 30 per ciascun giorno di ritardo a decorrere dal primo giorno successivo alla scadenza del termine di trenta giorni assegnato al Comune per provvedere all'adempimento, in applicazione dell'art. 114, comma 4°, lett. e) c.p.a.

O.R.

Documenti

La funzione del giudice amministrativo in relazione alla struttura del suo potere

Luigi Cocchi

Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. *Profili storici.* - 2. *La legge-delega.* - 3. *Le previsioni del Codice.* - 3.1 *In generale.* - 3.2 *I limiti esterni.* - 3.3 *Le disposizioni processuali.* - 4.2. *Il codice e la successiva giurisprudenza sui principi.* - 4.3. *Corollari e conseguenze applicative dei principi di cui sopra.* - 5. *Considerazioni conclusive.* - 4. *La struttura e la nuova funzione del potere giurisdizionale attribuito al G.A.* - 4.1. *Il contesto.*

1. Profili storici.

1.1 I profili ricostruttivi della esistenza di una giurisdizione amministrativa nel nostro ordinamento, della sua ampiezza e della struttura del potere giurisdizionale affidato al competente ordine giudiziario, possono partire dalla L. 2248/1865, all. E, di abolizione del contenzioso amministrativo.

Con tale legge di riforma ordinamentale sono stati fissati alcuni principi in materia di giurisdizione e precisamente:

- a) la giurisdizione dell'A.G.O. in tutte le controversie relative a diritti civili o politici (oggi, i diritti soggettivi);
- b) l'abolizione di qualsiasi altro organo giurisdizionale per la tutela delle altre situazioni giuridiche soggettive;
- c) la c.d. riserva di amministrazione, nel senso che veniva preclusa all'A.G.O. l'incidenza diretta sull'esercizio del potere amministrativo, con il divieto, dunque, di modifica e/o di annullamento dei provvedimenti amministrativi e la sola facoltà di disapplicazione ai fini della tutela dei diritti (soggettivi) azionati, peraltro, con obbligo della P.A. di adeguarsi al giudicato dell'A.G.O.

Tale impostazione, influenzata dalla concezione liberale ed individualistica prevalente nella società di allora, esaltava il principio della separazione dei poteri, assicurando, peraltro, la tutela delle situazioni ritenute più rilevanti e consistenti (*i.e.* i diritti soggettivi) in capo al privato.

Nel descritto quadro appare evidente la scelta del legislatore con riguardo alla natura del sindacato sul provvedimento amministrativo, nell'alternativa tra l'attribuzione di un potere di disapplicazione e di quello di annullamento.

Tale assetto si rivelò inadeguato per tutta una serie di ragioni: *in primis*, l'incerto rapporto tra il provvedimento amministrativo (illegittimo) ed il diritto soggettivo; l'assenza di rimedi nei confronti della P.A. per le situazioni non aventi consistenza di diritto soggettivo; l'atteggiamento troppo deferente dell'A.G.O. nei confronti della P.A.;

ed infine la mancanza di strumenti coercitivi atti ad assicurare l'esecuzione dei giudicati da parte della P.A..

1.2 Per superare tali inconvenienti, nel 1889 fu istituita la IV Sezione del Consiglio di Stato, a cui fu attribuita la (sola) competenza all'annullamento dell'atto o del provvedimento

amministrativo illegittimo, quando non vi fossero diritti di competenza dell'A.G.O., *ex art.* 3, e fatti salvi gli ulteriori provvedimenti della P.A.

In particolare, tale legge:

- a) introduceva l'azione generale di annullamento degli atti amministrativi, dalla spiccata natura impugnatoria e dall'effetto squisitamente demolitorio, sottoposta a decadenza (gg. 60);
- b) individuava i vizi di legittimità suscettibili di dar luogo ad annullamento (incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere).

Con riguardo ad essa ed alle sue innovazioni si posero inizialmente due problemi:

1. se si trattasse di vera e propria attività giurisdizionale (questione risolta, poi, con la L. 42/1907);
2. se si trattasse di giurisdizione oggettiva o a tutela di situazioni soggettive (e nel qual caso, di che natura).

Lo scioglimento di tali due problemi ha portato alla costruzione (successiva e conseguente) di una situazione giuridica – l'interesse legittimo – diversa rispetto al diritto soggettivo. Ed è così che il processo amministrativo nasce come strutturato sull'azione impugnatoria e cassatoria, avendo ad oggetto (esclusivo) il provvedimento amministrativo.

1.3 Rilevante appare, in tale quadro, la legge del 1923 (R.D. 2840/1923) di introduzione, accanto alla giurisdizione di legittimità, della giurisdizione esclusiva, concepita come rimedio e tutela affidata al G.A. anche dei diritti soggettivi in particolari materie, nelle quali si è ritenuto che l'intreccio delle situazioni giuridiche (interessi legittimi e diritti soggettivi) fosse suscettibile di comportare peculiari difficoltà tali da richiedere un unico taglio.

L'introduzione della giurisdizione esclusiva ha ampliato, come è ovvio, la sfera giurisdizionale del G.A., limitata non più alla conoscenza della sola azione di annullamento, ma, anche, nelle specifiche materie di giurisdizione esclusiva, estesa all'azione di condanna.

1.4 Sempre in tale quadro di individuazione e delimitazione dell'ampiezza della giurisdizione del G.A., va annotato ancora che, in carenza di previsioni legislative, la giurisprudenza pretoria del Consiglio di Stato ha creato la tutela avverso l'inerzia della P.A., e cioè il silenzio, strutturata come azione, previa diffida, di annullamento di natura impugnatoria (mediante *ficcio*) del provvedimento negativo (implicito). Tale concezione "attizia" del silenzio è stata superata soltanto successivamente (Ad. Pl. n. 10/1978) con il riconoscimento della natura dichiarativa dell'azione volta all'accertamento dell'obbligo di provvedere e di condanna all'adozione (effettiva) di un provvedimento motivato a definizione del procedimento.

1.5 Tale impianto caratterizzato da:

- (i) appartenenza al G.A. di una giurisdizione generale di legittimità con finalità impugnatoria e cassatoria;
 - (ii) specialità della giurisdizione esclusiva con proponibilità dell'azione di condanna per le posizioni di diritto soggettivo;
 - (iii) residualità giurisdizione di merito;
- è stato pienamente recepito e confermato dalla Costituzione del 1948 che:

- all'art. 103 ha fondato il riconoscimento della giurisdizione del G.A. proprio sulla consistenza delle situazioni giuridiche soggettive, attribuendo al G.A. quelle di interesse legittimo e, in via di specialità e per determinate materie, anche quelle su diritti soggettivi (ma non viceversa);

- all'art. 113 ha stabilito la generale possibilità di impugnativa degli atti amministrativi, rimettendo al legislatore l'individuazione degli strumenti di tutela (annullamento, o meno, per gli organi delle varie giurisdizioni e, quindi, anche dell'A.G.O.).

A tali fini e per l'interpretazione di dette norme costituzionali in funzione storica, appaiono decisive le sentenze della Corte Costituzionale nn. 204/2004 (cfr. punto 2.2, 2.3 e 3 della motivazione) e 191/2006.

1.5 bis Occorre peraltro, ricordare come si vedrà più diffusamente in proseguo, che tale impostazione è stata oggetto di spinte endogene e esogene verso una evoluzione della funzione del giudice amministrativo, ai fini di assicurare la effettività della tutela prestata e precisamente:

a) gli orientamenti dottrinari e giurisprudenziali sulla individuazione dell'atto come oggetto esclusivo del giudizio, in favore di quelli della sindacabilità sul "rapporto" amministrativo sottostante;

b) la istituzione dei TAR (1971);

c) la legge n. 241/1991 e lo spostamento del fulcro del potere amministrativo dal provvedimento al procedimento.

d) La sentenza 500/1999 delle SS.UU. che ha riconosciuto la risarcibilità degli interessi legittimi;

e) il dibattito sulla pregiudizialità dell'azione amministrativa rispetto alla domanda risarcitoria;

f) i principi sovranazionali derivanti dalla CEDU (artt. 6 e 13) nelle loro declinazioni discendenti dalle sentenze della Corte Europea (effettività della tutela);

g) I principi normativi contenuti nelle c.d. "direttive ricorsi" della UE in ordine alla necessità della tutela giudiziale interinale e di merito sostanzialmente satisfattoria, alla sua tempestività ed alla sua pienezza ai fini della sua effettività;

h) i lavori della Commissione bicamerale per la riforma della Costituzione e la proposta di riparto per blocchi di materia.

1.6 Anche tenuto conto di tali spunti, l'assetto (come sopra descritto) è stato decisamente innovato dal D. lgs. 80/1998 e dalla L. 205/2000 (emanata al fine di porre rimedio alla declaratoria di illegittimità costituzionale degli artt. 33 e 34 D.lgs. 80/1998 disposto con le sentenze nn. 292/2000 e 281/2004 della Corte Cost.) con i quali si è tentato, a Costituzione invariata, ma utilizzando i principi elaborati dalla c.d. Commissione bicamerale per la riforma della Costituzione, di introdurre un diverso criterio di distinzione tra le giurisdizioni fondato sul c.d. "blocco di materie" e, cioè, sulla attribuzione della giurisdizione all'uno, piuttosto che all'altro ordine giudiziario, in virtù non della natura della situazione giuridica azionata, bensì della materia oggetto della controversia.

Ciò ha comportato l'attribuzione al G.A. di un potere giurisdizionale tendenzialmente pieno su diritti ed interessi legittimi, sostanzialmente individuando una pluralità di materie oggetto di giurisdizione esclusiva a prescindere dalla ragione storica (intreccio di situazioni giuridiche) sottesa alla creazione della giurisdizione esclusiva.

1.7 Tale tentativo ha trovato ostacolo nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, la quale, sulla base di una ricostruzione storica in senso sostanziale delle ragioni di istituzione

del giudice amministrativo e della definizione dell'area della sua giurisdizione, ha ritenuto che, ferma la giurisdizione generale di legittimità, potessero essere fatte rientrare nella giurisdizione esclusiva solo quelle materie in cui emergevano diritti soggettivi (unitamente ad interessi legittimi) direttamente o indirettamente ricollegabili all'esercizio del potere pubblico.

Pur nel solco di una ricostruzione tradizionalista del sistema, da tali sentenze emerge la nuova concezione del Giudice Amministrativo come giudice non più dell'atto amministrativo, ma dell'esercizio del potere pubblico e delle situazioni giuridiche che dallo stesso scaturiscono e allo stesso sono correlate, dotato di pienezza di poteri per la loro tutela.

1.8 Le vicende di cui sopra si sono storicamente intrecciate con quelle del riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi a seguito della sentenza Cass. SS.UU. n. 500/1999, nonché hanno subito una spinta decisiva dall'applicazione delle norme comunitarie impositive di strumenti rimediale dotati di effettività e/o, comunque, di effetto concretamente reintegratorio di situazioni giuridiche garantite da dette norme, a prescindere dalla loro consistenza e qualificazione (ndr. come noto il diritto comunitario non conosce la differenza tra interesse legittimo e diritto soggettivo, ma quella tra situazioni tutelate e non) ed ancora dell'esigenza, già recepita nella L. 205/2000, di dare una nuova sistemazione, anche in termini di riparto della giurisdizione, all'azione risarcitoria per violazione dell'interesse legittimo.

La L. 205/2000 ha così avviato un percorso, poi in parte modificato dagli interventi della Corte Costituzionale e oggetto di successivi interventi normativi per alcuni settori (vedasi appalti) diretto alla realizzazione di un modello di giurisdizione del G.A. nel quale il potere dello stesso, anche nell'esercizio della giurisdizione generale di legittimità, si estende verticalmente dalla conoscenza dell'atto impugnato (e, quindi, con funzione impugnatoria e cassatoria) alle sue conseguenze (azione di condanna e risarcitoria) con evidente espansione degli effetti della tutela delle situazioni giuridiche di competenza.

Al momento dell'entrata in vigore della L. 69/2009, portante la delega al Governo per l'emanazione del Codice del Processo Amministrativo, il punto di approdo dei limiti della giurisdizione amministrativa, in coerenza con gli artt. 103 e 113 Cost., consisteva quindi:

- nella giurisdizione generale di annullamento, con funzione impugnatoria e cassatoria;

- nella attribuzione al G.A. di una giurisdizione a conoscere della domanda di condanna risarcitoria conseguente all'annullamento (o secondo le SS. UU. cfr. questione "pregiudiziale" all'illegittimità colposa o dolosa dei provvedimenti amministrativi);

- nella giurisdizione piena su interessi legittimi e diritti soggettivi nelle materie di giurisdizione esclusiva;

- nella giurisdizione di merito in particolari fattispecie tipizzate.

Tale era il quadro sul quale si è innestata la legge-delega per l'emanazione del Codice del processo amministrativo, inteso come nuovo corpo unitario di disciplina del processo dinanzi al G.A.

2. La legge-delega.

La legge-delega, e cioè l'art. 44 L. 69/2009, ha dettato alcuni principi ed alcuni criteri per la definizione della giurisdizione attribuita al G.A.

In particolare:

- al comma 1° prescrive, come principio, l'adeguamento delle norme vigenti alla giurisprudenza della Corte Costituzionale e delle giurisdizioni superiori, il coordinamento con le norme del CPC e la concentrazione delle tutele;

- al comma 2°, *sub b*), prescrive che costituisca principio e/o criterio direttivo 1) il riordino delle azioni vigenti nella giurisdizione dei giudici amministrativi, anche rispetto alle altre giurisdizioni; 2) il riordino dei casi di giurisdizione estesa al merito, anche mediante soppressione delle fattispecie non più coerenti con l'ordinamento vigente; 3) la previsione di pronunce dichiarative, costitutive e di condanna effettivamente soddisfattive della pretesa della parte vittoriosa.

La legge-delega, con riguardo alla giurisdizione, richiedeva al Governo di predisporre un testo:

- di recepimento dei principi giurisprudenziali in materia di giurisdizione elaborati dalle alte giurisdizioni;

- quanto sopra, nel coordinamento con i principi generali processuali contenuti nel c.p.c. ed assicurando la concentrazione della tutela;

- di riordino delle norme in materia di giurisdizione del G.A., anche in rapporto e con riferimento alle altre giurisdizioni;

- di riordino ed adeguamento della giurisdizione di merito con espunzione di materie desuete.

Il legislatore delegante ha scelto di non innovare rispetto al punto di approdo del processo storico di cui *sub 1*), scegliendo la diversa strada (di cui al comma 2, lett. b) n. 4) di disciplinare nuovamente le azioni proponibili davanti al G.A. e, soprattutto, indicando come criterio essenziale di dette azioni la "idoneità a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa".

Tali indicazioni, evidentemente incisive non tanto sui limiti (esterni) della giurisdizione, ma sulla struttura e sull'efficacia del potere giurisdizionale attribuito al G.A., hanno aperto la possibilità di dotare il G.A. di un potere decisorio pieno, superando la configurazione esclusivamente attizia, impugnatoria e cassatoria del processo amministrativo e spostandola sulla necessità di soddisfacimento (sostanziale) della pretesa della parte vittoriosa e, cioè, sulla soddisfazione dell'interesse giuridico azionato e riconosciuto meritevole di tutela (cfr. SS.UU. 30254/2008).

3. Le previsioni del Codice.

3.1 In generale.

Le disposizioni generali sul potere del giudice amministrativo (e cioè sui limiti della sua giurisdizione) sono contenute nel titolo primo capo terzo, che definisce i principi generali concernenti i limiti esterni della giurisdizione amministrativa (art. 7), la disciplina della cognizione delle questioni incidentali (art. 8), la rilevabilità del difetto di giurisdizione (art. 9), la disciplina del regolamento preventivo (art. 10) e della decisione sulle questioni di giurisdizione (art. 11).

In connessione con tali norme, vanno poi richiamati gli artt. 133, che individua le materie di giurisdizione esclusiva, e 134, che indica le materie nelle quali la giurisdizione è estesa al merito.

Il codice contiene ulteriori e diverse disposizioni che attengono all'estensione della giurisdizione (ad es. l'art. 121, che attribuisce al G.A. la giurisdizione a statuire sulla efficacia del contratto con rito speciale di cui all'art. 119, così recependo il più recente indirizzo giurisprudenziale delle SS. UU., cfr. 2906/2010, e le disposizioni introdotte dal D. lgs. 53/2010). Se si ha riguardo non ai limiti esterni della giurisdizione, ma, invece, alla struttura ed agli effetti del potere attribuito al Giudice amministrativo, allora vengono in rilievo numerosissime altre disposizioni sui principi generali che lo reggono,

sulle azioni proponibili e sulle statuizioni adottabili, che appaiono dirette a disegnare la giurisdizione amministrativa come potere giurisdizionale pieno, dotato di effettività ed effettivamente finalizzato al soddisfacimento delle situazioni giuridiche riconosciute meritevoli di tutela in coerenza con la previsione della norma di delega.

3.2 I limiti esterni.

La disciplina dei limiti esterni della giurisdizione, di cui la legge delega ha chiesto il riordino sulla base delle linee tracciate dalla Corte Costituzionale e dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite e del Consiglio di Stato (queste ultime due non sempre coincidenti) si rinviene nell'art. 7.

3.2.1 Il primo e secondo comma della norma, in sintonia con l'insegnamento delle sopra richiamate sentenze nn. 204/2004 e 191/2006 della Corte Costituzionale e sulla scia dell'orientamento successivo delle Sezioni Unite e del Consiglio di Stato, prevede che siano attribuite alla giurisdizione amministrativa le controversie nelle quali:

a) si faccia questione di interessi legittimi ed, in particolari materie, di diritti soggettivi;

b) concernenti l'esercizio o il mancato esercizio di poteri amministrativi;

c) riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti;

d) riconducibili, anche solo mediatamente, all'esercizio di tali poteri;

e) posti in essere dalle P.A. o da soggetti alle stesse equiparati o, comunque, tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo.

Come si è detto, tale definizione si ricollega ai principi dettati dalla Corte Costituzionale e recepiti dalla successiva giurisprudenza delle Corti regolatrice e del Consiglio di Stato.

Rispetto ai singoli elementi sopra individuati può sinteticamente annotarsi che:

a) la norma conferma (ed altro non avrebbe potuto fare a Costituzione invariata) che i limiti esterni della giurisdizione sono correlati alla natura e alla consistenza delle situazioni giuridiche azionate, e non anche ad una impostazione (e rigida imposizione) per blocchi di materie.

Appare evidente che tale impostazione è in oggi non del tutto appagante in un ordinamento nel quale sono suscettibili di configurarsi situazioni giuridiche soggettive non sempre e/o non del tutto coincidenti con la nozione tradizionale di interesse legittimo o di diritto soggettivo (ad esempio gli interessi diffusi consolidati ovvero le situazioni previste e tutelate da norme comunitarie non direttamente riconducibili alle categorie di cui sopra, posto che il diritto comunitario non riconosce la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi).

Probabilmente il legislatore delegato avrebbe potuto compiere sul punto uno sforzo di approfondimento e/o di chiarimento meglio declinando, ad esempio, la differenza di tutela tra le situazioni giuridiche di interesse pretensivo e di interesse oppositivo.

b) Con riguardo all'elemento *sub b*) la formulazione appare coerente con le indicazioni della Corte Costituzionale e della Corte regolatrice sopra richiamate, secondo le quali la matrice storica della giurisdizione amministrativa deve raccordarsi nell'ambito di un ordinamento "a diritto amministrativo", come il nostro, al sindacato sull'esercizio (o il mancato esercizio) di un potere amministrativo, spostando così il fulcro del collegamento dalla legittimità dell'atto am-

ministrativo al sindacato sull'esercizio del potere *juris publici*, avente effetto costitutivo di rapporti giuridici.

Significativa l'assimilazione del mancato esercizio (*cf.* il silenzio) all'esercizio del potere ai fini del suo sindacato di corrispondenza alla norma regolatrice del potere medesimo.

Altrettanto significativo è l'elemento di cui sopra *sub d*), che richiede la riconducibilità dell'azione nelle sue varie fenomenologie all'esercizio del potere anche mediamente.

Tale previsione appare confermativa della giurisprudenza delle Sezioni Unite che, ad esempio in materia di espropriazione di pubblica utilità e di occupazione temporanea, ha ritenuto la configurabilità della giurisdizione amministrativa in ogni fattispecie in ogni caso riconducibile all'esercizio (ma non solo all'astratta esistenza) di un potere amministrativo, ancorché l'azione non ne costituisca diretta estrinsecazione (*cf.* la giurisprudenza che riconduce alla giurisdizione amministrativa l'occupazione illegittima in presenza di dichiarazioni di p.u., mantenendo in capo all'A.G.O. solo l'occupazione c.d. usurpativa in quanto non connessa, neppure mediamente, con l'esercizio di un potere amministrativo, *cf.* Cons. St. IV n. 6705/2009).

Ciò significa, in buona sostanza, che, in tutti quei casi in cui viene in rilievo direttamente e indirettamente l'esercizio del potere amministrativo incidente sulle situazioni giuridiche di cui sopra *sub a*), opera il criterio di collegamento per la configurabilità della giurisdizione amministrativa.

c) La norma precisa quali siano le attività, oggetto del potere amministrativo, in presenza delle quali si configura la giurisdizione aggiungendo all'atto o provvedimento amministrativo le ulteriori manifestazioni dell'esercizio di tale potere che, in oggi, a fronte della trasformazione del potere amministrativo e del suo esercizio introdotti dalla L. 241/90 e dalla L. 15/2005, con l'introduzione della consensualità anche all'esercizio del potere pubblicistico, si rinvengono negli atti consensuali.

Restano estranei, a conferma di un principio consolidato, gli atti politici adottati dal Governo (con il che la norma potrebbe introdurre una limitazione soggettiva espressa all'individuazione degli atti politici sottratti alla giurisdizione del G.A.).

d) Da ultimo, la norma individua i soggetti da cui l'azione deve provenire perché si radichi la giurisdizione amministrativa.

Alla pubblica amministrazione intesa in senso generale (e non in senso limitativo con riconducibilità a tale categoria di tutti gli enti pubblici) la norma aggiunge:

- i soggetti equiparati, e ciò quelli per i quali una norma di legge espressamente prevede che si applichino le norme proprie delle P.A. sulla giurisdizione;

- i soggetti che sono tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo, ad esempio in materia di contratti gli organismi di diritto pubblico, ancorché costituiti in forma privatistica e i soggetti privati comunque tenuti all'applicazione delle regole del codice degli appalti.

Si assiste, così, alla codificazione del fenomeno della rilevanza dell'esercizio del potere pubblicistico in senso oggettivo e, cioè, l'attività amministrativa in quanto disciplinata dalle regole proprie delle prescrizioni del diritto pubblico (e non anche in senso squisitamente soggettivo); orientamento questo a cui gli indirizzi giurisprudenziali sono da tempo approdati sullo spirito delle norme anche di derivazione comunitaria sopravvenienti.

3.2.2 Il quarto comma dell'art. 7 precisa e circoscrive la giurisdizione generale di legittimità, ascrivendo a tale categoria le controversie:

a) relative ad atti, provvedimenti, o omissioni;

b) relative al risarcimento dei danni per lesione degli interessi legittimi;

c) relativi agli altri diritti patrimoniali consequenziali.

Precisando che le controversie di cui *sub b*) e c) sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità, anche se introdotte in via autonoma.

La disposizione, da un lato ripropone lo schema su cui storicamente si è strutturato il processo amministrativo di natura impugnatoria e cassatoria (fermo restando quanto *infra* si dirà in ordine alle varie azioni esperibili), dall'altro espressamente ricomprende nella giurisdizione generale di legittimità sia la domanda di condanna al risarcimento dei danni da lesione di interessi legittimi sia quella relativa ai diritti consequenziali (categoria una volta propria e tipica della delimitazione della giurisdizione esclusiva del G.A. nel confronto con quella della A.G.O.).

Con riguardo a tale disposizione è possibile annotare che il legislatore delegato:

- da un lato, ha inteso, mediante la comprensione dell'azione risarcitoria e di quella di condanna per i diritti consequenziali ed utilizzando il principio della concentrazione, creare una giurisdizione di legittimità reale e piena, attribuendo al G.A. un potere che va dal sindacato sull'esercizio del potere e, di conseguenza, sulla legittimità dell'atto, con effetto costitutivo fino alla piena ed integrale soddisfazione, in termine di diritti consequenziali e di risarcimento del danno, della situazione giuridica azionata;

- dall'altro, ha ritenuto di limitare gli effetti della soluzione offerta alla questione della cosiddetta "pregiudiziale amministrativa", ammettendo in via autonoma l'azione risarcitoria assoggettandola, non solo ad un breve termine di decadenza (assai restrittivo tanto da sollevare qualche dubbio di legittimità costituzionale per la sua asimmetria rispetto alla tutela risarcitoria davanti all'A.G.O.), ma soprattutto concentrandola dinnanzi al Giudice Amministrativo nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità (e così ponendola al riparo dalle incursioni della Corte regolatrice).

Sul punto si richiama, ad esempio, l'ordinanza del TAR Liguria n. 107/2014 di rinvio alla Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale della norma, fondata proprio sull'arbitrarietà dell'asimmetria delle condizioni di proposizione della medesima azione davanti al G.A. (soggetta a decadenza) e davanti all'A.G.O. (soggetta a prescrizione) Il nuovo codice ha poi costruito e sistematizzato un nuovo schema delle azioni processuali nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, le quali comprendono:

- l'azione di annullamento;

- l'azione di condanna per il risarcimento del danno per violazione di interessi legittimi;

- l'azione di condanna per il risarcimento degli altri diritti consequenziali.

Con riguardo all'azione di accertamento, di cui era discussa l'ammissibilità in quanto non tipizzata, la questione, su cui la giurisprudenza amministrativa si era, comunque, orientata in senso affermativo, è stata positivamente risolta dalla novella introduttiva del Codice.

3.2.3 Il quinto comma dell'art. 7 disciplina in via generale la giurisdizione esclusiva precisando che essa si estende agli interessi legittimi ed a diritti soggettivi nelle materie di cui all'art. 133 e nelle altre materie previste dalla legge (con una formula di orientamento di asistematicità poco commendevole in un codice) precisando che tale giurisdizione si estende a diversi soggetti anche ai fini risarcitori.

In applicazione di tale principio l'art. 133 individua le controversie nelle quali il G.A. è dotato di giurisdizione esclusiva.

L'elencazione (a-z) fa riferimento a:

- fattispecie già individuate come oggetto di giurisdizione esclusiva;
- fattispecie nuove;
- fattispecie in cui la disciplina normativa è integrativa o specificativa di norme e/o di principi giurisprudenziali precedenti. (Ad. es. risarcimento del danno per inosservanza dolosa/colposa del termine di conclusione del procedimento).

3.2.4 Il comma sesto dell'art. 7 definisce la giurisdizione di merito con il rinvio alle materie di cui all'art. 134, precisando che in tali materie il giudice, superando il principio della separazione dei poteri e della riserva di amministrazione, può sostituirsi alle Amministrazioni nella attività di sua competenza. L'art. 134 individua le controversie in cui il G.A. ha giurisdizione estesa al merito.

In tali controversie sono ricompresi:

- i giudizi di esecuzione e di ottemperanza (art. 112);
- le sanzioni pecuniarie rientranti nelle giurisdizioni del G.A. (ad esempio vedi art. 133);
- le contestazioni di confini tra gli enti territoriali;
- il diniego di nullaosta cinematografico.

Il comma 7 conferma che il principio di concentrazione, che permea le norme precedenti, è finalizzato alla effettività della tutela giurisdizionale.

3.3 Le disposizioni processuali.

Le norme successive del capo III contengono disposizioni di natura più squisitamente processuale.

In ordine alle stesse si deve annotare che:

- nulla appare innovato dall'art. 8 in ordine alla cognizione del G.A. sulle questioni c.d. incidentali, meramente individuate in quelle aventi ad oggetto diritti soggettivi che vengono in rilievo nell'ambito dell'esercizio della giurisdizione di legittimità e che incidono su questioni pregiudiziali, la cui soluzione è necessaria per la definizione del giudizio, con esclusione di quelle riservate all'A.G.O. (falso, capacità della persona);
- appare conforme al più recente indirizzo della Corte regolatrice, recepito dal Consiglio di Stato, il limite posto dall'art. 9 alla eccepibilità d'ufficio del difetto di giurisdizione del giudicato interno (anche implicito) sulla sentenza di primo grado in conseguenza della mancata impugnazione specifica sul punto (SS.UU. n. 24883/2008; SS.UU. n. 5098/2009);
- appare privo di problematicità il rinvio al regime del c.p.c. con riguardo al regolamento preventivo di giurisdizione, con l'attribuzione del potere cautelare al giudice adito anche in pendenza di regolamento preventivo, sempre che il Giudice non si riconosca privo di giurisdizione;
- appare provvida la disciplina introdotta dall'art. 11, con riguardo all'istituto della *translatio iudicii* tra le giurisdizioni, con salvezza degli effetti formali e sostanziali della domanda (e dall'altro delle preclusioni e decadenza già maturate), nel caso di riassunzione del giudizio dinanzi al Giudice riconosciuto dotato della giurisdizione entro il termine di 3 mesi dal passaggio in giudicato delle sentenze del giudice che decide la giurisdizione, ovvero entro 3 mesi dalla pubblicazione delle sentenze delle SS.UU. che regolano la giurisdizione. Da segnalare alcune ulteriori importanti innovazioni, sia sul piano processuale, sia della tutela delle situazioni giuridiche: nel caso di riproposizione del giudizio davanti al Giudice Amministrativo (a seguito della *translatio*), le prove già esperite davanti ad altro giudice possono essere valutate come argomenti di prova;

i provvedimenti cautelari, quando venga dichiarata la giurisdizione di un giudice diverso da quello che li ha assentiti, perdono efficacia dopo 30 giorni dalla pubblicazione della sentenza che pronuncia sulla giurisdizione (e, cioè, sono ultrattive per tale termine) ferma la loro riproponibilità davanti al giudice (dichiarato) dotato di giurisdizione; il rinvio operato dall'articolo 39, come norma tanto di principio, quanto di chiusura, alle disposizioni del c.p.c., si da colmare le eventuali lacune.

La scarna disciplina processuale sopra richiamata non considera altre problematiche già affrontate e risolte dalla Casazione (cfr. Cass. SS.UU. n. 14805/2009) e dal Consiglio di Stato (cfr. Sez. VI n. 7147/2010) quali quella della connessione di questioni rientranti nella giurisdizione di giudici diversi per la quale si è ritenuto applicabile il criterio della prevalenza nell'importanza e dell'assorbimento.

3.4 Posto quanto sopra, al fine di inquadrare la metamorfosi e l'evoluzione che il Codice del processo amministrativo ha determinato sulla funzione e sulla struttura del potere del giudice amministrativo, appaiono ancora indicativi e significati:

- l'art. 1, laddove si specifica che la giurisdizione amministrativa deve assicurare una tutela piena ed effettiva alle situazioni giuridiche come secondo i principi costituzionali e quelli del diritto europeo (così dando una forza espansiva e dinamica alle espressioni);
- l'art. 2 che richiede l'applicazione delle regole del contraddittorio e della parità delle parti, rendendo tali principi coesistenti all'esercizio del potere giurisdizionale del G.A.;
- la definizione della questione della pregiudizialità amministrativa, con la previsione dell'azione risarcitoria autonoma da quella di annullamento, ancorché sottoposta ad un termine di decadenza brevissimo;
- l'art. 34, primo comma, lett. c) che attribuisce al Giudice, nell'ambito dell'azione di condanna, un potere di condanna anche al risarcimento in forma specifica ai sensi dell'art. 2058 c.c.;
- gli artt. 121 e, soprattutto 122, in cui viene estesa la giurisdizione del G.A. anche alla declaratoria di inefficacia del contratto, e si affida allo stesso Giudice, seppur in taluni casi circoscritti, una valutazione discrezionale (e di merito) degli interessi individuali coinvolti;
- l'art. 112 e la concentrazione del Giudice dell'ottemperanza di tutti i poteri cognitori e di esecuzione dopo l'emanazione della sentenza;
- l'art. 134 e la conferma di una giurisdizione estesa al merito.

4. La struttura e la nuova funzione del potere giurisdizionale attribuito al G.A.

4.1. Il contesto.

Riprendendo le fila del discorso, iniziato con la legge del 1865 e culminato con l'introduzione del Codice del processo amministrativo (ancorché nuovi spiragli, non tutti e non del tutto apprezzabili, si aprono in questa attuale stagione di riforme) è di tutta evidenza che la giustizia amministrativa, seppur sorta come strumento di controllo formale dell'atto amministrativo, ha mutato, dapprima, i suoi connotati, concentrando il suo vaglio non più e non solo sul risultato finale del procedimento, ma anche sul concreto esercizio del potere amministrativo cui segue e consegue l'atto, per giungere, infine, a mutare, altresì, la funzione stessa del suo operare, garantendo non solo la legittimità dell'agire amministrativo (e tutti i corollari di buon andamento, trasparenza, imparzialità della P.A. di fonte costituzionale), ma anche la tutela e il soddisfacimento delle posizioni giuridiche sottese e scaturenti dallo stesso.

A tale metamorfosi ha contribuito, sia pure indirettamente e non in modo repentino, la riforma introdotta dalla L. n. 241/1990 che ha aperto la strada alla tesi di un rapporto giuridico – o, quantomeno, una relazione giuridicamente rilevante, ravvisabile fra l'amministrazione ed il cittadino, in occasione dell'esercizio del potere.

Hanno, inoltre, contribuito, anche sulla scorta di significativi stimoli di fonte dottrinale, le numerose pronunce della giurisprudenza che hanno confermato l'intento del legislatore di dar vita ad una cognizione del G.A. piena, avente come oggetto di scrutinio una più ampia considerazione e la conformazione del modo di esercizio del potere amministrativo, come oggetto di tutela il bene della vita coinvolto e come scopo la soddisfazione dell'interesse materiale del ricorrente (laddove sia meritevole di tutela).

Per il consolidamento e l'affermazione di tale evoluzione appare indicativa la già ricordata ordinanza n. 2906/2010 delle SS.UU. della Corte di Cassazione che, in un certo qual modo, sulla strada tracciata dal legislatore comunitario e dalla legge delega, ha giocato d'anticipo rispetto al Codice del processo amministrativo e ha segnato quello che sarebbe diventato l'orientamento giurisprudenziale unanime e condiviso da ambo le giurisdizioni, civile e amministrativa.

Le Sezioni Unite, nell'ordinanza sopra ricordata, invocano la direttiva CE n. 66/2007 (concernente il "miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici") ed esaltano i principi comunitari della concentrazione (fatti propri dalla Corte costituzionale con le già ricordate sentenze n. 204/2004 e 196/2006), della ragionevole durata e, soprattutto, dell'effettività del giusto processo, andando, all'uopo, a riconoscere, e allo stesso tempo a collaborare, all'ascrizione di un ruolo di assoluta centralità del G.A.

La necessità di apprestare una tutela effettiva e di far sì che il titolare del diritto leso sia reintegrato nel bene della vita protetto, ha condotto la Corte di Cassazione a riconoscere l'effetto (peraltro vincolante) della connessione, dinanzi all'unico giudice amministrativo, tra la domanda di annullamento della gara e quella di dichiarazione della privazione degli effetti del contratto stipulato nonostante l'annullamento dell'aggiudicazione.

Di tutta evidenza il fatto che la funzione satisfattoria amplia il raggio di azione e il campo di scrutinio del G.A. al quale viene conferito il potere di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto, così regolando e tutelando diritti ed interessi ineludibilmente connessi e lesi dall'illegittimità che ha determinato l'annullamento degli atti amministrativi di aggiudicazione.

Significativa la chiosa del Collegio: *"se il giudizio amministrativo viene limitato all'affidamento e alla mera sostituzione dell'aggiudicatario illegittimamente scelto con il ricorrente, impedendosi al giudice di "disporre" la reintegra del bene della vita in concreto protetto dagli interessi legittimi riconosciuti come lesi nella medesima sentenza da esso emessa, cioè quello di eseguire i lavori oggetto del contratto di appalto precluso dal medesimo atto negoziale, nelle more del giudizio stipulato dall'aggiudicatario scelto illegittimamente, si perviene ad una conclusione che è difforme dal sistema costituzionale e comunitario oggi vincolante per cui devono riconoscersi i poteri cognitivi del giudice amministrativo nella fattispecie concreta"*, ed ancora: *"la trattazione disgiunta delle due domande ritarda, con la esigenza di adire altro giudice con le stesse finalità, la soddisfazione delle posizioni soggettive a tutela delle quali si è agito in giudizio, in contrasto, come già detto, con i principi del giusto processo e della ragionevole durata di esso e con quello di effettività delle azioni esercitate"*.

D'altro canto, anche la Quarta Sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 1220 del 2.3.2010, ha ribadito l'esigenza di una effettiva tutela giurisdizionale, non solo civile, ma anche ammini-

strativa, sulla scorta di quanto desumibile dall'art. 24 della Costituzione, dagli articoli 6 e 13 della CEDU e sulla base del principio secondo cui *"the domestic remedies must be effective"*, i.e. l'esigenza di giustizia effettiva e, quindi, in quanto tale, satisfattoria e non illusoria.

Affermando ciò, ha concretamente applicato tale principio ravvisando, e per l'effetto ampliando, la sua "competenza funzionale" (*rectius*, giurisdizione) in relazione all'esercizio dell'azione ex art. 389 c.p.c., avente ad oggetto l'istanza di parte alle restituzioni quando la Corte di Cassazione proceda all'annullamento senza rinvio di una decisione del Consiglio di Stato, dando spazio ad una sentenza di condanna idonea a divenire titolo per l'esecuzione forzata ex art. 474 c.p.c.

Si legge che: *"Pertanto, in relazione all'azione prevista dall'art. 389 c.p.c., in sede interpretativa il giudice amministrativo deve adottare tutte le misure che diano effettiva tutela al ricorrente la cui pretesa risulti fondata"*.

4.2. Il codice e la successiva giurisprudenza sui principi.

Sul solco tracciato dalle Sezioni Unite e dal Consiglio di Stato, il legislatore ha attuato la legge-delega dando vita ad un Codice che ha seguito tali orientamenti.

Come visto, infatti, il Legislatore ha provveduto al riordino dei confini della giurisdizione amministrativa (fissandone i limiti esterni in coerenza con i principi ed i criteri delle legge delega), ma ha inteso, altresì, dotare il G.A. di più penetranti poteri giurisdizionali in funzione della sostanzialità ed effettività della tutela delle situazioni giuridiche affidate alla sua cura, facendone scaturire una figura di Giudice Amministrativo più penetrante e capace di incidere sostanzialmente sulla verifica della correttezza dell'esercizio del potere pubblico e per la tutela, parimenti sostanziale, del diritto e/o interesse del cittadino.

Il Codice del processo amministrativo, infatti, adempiendo ai dettami ed alle direttive della legge delega, ha portato a termine un processo volto a mutare i connotati della giustizia amministrativa con il fine ultimo di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale.

Storicamente, prima della riforma introduttiva del Codice, il processo amministrativo aveva presentato lacune e dimostrato difficoltà nell'assicurare una reale tutela effettiva e ciò per il fatto di essere strutturato come un processo meramente su atti e dal carattere esclusivamente impugnatorio.

Sulla spinta di influssi comunitari e sulla base della legge delega del 2009, il Codice del processo ha realizzato quell'idea secondo cui il giudizio amministrativo avrebbe dovuto essere orientato non tanto, o comunque, non solo a verificare nei confronti dell'amministrazione la legittimità del prodotto del suo *agere*, quanto piuttosto se la medesima avesse esercitato legittimamente, o meno, il potere attribuitole e se la pretesa sostanziale dedotta in giudizio dal ricorrente fosse fondata.

Ciò ha comportato una focalizzazione sul modo di esercitare il potere amministrativo (i.e. sulla sequenza che dà vita al procedimento amministrativo latamente inteso) e sulla spettanza del bene della vita che costituisce il nucleo della posizione (di interesse legittimo o di diritto soggettivo nei casi di giurisdizione esclusiva) dedotta in giudizio dal ricorrente, alla cui soddisfazione, in caso di fondatezza del ricorso, si deve tendere. Inevitabili i riflessi e le trasformazioni sul potere del giudice chiamato ad esercitare il suo vaglio.

Si è, difatti, avvertita l'insufficienza della sola azione di annullamento a proteggere in modo esaustivo la posizione fatta valere in giudizio e la conseguente esigenza di un giudice dagli ampi poteri cognitivi: la disciplina delle azioni e delle pronunce giurisdizionali è da ritenersi il traguardo più significativo (e il più signifi-

ficativo tra i criteri della legge delega) attesa la sua incidenza sulla effettività della tutela.

Da qui la vasta messe di pronunce acclaranti la pienezza dei poteri del G.A. con riferimento al ventaglio delle nuove azioni esercitabili di fronte al, e conoscibili dal G.A. (Corte Costituzionale, sent. n. 200 del 16.7.2014; Cons. Stato, Sez. IV, sent. n. 257 del 20.1.2012; Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 6688 del 20.12.2011; Cons. Stato, Sez. IV, sent. n. 2484 del 14.5.2014; Cons. Stato, Sez. IV, sent. n. 428 del 27.1.2012; Cass. SS.UU. sent. n. 736 del 19.1.2012).

Quanto sopra, per le seguenti connotazioni proprie delle singole azioni contemplate:

A) l'azione di annullamento.

Rappresenta l'archetipo delle azioni esperibili dinanzi al G.A. e trova le sue radici proprio nell'originario potere di annullamento attribuito al G.A. a fronte del solo potere di disapplicazione che la L. 2248/1865 attribuiva all'A.G.O.

Nella consapevolezza che una tale azione può rivelarsi esaustiva ove siano dedotti in giudizio interessi oppositivi, ma non parimenti soddisfattiva potrebbe rivelarsi nel caso di interessi pretensivi, il Codice e la giurisprudenza relativa ne hanno innovato la portata o, meglio, hanno ampliato la cognizione del Giudice adito dotandolo di poteri decisorii più incisivi, potendo lo stesso, in un'ottica di effettività e rapidità della tutela, disporre di misure volte all'attuazione del giudicato (come la nomina di un commissario *ad acta*), prima riservate al solo giudice dell'ottemperanza.

Ed ancora, nell'ottica evolutiva del processo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto, è opportuno richiamare il recente indirizzo giurisprudenziale (di chiara matrice comunitaria) secondo cui la regola della portata retroattiva della sentenza di annullamento sia suscettibile di deroghe ogniqualvolta la sua concreta applicazione possa risultare incongrua o ingiusta avendo a riguardo l'oggetto della tutela richiesta (Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 340 del 26.1.2012);

B) l'azione di condanna, esercitabile per chiedere:

- il rilascio di un provvedimento;
- il risarcimento del danno da attività amministrativa illegittima;
- il risarcimento del danno da mancato esercizio dell'attività amministrativa obbligatoria;
- il risarcimento in forma specifica.

Con ciò si ribadisce, ancora una volta, il tentativo di garantire il più possibile l'effettività della tutela giudiziaria consentendo al giudice di disporre, su domanda di parte, di una pienezza di poteri tali da permettergli non solo di accertare la correttezza sostanziale della disciplina del rapporto, ma, altresì, di definire il contenuto (vincolato e vincolante) del provvedimento medesimo che l'Amministrazione era tenuta ad emanare e di mutare i caratteri dell'azione di annullamento esercitata qualora si appalesi l'ormai sola utilità di un risarcimento del danno.

C) l'azione di accertamento, scomponibile nell'azione per la declaratoria dell'obbligo di provvedere e nell'azione per la declaratoria di nullità.

La disciplina dell'azione di accertamento trova la sua genesi nell'art. 44 della legge-delega, al cui secondo comma individuava i principi e i criteri direttivi atti a "disciplinare le azioni e le funzioni del giudice" prevedendo, quanto alle azioni, "le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa".

La speciale Commissione insediata presso il Consiglio di Stato delineò una disciplina che, tuttavia, non figurò più nell'ordito normativo del testo del decreto delegato, dal quale risultava espunta unitamente alla prevista azione di accertamento e ciò sulla base della seguente giustificazione: "Il Governo ha ritenuto... di non eser-

citare, allo stato, in parte qua tale facoltà concessa dalla delega, ritenendo adeguata e completa la tutela apprestata dalle azioni già previste nel Capo IP".

Tale espunzione, in antitesi al precedente orientamento giurisprudenziale (cfr. la stessa sent. n. 204/2004 della Corte costituzionale e, nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. IV, sent. n. 717 del 9.2.2009), è stata accompagnata da reazioni critiche e da una giurisprudenza che ha, comunque, reiterato e puntualizzato che la mancata previsione di detta azione, nell'ambito delle azioni di cognizione, non legittima la conclusione che le azioni di accertamento non siano ammesse dal codice (tanto per l'accertamento del diritto soggettivo, quanto per l'accertamento dell'interesse legittimo), a meno di non voler considerare il principio di pienezza e di effettività della tutela come un mero "flatus vocis" (cfr. da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 31 gennaio 2012 n. 472): principi ai quali l'attuale Legislatore ha deciso di dare concretezza anche normativa, posto che la Riforma Madia ha codificato l'azione di accertamento nel testo di riforma della pubblica amministrazione presentato nel Consiglio dei ministri del 13 giugno.

Si deve ribadire comunque che, anche in assenza di una espressa codificazione, nell'ambito di un quadro normativo sensibile all'esigenza di una piena protezione dell'interesse legittimo come posizione sostanziale correlata ad un bene della vita, la mancata previsione, nel testo codice del processo amministrativo, dell'azione generale di accertamento non ha precluso la praticabilità di una tecnica di tutela che rinveniva e rinviene tutt'ora il suo fondamento nelle norme immediatamente precettive dettate dalla Carta fondamentale al fine di garantire la piena e completa tutela giurisdizionale (artt. 24, 103, 111 e 113).

Se l'esigenza di garantire una tutela effettiva postula l'esperibilità di un'azione di accertamento al fine di apprestare piena protezione alla posizione di interesse legittimo, è esemplificativa e illuminante la disciplina della reazione giurisprudenziale in materia di SCIA/DIA, posto che, ai fini della pienezza ed effettività della tutela di cui sopra, il disposto di cui all'articolo 19, comma 6-ter, non è appagante. La norma, infatti, così come formulata, è tale da non garantire "agli interessati", e cioè i terzi, una tutela effettiva o, comunque, è tale da non offrire una tutela facilmente praticabile. La giurisprudenza, di fronte all'inadeguatezza della disposizione, ha colmato la lacuna legislativa prevedendo in capo ai terzi l'esperimento un'azione di accertamento avente ad oggetto l'inesistenza dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività oggetto della denuncia/segnalazione, che può essere proposta prima della scadenza del termine per l'esercizio dei poteri inibitori ai fini dell'ottenimento di provvedimenti cautelari e che, una volta scaduti i 30 o 60 giorni, si converte autonomamente in azione di annullamento del diniego di provvedere (cfr. Cons. Stato, Ad. Pl., sent. n. 15 del 29 luglio 2011, ma già prima T.A.R. Liguria, Sez. I, sent. n. 113 del 22 gennaio 2003).

D) l'azione di esecuzione.

Il nuovo Codice del processo amministrativo ha, in ultimo, innovato in maniera decisiva l'istituto dell'ottemperanza proprio ai fini di assicurare l'effettività delle decisioni del G.A.

Chiarificatrice la Relazione finale di accompagnamento al Codice, in cui si legge che il legislatore ha voluto considerare la "storica natura mista del giudizio di ottemperanza, che non è pura esecuzione, ma presenta fisiologici momenti di cognizione" e alla quale l'orientamento giurisprudenziale successivo (si veda *infra*) si è allineato riconoscendo (anche) al giudice dell'esecuzione pienezza di potere.

4.3. Corollari e conseguenze applicative dei principi di cui sopra.

I G.A. hanno fatto concreta applicazione di tali principi declinandoli variamente nelle singole fattispecie che venivano in rilievo.

Le sentenze che qui di seguito verranno passate in rassegna accolgono e corroborano, infatti, tale impostazione andando a rivelare, sotto vari e diversi profili, tanto di cognizione, quanto di ottemperanza, un giudice amministrativo dai poteri sempre più penetranti.

Con riferimento ai poteri del G.A. in sede di giurisdizione di cognizione, è indicativo l'orientamento del Consiglio di Stato, ribadito di recente dalla Quinta Sezione con la sentenza n. 4162 del 4.8.2014, in cui si dà conto di un importante corollario che il legislatore ha fatto discendere dal principio della satisfattoria e della effettività della tutela giurisdizionale.

Tale corollario trova espresso riconoscimento nella norma di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a.: *“Quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori”*.

È di tutta evidenza, infatti, che l'aver permesso una modifica dell'azione in corso di causa, da annullamento ad accertamento, attraverso una valutazione ed una conseguente variazione in senso riduttivo del *petitum* originario, si iscrive nella percepita esigenza di assicurare al privato l'utilità della pronuncia del giudice adito, anche quando l'annullamento richiesto non risulta più tale (perché impedito, nel caso di specie, da una revoca in autotutela). A conferma dell'evoluzione che il Codice del processo amministrativo ha determinato sulla struttura e l'ampiezza del potere del G.A. in relazione alla sua stessa funzione, può essere utilmente citata la pronuncia della Corte costituzionale, n. 200 del 16.7.2014.

Il nuovo processo amministrativo, infatti, così come delineato e riformato dal D.lgs. 104/2010, è caratterizzato da tutta una serie di norme atte a garantire l'esigenza di una pronta ed effettiva tutela e il soddisfacimento e/o la reintegrazione degli interessi lesi. Nell'ambito di tale ricostruzione, la giurisprudenza ha individuato e prodotto tutta una serie di corollari (in parte già scrutinati sopra) per raggiungere quello stesso obiettivo perseguito dal legislatore: tra essi spicca per rilevanza e produttività di effetti il ruolo di assoluta centralità che viene ritagliato per il G.A.

La sentenza in commento si inserisce proprio in questo filone giurisprudenziale e, innovando rispetto alla tradizionale giurisprudenza costituzionale, riconosce anche in sede cautelare la *“piena potestà decisoria”* in capo al G.A., con il conseguente effetto, con riferimento al caso concreto, della tempestività della questione di legittimità costituzionale rispetto al giudizio di merito, instauratosi successivamente alla concessione di una misura cautelare.

“Nel giudizio amministrativo, prima della riforma, se il giudice amministrativo solleva la questione di legittimità costituzionale della norma relativa al merito del ricorso, contestualmente alla decisione, senza alcuna riserva, di accoglimento o di rigetto sulla domanda di sospensione del provvedimento impugnato, la questione risulta, per un verso, non rilevante nell'autonomo contenzioso sulla misura cautelare, esauritosi con la relativa pronuncia, e per altro verso intempestiva in rapporto alla seconda ed eventuale sede contenziosa, posto che, prima del perfezionamento dei requisiti processuali prescritti (domanda di parte, assegnazione della causa per la sua trattazione), l'organo giurisdizionale è sprovvisto di potestà decisoria sul merito e sulle questioni di costituzionalità ad esso relative.

Senonché nel nuovo processo amministrativo la concessione della misura cautelare comporta l'instaurazione del giudizio di merito senza necessità di ulteriori adempimenti, con la conseguenza che la questione di legittimità costituzionale non è intempestiva rispetto a tale sede contenziosa, essendo ora il giudice provvisto di piena potestà decisoria”. L'esigenza di assicurare una tutela satisfattoria e il bene della vita cui si aspira ha portato, altresì, a riconoscere la possibilità per l'ap-

pellante, in sede di appello avverso una sentenza in forma semplificata, di far valere, anche per la prima volta, la disapplicazione di un regolamento (che non sia già stata, peraltro, disposta d'ufficio).

Questo l'approdo della Sesta Sezione del Consiglio di Stato con la sentenza n. 3623 del 14.7.2014 non ha mancato di precisare che *“l'appellante non può essere privato del bene della vita cui aspira se il giudice di primo grado abbia scelto di adottare una sentenza in forma semplificata, senza pronunciare sulla possibile disapplicazione del regolamento.*

Poiché la disapplicazione attiene all'interpretazione delle norme che disciplinano il rapporto controverso, può essere disposta d'ufficio e, quindi, per la prima volta in grado di appello”.

Infine, sempre in tema di espropriazione per p.u. ed occupazioni illegittime da parte della P.A., si annota, tra le tante, la pronuncia n. 2232 del 29.4.2014, la quale, prima di soffermarsi sull'effetto dell'acquisizione sanante di cui all'art. 42-bis del T.U., supera il precedente orientamento ermeneutico ed assicura la restituzione del bene della vita (cioè, il fondo illegittimamente occupato) anche in presenza della costruzione dell'opera pubblica.

“L'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica non fa venir meno l'obbligo dell'Amministrazione procedente di restituire al privato il bene da essa illegittimamente occupato, dovendosi ritenere del tutto superata, alla stregua di principi comunitari, l'interpretazione che faceva derivare dalla costruzione dell'opera pubblica e dall'irreversibile trasformazione effetti preclusivi o limitativi della tutela in forma specifica, con la conseguenza che il privato può legittimamente chiedere sia il risarcimento del danno che la restituzione del fondo con la sua riduzione in pristino”.

Nell'ambito delle pronunce sul giudizio di ottemperanza, emblematica appare la sentenza della Quinta Sezione del Consiglio di Stato, n. 2400 del 2.5.2013.

Con tale *decisum*, infatti, si dà corpo al principio della necessaria (se meritevole) satisfattoria del giudizio amministrativo, tanto di cognizione, quanto di ottemperanza, dal quale viene enucleato, quale corollario e conseguenza, un potere del G.A. altamente discrezionale e calato sul merito della singola fattispecie, così come concretamente svoltasi e sviluppatasi *medio tempore*. *“Nel giudizio di ottemperanza il giudice è chiamato non solo alla puntuale verifica dell'esatto adempimento da parte dell'Amministrazione dell'obbligo di conformarsi al giudicato per far conseguire concretamente all'interessato l'utilità o il bene della vita già riconosciutogli in sede di cognizione e che implica una delicata attività di interpretazione del giudicato, al fine di enucleare e precisare il contenuto del comando, attività da compiersi esclusivamente sulla base della sequenza “petitum – causa petendi – motivi – decisum”, ma deve anche apprezzare le eventuali sopravvenienze di fatto e/o di diritto successive alla notificazione della sentenza della cui ottemperanza si tratta”*.

Più ardita la pronuncia n. 761 del 8.10.2013 del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia, nell'ambito della quale si precisa (peraltro in termini di *“dovere assoluto”*) la funzione del G.A. di assicurare la soddisfazione degli interessi che il privato fa valere, da ciò e per ciò facendone derivare:

un potere del giudice dell'esecuzione di natura valutativa che si estende al merito,

un potere di valutazione altamente discrezionale e integrativo del giudicato,

un potere di cognizione pari a quello proprio dei giudizi di cognizione.

“Il giudice amministrativo, cui è rimessa la tutela per l'esecuzione del giudicato di fronte ad una amministrazione inadempiente, ha il dovere assoluto di imporre all'amministrazione l'esecuzione di quanto sta-

bilito dal giudice, nel senso che deve assicurare la soddisfazione degli interessi che il privato fa valere, godendo a riguardo il giudice di poteri valutativi che si estendono al merito, cioè alla formulazione di valutazioni di opportunità finalizzate ad assicurare il rispetto di quanto deciso con la sentenza da eseguire sino al punto di potere assumere decisioni integrative del giudicato e di potere adottare statuizioni analoghe a quelle che si potrebbero adottare in un nuovo giudizio di cognizione.

Non può pertanto il giudice rinunciare al suo dovere di assicurare da un punto di vista sostanziale la soddisfazione degli interessi dedotti in giudizio, ma utilizzando proprio il potere discrezionale, di cui l'ordinamento lo investe per tale finalità, può determinare qual è il modo più adatto, in concreto, di attuare la decisione giurisdizionale passata in giudicato, rendendo così giustizia al privato".

Nel caso concreto, caratterizzato dall'impossibilità di restituire al privato ricorrente un terreno illegittimamente espropriato dalla P.A. perché già alienato a terzi, i principi sopra enunciati sono stati declinati in una pronuncia di condanna all'esecuzione della sentenza con modalità alternative, *i.e.* nella condanna al risarcimento del danno corrispondente al valore del terreno, ancorché oggetto della domanda ricorsuale e della sentenza di accoglimento, fosse un'azione restitutoria per la (non più realizzabile) retrocessione del bene.

In un caso analogo per fattispecie, si è espressa anche la Quarta Sezione del Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 3347 del 3.7.2014.

La decisione annotata ha ad oggetto i confini e, quindi anche, i poteri del giudice dell'esecuzione nella materia espropriativa e, per la precisione, si interroga sulla possibilità o meno di disporre autonomamente, in luogo della P.A. espropriante (il cui decreto di esproprio è stato annullato in sede di cognizione), l'acquisizione sanante del bene *ex art. 42-bis* del T.U. Espr.

La Sezione del Consiglio di Stato dà atto della sussistenza di due tesi contrapposte, ancorché profondamente connesse nei presupposti.

La prima riconosce in capo al G.A. il solo potere di condannare la P.A. procedente ad avviare il procedimento acquisitivo, con esclusione di qualsivoglia potere di autonoma disposizione. Ciò alla luce di un'interpretazione sistematica dell'*art. 42-bis* in combinato disposto con le altre norme processuali che abilitano il G.A. ad adottare pronunce di condanna, anche atipiche (*art. 34, lett. c c.p.a.*), atte ad assicurare al ricorrente l'esatto conseguimento del bene della vita oggetto dell'istanza di giustizia.

Tale orientamento vede nella formulazione dell'*art. 42-bis* del T.U. una chiara *voluntas legis* di assicurare al proprietario la restituzione del fondo, cioè del bene della vita, attribuendo all'acquisizione sanante un ruolo eccezionale e di *extrema ratio*.

L'orientamento di segno opposto, sulla scia delle pronunce che attribuiscono al giudice dell'esecuzione ampi poteri valutativi e discrezionali (e che, come sopra visto, traggono la loro origine proprio dalla necessità di assicurare l'utilità e la satisfattorietà del giudizio) riconosce in capo al giudice dell'esecuzione il potere di adottare il provvedimento di acquisizione sanante.

A sostegno di tale tesi si afferma che: *"Escludere il potere del giudice dell'ottemperanza e del commissario ad acta di adottare un provvedimento di tal fatta, invero, costituirebbe palese violazione dell'art. 24 Cost: conservare in via esclusiva alla discrezionalità della P.A. l'adozione del provvedimento ex art. 42-bis T.U., invero, significherebbe lasciare il proprietario, che pure ha visto accolta la propria domanda caducatoria, in balia dell'Amministrazione, la quale, anche a seguito della formazione del giudicato, potrebbe persistere in una situazione di*

inerzia, di fatto frustrando l'interesse sostanziale del privato, pur vincitore del giudizio caducatorio, alla definitiva composizione dell'intera vicenda espropriativa, con la chiara e definitiva definizione della titolarità dell'immobile, senza peraltro offrirgli strumenti atti a coartare, in sede appunto di ottemperanza, l'esecuzione sostanziale del dictum di cognizione".

Nell'incertezza della materia e al fine di garantire non solo l'autorità del giudicato, ma soprattutto l'effettività della tutela che muove entrambe le argomentazioni, la Quarta Sezione ha rimesso la questione ed il quesito alla Adunanza Plenaria.

5. Considerazioni conclusive.

Il percorso storico sopra illustrato, le innovazioni apportate anche sulla spinta della giurisprudenza della Corte Costituzionale e delle indicazioni pervenute dalle Corti Superiori (Sezioni Unite e Consiglio di Stato) e l'effetto espansivo delle norme sovranazionali comunitarie, hanno fatto sì che, con l'approvazione del Codice e con le sue successive correzioni, integrazioni ed adeguamenti possa obiettivamente constatarsi come nel tempo si sia assistito alla sostanziale trasformazione della struttura del potere giurisdizionale del G.A.: un potere non più tendenzialmente legato al sindacato del provvedimento sul piano formale (circa la rispondenza dell'atto all'archetipo normativo inteso in senso statico), ma oggi legato alla verifica delle modalità di esercizio del potere pubblicistico in rapporto alle situazioni giuridiche dei soggetti coinvolti, i quali ricevono (e devono poter ricevere) dal G.A. pronta, concreta ed oggettiva tutela degli interessi meritevoli di tutela di cui sono titolari, così assicurandosi l'effettività della tutela invocata.

Gli elementi caratterizzanti, che nel passato venivano richiamati alla base dei giudizi critici sull'incapacità della giurisdizione amministrativa di assicurare tutela effettiva e, fundamentalmente, sull'incapacità di assicurare con effettività la tutela delle situazioni giuridiche azionate nei confronti della Amministrazione, possono oggi ritenersi superati e recessivi alla luce, da un lato, della svalorizzazione dell'atto come oggetto del giudizio e, dall'altro, dell'incardinazione con pienezza del potere del giudice amministrativo sul rapporto amministrativo nelle materie attribuite.

Tali considerazioni consentono di affermare che, all'esito del percorso storico segnalato, il G.A. si pone come un giudice dotato di tutti i poteri necessari ed indispensabili per la tutela del cittadino e/o comunque dei soggetti coinvolti nel rapporto con il potere pubblico attribuito e si pone, quindi, come effettivo garante della legittimità dell'azione della P.A. nei confronti dei soggetti destinatari del suo potere.

Senza voler approfondire in questa sede le ragioni scientifiche che militano a favore della permanenza delle giurisdizioni amministrativa e del Giudice Amministrativo nel nostro ordinamento, che altri, ben più autorevoli, hanno indicato a fronte dei tentativi, reiterati nel tempo, dei fautori della unificazione delle giurisdizioni, mi pare che tale indirizzo unificante appaia, ancora in oggi, non condivisibile e non opportuno di fronte a constatazioni fattuali inequivocabili, quali quella acquisita dell'effettività e della pienezza del G.A. e della tempestività del suo intervento secondo tempi accettabili (anche in logiche europee), della peculiare specialità del rapporto sotteso all'esercizio del potere amministrativo e della sensibilità richiesta nel suo apprezzamento in considerazione dell'interesse pubblico: ciò, specie in considerazione della dichiarata e constatabile inefficienza della giustizia civile.

Sezione di diritto tributario

Massime

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. III, 22 agosto 2014, n. 432 - Pres. Pellegrini - Rel. Trucco - T.T. S.r.l. c. Agenzia delle Entrate D.P. di Savona.

ACCERTAMENTO - società - amministratore - mutamento - Camera di Commercio - pubblicità - omissione - legittimazione passiva - nuovo amministratore - atti univoci di gestione - sussistenza - condizione.

Nel caso in cui in una società vi sia un mutamento dell'amministratore non pubblicizzato presso la Camera di Commercio, sussiste il difetto di legittimazione passiva del vecchio amministratore a ricevere gli atti impositivi notificati alla società solo se il nuovo amministratore ha tenuto comportamenti univoci ed ha compiuto atti di gestione che dimostrino, per facta concludentia, il ruolo ricoperto.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, sez. I, 26 maggio 2014, n. 261 - Pres. e Rel. Sgambati - S.A. c. Agenzia delle Entrate D.P. di La Spezia.

ACCERTAMENTO - immobile - cessione - plusvalenza - valore - determinazione - imposte sui redditi - imposta di registro - legittimità - presunzione grave precisa e concordante - non configurabilità - Ufficio - ulteriori elementi probatori - onere - incombenza - contribuente - prova contraria - minor prezzo - ammissibilità.

In tema di accertamento delle imposte sui redditi, l'Amministrazione finanziaria può induttivamente accertare, nei confronti del venditore, l'ammontare della plusvalenza generata dalla cessione di un terreno sulla base dell'accertamento del valore effettuato in sede di applicazione dell'imposta registro nei confronti della parte acquirente. Tuttavia, tale automatismo dell'Ufficio non è da solo idoneo a costituire presunzione grave, precisa e concordante in ordine alla possibilità che una parte del prezzo della cessione del terreno sia stata corrisposta in contanti: è onere quindi dell'Ufficio corroborare il valore accertato ai fini dell'imposta di registro con le risultanze di indagini tese a verificare la reale esistenza dell'incremento patrimoniale che ha generato la plusvalenza tassata. Del pari, è onere del contribuente allegare e provare fatti idonei e specifici motivi di carattere soggettivo ed oggettivo (ad esempio, allegando la particolare situazione economico personale delle parti ed il rapporto di parentela tra loro intercorrente, una perizia tecnica giurata sul valore del bene, l'esistenza di vincoli urbanistici e ambientali sul bene, gli estratti conti bancari) tali da giustificare il prezzo di cessione inferiore rispetto ai parametri di mercato conosciuti ed applicati dall'Ufficio.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. IV, 10 gennaio 2014, n. 9 - Pres. Haupt - Rel. Cunati - C.N. c. Agenzia delle Entrate D.P. di Imperia.

ACCERTAMENTO - interposizione - frodi - IVA - società - dipendenti di società terza - coinvolgimento - amministratori di fatto - Ufficio - dimostrazione - onere - incombenza - meri contatti commerciali - insufficienza.

Qualora l'Ufficio contesti che i dipendenti di una società cliente

sono in realtà gli amministratori di fatto della società fornitrice, con conseguente loro coinvolgimento nelle frodi IVA attuate da quest'ultima, è suo onere corroborare l'accertamento con elementi che siano idonei a provare, anche indiziariamente, il loro diretto coinvolgimento nell'amministrazione della società fornitrice, non potendo fondare l'accertamento solo sul mero riscontro di "contatti commerciali" tra i dipendenti della cliente e la società fornitrice.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. III, 16 aprile 2014, n. 203 - Pres. Pellegrini e Rel. Trucco - L. S.n.c. c. Agenzia delle Entrate D.P. di Savona.

ACCERTAMENTO - studi di settore - ricavi dichiarati - scostamento esiguo - assenza di gravi incongruenze - illegittimità.

E' illegittimo l'accertamento fondato unicamente sul mero esiguo scostamento (nella specie, dell'8,5%) tra i ricavi dichiarati e quelli desumibili dal relativo studio di settore.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. I, 21 maggio 2014, n. 1036 - Pres. Cingano - Rel. Scanu - P.S. c. Agenzia delle Entrate D.P. di Genova.

ACCERTAMENTO - art. 12, comma 7, L. n. 212/2000 - Cassazione sent. n. 18184/2013 - P.V.C. - termine sessanta giorni - violazione - accertamento - motivazione - assenza di riferimento alle osservazioni del contribuente - contraddittorio - lesione - sussistenza - accertamento - nullità.

Dalla sentenza della Cassazione S. U. n. 18184/2013 si ricava il principio in forza del quale, nel caso in cui, a seguito del rilascio del P.V.C. di chiusura della verifica fiscale (nella specie, avvenuta il 29.10.2012), il contribuente presenti osservazioni all'Ufficio con apposita memoria (nella specie, presentata il 12.12.2012) e l'Ufficio emetta l'accertamento prima dello spirare del termine di sessanta giorni come previsto dall'art. 12, c. 7, L. n. 212/2000 (nella specie, in data 17.12.2012), l'accertamento deve considerarsi nullo se l'Ufficio non ha fornito alcuna motivazione in ordine alle osservazioni presentate dal contribuente, in quanto tale omissione determina la mancanza la fase del contraddittorio con il contribuente con violazione del diritto di difesa di quest'ultimo.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. I, 10 febbraio 2014, n. 276 - Pres. Cingano - Rel. Scanu - C.A. c. Agenzia delle Entrate D.P. di Genova.

ACCERTAMENTO - ente - estinzione - rapporti giuridici sostanziali e processuali - titolarità - cessazione - legale rappresentante - poteri - cessazione - pretesa impositiva - indirizzata nei confronti del legale rappresentante - illegittimità.

E' illegittimo l'accertamento notificato al rappresentante legale di un ente estinto (nella specie, un'associazione sportiva) in quanto, come affermato dalla Cassazione (sent. nn. 4060, 4061 e 4062

del 2010), a seguito della sua cancellazione ed estinzione nelle forme di legge, l'Ente non è più titolare di rapporti giuridici sostanziali e processuali non potendo, di conseguenza, l'Ufficio elevare la pretesa impositiva nei confronti dell'Ente estinto né nei confronti del suo legale rappresentante il quale, a seguito dell'estinzione, ha perso ogni potere rappresentativo.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. I, 7 gennaio 2014, n. 5 - Pres. Soave - Rel. Barabino - L.D. S.r.l. c. Agenzia delle Dogane di La Spezia.

DAZI DOGANALI - natura - atto pubblico - configurabilità - funzione - regime doganale - assolvimento - certificato di origine - dazio agevolato - smarrimento - duplicato - agevolazione - spettanza - condizioni.

La dichiarazione dogale, quale manifestazione di volontà del contribuente, ha natura di atto pubblico ed assolve la funzione di assoggettare ad un determinato regime doganale le merci introdotte nello Stato membro. Pertanto, qualora al certificato di origine di una merce sia collegato un dazio agevolato, lo smarrimento di tale certificato può essere sopperito, con il conseguente riconoscimento del dazio agevolato, solo da un apposito "Duplicato", rilasciato all'esportatore dalle autorità pubbliche competenti che hanno rilasciato il certificato di origine, nel quale devono esser necessariamente indicati la data del rilascio ed il numero di serie del certificato originale.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. II, 31 gennaio 2014, n. 103 - Pres. Cardino - Rel. Chiti - M. S.r.l. c. Agenzia delle Dogane di Genova.

DAZI DOGANALI - relazione OLAF - valore probatorio - accertamento - motivazione - richiamo - legittimità.

DAZI DOGANALI - buona fede - importatore - certificati inesatti o falsi - responsabilità - sussistenza.

Stante il valore probatorio posseduto dalla relazione dell'"OLAF" nei procedimenti amministrativi e giudiziari degli Stati membri (art. 9 Reg. CE 1073/99), deve ritenersi motivato l'accertamento che la richiami per fondare la propria rettifica.

La buona fede dell'importatore non lo esime da responsabilità per l'adempimento dell'obbligazione doganale in quanto egli è il dichiarante della merce importata, quand'anche questa sia scortata da certificati inesatti o falsificati a sua insaputa.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. III, 22 agosto 2014, n. 430 - Pres. Pellegrini - Rel. Trucco - D.D. c. Comune di Varazze.

ICI - L. n. 286/2006 - fabbricati rurali - perdita del requisito della ruralità - titolari di diritti reali - aggiornamento dati catastali - onere - inerzia - Agenzia del Territorio - supplenza - nuova rendita - determinazione - notificazione - Comune - liquidazione imposta - legittimazione.

Per effetto dell'art. 2, c. 36, L. n. 286/2006, l'Agenzia del Territorio individua i fabbricati iscritti al catasto dei terreni per i quali siano venuti meno i requisiti per il riconoscimento del loro carattere "rurale" richiedendo quindi ai titolari dei relativi diritti reali di procedere alla predisposizione degli atti necessari per l'aggiornamento catastale. Nel caso di inerzia del titolare, l'Agenzia del Territorio provvede autonomamente all'attribuzione della nuova

rendita notificandola al contribuente ed il Comune è legittimato a servirsene per la liquidazione dell'ICI dovuta.

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, sez. I, 8 maggio 2014, n. 80 - Pres. Bracco - Rel. Bianchi - A.V. c. ICA S.r.l.

IMPOSTA SULLA PUBBLICITA' - cessazione - denuncia - onere - omissione - pagamento dell'imposta - anno di riferimento - sussistenza.

Ai sensi dell'art. 8, D.lgs. n. 507/93, la dichiarazione della pubblicità annuale ha effetto anche per gli anni successivi purché non si verifichino modificazioni degli elementi dichiarati cui consegue un diverso ammontare dell'imposta dovuta. Pertanto, è onere del contribuente presentare la relativa denuncia di cessazione della pubblicità, a pena della debenza dell'imposta per l'intero anno solare nel caso della relativa omissione, non sussistendo alcun onere né dovere in capo all'ente impositore di effettuare indagini sulla effettiva sussistenza del presupposto impositivo.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. III, 17 luglio 2014, n. 402 - Pres. Schito - Rel. Alba - R.V. c. Agenzia delle Entrate D.P. di Savona.

IMPOSTE SUI REDDITI - D.M. n. 311/1999 - immobili - costruzione - uso abitazione principale - oneri - detrazione - condizioni - termini - concessione edilizia - proroghe - contribuente - dimostrazione - onere - incombenza.

Il D.M. 30.07.1999 n. 311 individua le condizioni che consentono la detrazione degli interessi passivi e degli oneri connessi alla costruzione di unità immobiliari da adibire ad abitazione principale. Tuttavia, tale detrazione non spetta se i lavori di costruzione non sono ultimati entro il termine stabilito dalla concessione edilizia od in quello successivamente prorogato: è quindi onere del contribuente che intende avvalersi dell'agevolazione dimostrare la sussistenza di tali eventuali proroghe.

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, sez. III, 21 ottobre 2014, n. 133 - Pres. - Rel. Bracco - T. S.r.l. c. Agenzia delle Entrate D.P. di Imperia.

PROCESSO TRIBUTARIO - Cassazione - rinvio al giudice di II° grado - art. 68 d.p.r. n. 602/1973 - riscossione frazionata in pendenza di giudizio - sentenza della C.T.P. di accoglimento del ricorso - Ufficio - iscrizione a ruolo di un terzo dell'imposta accertata a titolo provvisorio - art. 15 d.p.r. n. 602/1973 - illegittimità.

Nel caso in cui la Cassazione rimetta la controversia al giudice di II° grado, l'Ufficio non è legittimato ad iscrivere a ruolo a titolo provvisorio la quota di un terzo delle maggiori imposte accertate ai sensi dell'art. 15 d.p.r. n. 602/1973. Infatti, la pronuncia della Cassazione travolge solo le sentenze di II° grado lasciando sussistere la pronuncia emessa dal Giudice di I° grado. Conseguentemente, dovendo trovare applicazione l'art. 68 D.lgs. n. 546/92 sulla riscossione frazionata in pendenza di giudizio, l'Ufficio può riscuotere il tributo per i due terzi solo a seguito della sentenza della C.T.P. che abbia respinto il ricorso ma non anche nel caso in cui il medesimo Ufficio sia rimasto soccombente in primo grado.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. IV, 10 gennaio 2014, n. 6 - Pres. Haupt - Rel. Cunati - S.G. c. Agenzia delle Entrate D.P. di La Spezia.

PROCESSO TRIBUTARIO – conciliazione giudiziale – versamento dell'imposta concordata – ritardo – conseguenze -conciliazione – intangibilità – interessi per ritardo pagamento – debenza.

La circostanza che il contribuente abbia versato l'imposta dovuta in base alla conciliazione giudiziale in ritardo rispetto alle scadenze previste dalla legge non inficia l'accordo conciliativo intervenuto con l'Ufficio (facendo quindi rivivere l'originaria pretesa impositiva), ma lo espone soltanto alle conseguenze economiche derivanti dalla debenza degli interessi e dall'eventuale maggior danno connesso al ritardato pagamento dell'importo dovuto.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. I, 7 gennaio 2014, n. 2 - Pres. Soave - Rel. Barabino - S.E. c. Equitalia Nord S.p.A.

RISCOSSIONE – cartella di pagamento – atto pubblico – natura – configurabilità – luogo di notificazione – residenza anagrafica – contestazioni - veridicità di quanto affermato nella cartella di pagamento - querela di falso – necessità.

Gli atti della riscossione, quali la cartella di pagamento, devono essere considerati "atti pubblici" per cui, laddove si intenda contestare la veridicità di quanto in essi indicato con riferimento all'attività

svolta dal soggetto che li ha posti in essere, occorre proporre querela di falso. Pertanto, qualora dalla cartella di pagamento risulti che il contribuente era anagraficamente residente in un determinato luogo (avendo l'Agente della Riscossione avuto tale informazione direttamente dal Comune interpellato), la circostanza che il contribuente produca un certificato anagrafico dal quale risulti che alla data della notificazione egli era residente altrove, tale discrepanza non può da sola inficiare il procedimento notificatorio fino a quando il contribuente non proponga querela di falso.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. IV, 21 marzo 2014, n. 350 - Pres. Haupt - Rel. Teppati - C. S.n.c. c. Comune di Genova

TARSU – tariffe – Giudice Amministrativo – annullamento – invalidità derivata – ruolo e cartella di pagamento – illegittimità – pretesa impositiva – permanenza – Comune rideterminazione – ultima tariffa valida – onere - incombenza

L'annullamento da parte del Giudice Amministrativo delle delibere di approvazione delle tariffe TARSU non determina il venir meno della pretesa impositiva del Comune, ma, caducando per invalidità derivata tutti gli atti conseguenti, tra i quali l'iscrizione a ruolo e la cartella di pagamento, obbliga il Comune, se ancora nei termini di decadenza, a reiterare gli atti impositivi della pretesa tributaria applicando le ultime tariffe TARSU valide in quanto non annullate dal Giudice Amministrativo.

Sezione di diritto penale

Sentenze e ordinanze

Tribunale di Genova – in composizione monocratica, 28 gennaio 2014 – Giudice Vignale.

DELITTI CONTRO L'INVOLABILITÀ DEI SEGRETI – rivelazione di segreto professionale – geometra – segnalazione abuso edilizio ad associazione ambientalista – concetto di nocumento – dimensione oggettiva – effettività dell'irregolarità amministrativa – carenza – reato insussistenza – denuncia di illecito penalmente rilevante – segreto professionale – astensione dal deporre ex art. 200 c.p.p. - facoltà e non obbligo – denuncia – reato di rivelazione di segreti – insussistenza.

(Art. 622 c.p.; art. 200 c.p.p.)

PRIVACY – diffusione di dati personali per finalità diverse da quelle per cui era autorizzato il trattamento – natura del dato – fotografie di manufatti – riservatezza insussistenza – soggetto destinatario della comunicazione – associazione ambientalista – diffusione pubblica – insussistenza – reato – insussistenza.

(Art. 167 comma 2 in relazione all'art. 25 c. 1 lett. b) D. L.vo 30/06/2003 n. 196)

Per poter applicare l'art. 622 C.P. che punisce la rivelazione di segreto professionale non basta che la notizia divulgata sia segreta, occorre anche che la divulgazione sia avvenuta "senza giusta causa" ed abbia provocato un "nocumento" alla persona offesa. La giurisprudenza di legittimità ha sottolineato che la nozione di nocumento "va intesa non soltanto nell'aspetto soggettivo (cioè nel senso che possa derivare danno o pericolo di danno ad un soggetto), ma altresì, nell'aspetto oggettivo, nel senso cioè che il danno o il pericolo di danno sia ingiusto, ossia contrario al diritto" (Cass. Sez. 2 sent. 1723 del 15.12.1961). Il "nocumento" arrecato alla persona offesa, dunque, deve essere stato provocato "senza giusta causa".

(Fattispecie in tema di rivelazione di segreto professionale tradottasi in una denuncia di violazioni edilizie ad un'associazione ambientalista cui ha fatto seguito un procedimento amministrativo da cui sono state riconosciute dalla stessa persona offesa irregolarità amministrative nonché illeciti ambientali che richiedevano di essere sanati: in questo caso il "nocumento" arrecato alla persona offesa, lungi dall'essere ingiusto, comportò una reintegrazione del delitto violato. Il giudice ha anche osservato che la abusiva realizzazione di manufatti in zona vincolata assume rilevanza penale e che - come emerge chiaramente dalla lettura dell'art. 200 c.p.p. - in presenza di un illecito penale, il professionista non è obbligato ad opporre il segreto, ma solo facoltizzato a farlo. Ha dunque il diritto di scegliere se dare prevalenza al vincolo di riservatezza conseguente al rapporto professionale oppure all'interesse pubblico alla prevenzione e repressione dei reati. Tale interesse non può che costituire "giusta causa" alla rivelazione di un segreto professionale perché l'ordinamento non può, senza contraddirsi, punire allo stesso tempo chi abbia commesso un reato e chi, pur non essendovi obbligato, ne abbia consentito l'accertamento).

Non è ravvisabile la violazione dell'art. 167 comma 2 del D.lg. 196/03 nella condotta del professionista geometra che divulgò informazioni riguardanti alcuni manufatti e il relativo sistema fognario poiché tali informazioni non costituiscono dati personali tutelati dal D.lg 196/03. A maggior ragione il reato deve ritenersi

non sussistente quando, come nel caso di specie, tali informazioni non sono riferite a soggetti privati, ma alle guardie giurate del WWF che svolgono funzioni di Polizia Giudiziaria in materia ambientale e che, come hanno effettivamente fatto, avrebbero trasmesso le notizie agli Uffici Tecnici del Comune preposti per legge alla acquisizione e conservazione dei dati riguardanti gli immobili situati nel territorio di quel Comune. Ne consegue che, anche se la notizia divulgata avesse avuto carattere personale, nessuna violazione dell'art. 167 comma 2 del D.lg. 196/03 sarebbe in concreto ipotizzabile.

[Sentenza emessa nei confronti di pc] imputato.

a) del reato di cui all'art. 622 CP perché avendo avuto notizia, in virtù di incarico professionale conferitogli da S. A. M. di progettare ed accatastare immobili di proprietà della S. siti in Comune di R. frazione C. località V., di dati concernenti tali immobili costituenti un segreto della sua professione di geometra, senza giusta causa dopo la risoluzione del rapporto professionale li rivelava mediante segnalazione di un abuso in zona vincolata inviata al gruppo GPG WWF sezione regionale della Liguria nella quale indicava la realizzazione di numerosi interventi edilizi, l'uso, al fine di realizzare un riempimento, di macerie di porzione di fabbricato crollato, l'assenza di scarichi fognari per i vecchi ed i nuovi manufatti e allegando la mappa catastale e documentazione fotografica di tali opere. In Genova 23/07/2010.

b) del reato di cui all'art. 167 comma 2 in relazione all'art. 25 c. 1 lett. b) D. L.vo 30/06/2003 n. 196 perché con le condotte di cui al capo precedente diffondeva presso terzi dati personali di S. A. M. costituiti da immagini dei beni di proprietà della stessa per finalità diverse da quelle per cui era autorizzato al trattamento.

In Genova, 23/ 07/ 2010.

Svolgimento del processo.

Con decreto del 21.5.2013 il P.M. ha disposto il rinvio a giudizio di C. P., imputato dei reati indicati in rubrica.

La persona offesa S. A. M. si è costituita parte civile il 23.12.2013 con atto depositato in cancelleria.

La prima udienza dibattimentale, fissata per il 14.1.2014, ha dovuto essere rinviata perché i difensori aderivano all'astensione dalle udienze proclamata dall'Unione delle Camere Penali.

Alla successiva udienza del 24.1.2014 il difensore di parte civile ha depositato le copie notificate dell'atto di costituzione.

Si è poi preso atto che, in data 23.1.2014, il difensore dell'imputato aveva depositato in cancelleria, unitamente alla procura speciale a chiedere riti alternativi, istanza di giudizio abbreviato. Disposto il rito alternativo richiesto, è stato acquisito il fascicolo del Pubblico Ministero. In data odierna le parti hanno illustrato le rispettive conclusioni e questo giudice ha pronunciato sentenza dando lettura del dispositivo.

Motivi della decisione.

Alla fine del 2006, S. A. M. – proprietaria di terreni ed immobili nel Comune di R. frazione C., località V. – conferì al geometra P. C. un incarico professionale che prevedeva lo svolgimento delle pratiche necessarie per l'accatastamento e

la regolarizzazione urbanistica del rustico rurale di sua proprietà e per la progettazione e realizzazione di un canile.

Nel corso dello svolgimento dell'incarico tra la committente e il geometra sorsero dissapori sicché nel marzo del 2009 C. comunicò alla S. di non voler proseguire nel rapporto professionale. Ne scaturì una controversia relativa alle competenze dovute per le prestazioni professionali. C. presentò infatti una parcella per importi che la S. valutò "esorbitanti". Il 24.7.2009 C. comunicò al Comune di R. la revoca dell'incarico così che fosse evidente che egli non rivestiva più la qualità di direttore dei lavori.

Nell'interrogatorio reso in data 3.12.2012 egli ha chiarito di aver provveduto a tale comunicazione "temendo di essere coinvolto in abusivismi vari in qualità di direttore dei lavori".

Il 23.7.2010 (e dunque un anno dopo la cessazione dall'incarico) C. inviò una lettera alle Guardie Giurate del WWF avente il seguente oggetto: "segnalazione abuso in zona vincolata in comune di R., Frazione C. Località V."

Nella lettera – che sottoscrisse quale geometra iscritto al collegio provinciale di Genova – C. segnalava: che "nel comune di R., frazione C., località V." erano "stati eseguiti numerosi interventi edilizi, tra cui la realizzazione di un manufatto destinato a canile" e che l'area interessata da quegli interventi ricadeva in zona sottoposta a vincolo ambientale ("zona V del programma di Fabbricazione del Comune di R."). Riferiva inoltre che, per la realizzazione di un riempimento, erano state "utilizzate le macerie di una porzione di fabbricato crollata di recente"; che, "per i vecchi e per i nuovi manufatti realizzati" non risultavano "scarichi fognari";

Alla lettera erano allegata alcune fotografie e la mappa catastale della zona.

Il Coordinatore Regionale del Nucleo Guardie Giurate del WWF di Genova J. G., inviò la segnalazione che aveva ricevuto al Sindaco del Comune di R. il quale dispose un sopralluogo da parte dell'Ufficio Tecnico e della Polizia Municipale. All'esito di tale sopralluogo, eseguito in data 23.10.2010, la S. ricevette una raccomandata nella quale le veniva contestato che una parte dei manufatti di sua proprietà non risultavano censiti al catasto dei fabbricati e che "due tettoie con tampionature in lamiera ed un manufatto in legno adibiti a pollaio" insistevano sulla particella X del foglio Y e dunque ricadevano in zona soggetta a vincolo paesaggistico.

Con la raccomandata fu ingiunto alla S. di provvedere entro 40 giorni al ripristino dello stato dei luoghi. La S. chiese ed ottenne che la ingiunzione di ripristino fosse sospesa sostenendo che una parte degli immobili era preesistente al 1942. Presentò inoltre l'istanza di sanatoria in relazione ad altri manufatti realizzati in epoca successiva insistenti sulle particelle 102 e 103. Il 3.4.2012, la S. si recò presso gli uffici del Nucleo Guardie Giurate del WWF per avere copia della lettera che aveva dato origine alla procedura amministrativa e apprese che era stata scritta dal C.. Pertanto, il 17.5.2012, sporse querela nei confronti dell'odierno imputato.

C. è accusato di aver violato l'art. 622 c.p., cioè di aver rivelato notizie segrete delle quali aveva avuto conoscenza in ragione dell'incarico professionale ricevuto.

A tale violazione, secondo l'accusa, si aggiungerebbe quella dell'art. 167 comma 2 del d.lg. 196/2003 che C. avrebbe commesso trattando dati personali in violazione dell'art. 25 comma 1 lett. b) del decreto stesso e quindi "per finalità diverse da quella indicata nella notificazione del trattamento, ove prescritta".

Non è controverso agli atti che alla data del 23.7.2010 C. non fosse più legato da alcun rapporto professionale con la S..

La formulazione dell'imputazione muove dunque dalla pre-

messa che le notizie contenute nella lettera fossero state acquisite dal C. nell'esercizio della propria attività professionale e che si trattasse di "atti personali" e "segreti" che egli non avrebbe potuto acquisire se non in forza del rapporto professionale che lo aveva legato alla querelante.

La premessa è certamente errata per quanto riguarda la mappa catastale allegata alla lettera, che reca la data del 7.5.2010 e fu dunque acquisita in epoca successiva allo svolgimento dell'incarico. Si tratta peraltro di un documento pubblico del quale ogni cittadino può fare richiesta agli uffici comunali competenti.

Quanto alle fotografie raffiguranti lo stato dei luoghi, poiché agli stessi si accede attraverso una strada a libero transito, chiunque avrebbe potuto scattarle. Ne consegue che le notizie in esse contenute non sono "segrete" e non si tratta di dati "personali" soggetti a trattamento al sensi della legge 196/03. Ponendosi in questa prospettiva appare del tutto irrilevante che le fotografie di cui si tratta siano state in parte scattate mentre l'incarico professionale era in corso. I terreni e fabbricati che vi compaiono, infatti, erano liberamente accessibili, C. li fotografò anche in epoca successiva alla cessazione dell'incarico e qualsiasi cittadino avrebbe potuto fare la stessa cosa. Si trattava dunque di immagini che non contenevano segreti e, tanto meno, segreti che il geometra C. aveva potuto conoscere grazie all'incarico ricevuto ed era tenuto a non divulgare.

Nel capo di imputazione si fa riferimento, oltre che alle fotografie e alla mappa catastale, alla rivelazione di altre notizie di cui si assume la segretezza ed in particolare:

- alla circostanza che, al fine di realizzare un riempimento, sarebbero state utilizzate le macerie di un fabbricato crollato;
- alla circostanza che tutti i manufatti realizzati sarebbero stati privi di scarichi fognari.

Della prima notizia (uso di macerie per realizzare un riempimento) la querelante contesta la veridicità e tanto basta; una notizia non vera, infatti, non può essere segreta e chi la divulga potrebbe forse rispondere di calunnia o diffamazione, ma certo non della violazione degli art. 622 c.p. e 167 d.lg. 196/03.

Resta allora da esaminare l'indicazione, contenuta nella lettera del 23.7.2010, secondo la quale i manufatti realizzati sui terreni di proprietà della S. erano privi di scarichi fognari. Nell'interrogatorio reso il 3.12.2012 C. ha dichiarato che si tratta di un fatto notorio. Nel Comune di R., infatti, c'è l'obbligo di costruire fosse biologiche tipo Imhoff e per realizzarle occorre smuovere ingenti quantità di terra, cosa che non appariva essere stata fatta nei terreni di proprietà della S.. A tale osservazione è facile obiettare che, da comune cittadino, C. non avrebbe potuto sapere se le fosse biologiche erano già state realizzate in passato, sicché nel redigere la lettera utilizzò informazioni che aveva acquisito in forza del mandato professionale. Tali informazioni riguardano alcuni manufatti e il relativo sistema fognario e pertanto non si tratta di dati personali tutelati dal D.lg. 196/03.

Peraltro C. non comunicò quelle informazioni a soggetti privati, ma alle guardie giurate del WWF che svolgono funzioni di Polizia Giudiziaria in materia ambientale. Ricevuta la notizia, le Guardie del WWF la trasmisero agli Uffici Tecnici del Comune di R. preposti per legge alla acquisizione e conservazione dei dati riguardanti gli immobili situati nel territorio di quel Comune. Ne consegue che, anche se la notizia divulgata avesse avuto carattere personale, nessuna violazione dell'art. 167 comma 2 del D.lg. 196/03 sarebbe in concreto ipotizzabile.

Le osservazioni appena svolte appaiono rilevanti anche con riferimento al reato di cui all'art. 622 c.p. contestato al capo a). Per poter applicare tale fattispecie incriminatrice, infatti, non

basta che la notizia divulgata sia segreta, occorre anche che la divulgazione sia avvenuta “senza giusta causa” ed abbia provocato un “nocumento” alla persona offesa.

La giurisprudenza di legittimità ha sottolineato che la nozione di nocumento “va intesa non soltanto nell’aspetto soggettivo (cioè nel senso che possa derivare danno o pericolo di danno ad un soggetto), ma altresì, nell’aspetto oggettivo, nel senso cioè che il danno o il pericolo di danno sia ingiusto, ossia contrario al diritto” (Cass. Sez. 2 sent. 1723 del 15.12.1961). Il “nocumento” arrecato alla persona offesa, dunque, deve essere stato provocato “senza giusta causa”.

Che ciò non sia avvenuto nel caso che ci occupa appare evidente. La querelante lamenta che, a causa della denuncia sporta da C., fu costretta ad affrontare un procedimento amministrativo per la regolarizzazione urbanistica ed ambientale dei manufatti realizzati sui terreni di cui è proprietaria.

Risulta dagli atti che, nel corso di quel procedimento amministrativo, ella ha sostenuto che alcuni fabbricati, ancorché non censiti a catasto, erano stati realizzati prima del 1942, e ha presentato istanza di sanatoria “per il mantenimento delle opere di ristrutturazione degli immobili insistenti sulla particella Z” e sulla “sulla particella X” (che, come si è detto ricade in zona soggetta a vincolo paesaggistico). Vi erano dunque irregolarità amministrative ed illeciti ambientali che richiedevano di essere sanati, e il “nocumento” arrecato alla persona

offesa, lungi dall’essere ingiusto, comportò una reintegrazione del delitto violato.

(A ciò deve aggiungersi che la abusiva realizzazione di manufatti in zona vincolata assume rilevanza penale e che - come emerge chiaramente dalla lettura dell’art. 200 c.p.p. - in presenza di un illecito penale, il professionista non è obbligato ad opporre il segreto, ma solo facoltizzato a farlo. Ha dunque il diritto di scegliere se dare prevalenza al vincolo di riservatezza conseguente al rapporto professionale oppure all’interesse pubblico alla prevenzione e repressione dei reati. Tale interesse non può che costituire “giusta causa” alla rivelazione di un segreto professionale perché l’ordinamento non può, senza contraddirsi, punire allo stesso tempo chi abbia commesso un reato e chi, pur non essendovi obbligato, ne abbia consentito l’accertamento).

Per tutte queste considerazioni, C. P. deve essere mandato assolto dalle imputazioni a lui ascritte per insussistenza del fatto. La domanda risarcitoria e di rifusione delle spese proposta dalla parte civile costituita non può conseguentemente trovare accoglimento.

P.Q.M.

Il Tribunale in composizione monocratica Visto l’art. 530 c.p.p. assolve C.P. dalle imputazioni a lui ascritte perché il fatto non sussiste.

Massime

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 23 ottobre 2013 – Giudice Siclari.

CIRCOLAZIONE stradale – guida in stato di ebbrezza – accertamento.

(Art. 186, C.d.S.)

Lo stato di ebbrezza del conducente può essere accertato e provato con qualsiasi mezzo, non necessariamente né unicamente attraverso la strumentazione e le procedure indicate dall'art. 379 del regolamento del C.d.S.; è pertanto sufficiente anche l'attestazione dell'alterazione psicofisica del soggetto derivi da un'ammissione dello stesso, dall'alterazione nella deambulazione, dalla difficoltà di movimento, dall'eloquio sconnesso o dall'alito vinoso.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 22 ottobre 2013 – Giudice Baldini.

CIRCOLAZIONE stradale – guida in stato di ebbrezza – aggravante dell'aver provocato un incidente stradale – sussistenza di un danno, anche minimo, a persone o cose – necessità.

(Art. 186, comma 2 bis C.d.S.)

In mancanza di una esplicita definizione da parte del legislatore nazionale, la nozione di "incidente stradale" può inferirsi dalla Convenzione di Vienna del 1968, laddove il medesimo viene definito come evento in cui rimangono coinvolti veicoli, esseri umani o animali fermi o in movimento e dal quale derivino danni a cose o lesioni ad animali o a persone.

*Alla nozione di incidente deve essere comunque strettamente correlato un danno, inteso quale conseguenza della violazione del principio del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 C.C.: in mancanza di un danno (anche minimo) a cose o a persone non può dunque ravvisarsi la sussistenza di un incidente stradale.*

Ben può sostenersi, pertanto, che la circostanza aggravante del reato di guida in stato di ebbrezza, consistente nell'aver provocato un incidente stradale, si configuri solo allorquando il conducente che versi in condizione di ebbrezza alcolica cagioni, con il proprio veicolo, un concreto (anche se minimo) danno a sé o a terzi.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 4 febbraio 2014 – Giudice Baldini.

CIRCOLAZIONE stradale – guida in stato di ebbrezza – aggravante dell'incidente – trattamento sanzionatorio - rilevanza.

(Art. 186 c.2 bis C.d.S.)

In tema di guida in stato di ebbrezza ex art. 186 c.d.s., deve escludersi l'aggravante dell'aver provocato un incidente stradale, prevista dal comma 2 bis, in mancanza di un danno a terzi. La nozione

*stessa di "incidente" deve infatti essere strettamente correlata ad un danno, a cose o persone, da intendersi quale conseguenza della violazione del principio *neminem laedere* ex art. 2043 c.c.. Per questa ragione, la mera caduta da ciclomotore senza che si sia verificato danno alcuno se non al veicolo o al conducente medesimo, porta ad escludere l'aggravante in questione. (1)*

(1) La definizione di "incidente stradale" come aggravante per la guida in stato di ebbrezza.

La sentenza in esame tratta il tema della definizione di "incidente stradale" rilevante per la configurabilità della circostanza prevista dal comma 2 bis dell'art. 186 c.d.s., aggravante ostativa alla convertibilità della pena in un periodo di Pubblica Utilità.

Secondo il Giudicante, la lacuna legislativa sul punto consente di avvalersi della descrizione, ampia e interpretabile, contenuta nella Convenzione di Vienna del 1968 (1), la quale caratterizza l'incidente stradale come evento in cui rimangono coinvolti veicoli, esseri umani o animali fermi o in movimento e dal quale derivino danni a cose o lesioni ad animali o a persone.

Nel caso di specie, il conducente del ciclomotore era caduto da solo nei pressi della propria abitazione riportando lievissime lesioni e qualche danno al proprio mezzo.

In seguito, al giovane veniva riscontrato un tasso alcolemico pari a 2,0 g/l.

Da ciò discendeva una imputazione per guida in stato di ebbrezza ex art. 186 c. 2 lett. C), aggravata dalla circostanza dell'aver provocato un incidente, ex art. 186 c. 2 bis.

Nella ricostruzione dei fatti, il Giudice constatava tuttavia come il giovane, nella caduta, non avesse coinvolto altre persone o cose di terzi. Riteneva ragionevole, quindi, considerare l'evento come una mera caduta, non tale da inserirsi nella categoria dell'incidente, atto a configurare l'aggravante del comma 2 bis. (2)

Sotto il profilo sanzionatorio, l'esclusione dell'aggravante comportava, da un lato, l'applicazione della sospensione della patente anziché della ben più grave revoca e, dall'altro, la possibilità di accedere alla conversione della pena in un periodo di lavori di P.U. con futuro potenziale dimezzamento del periodo di sospensione del titolo di guida.

Note:

(1) Convenzione di Vienna sul traffico stradale del 8.11.1968, ratificata il 2.10.1996.

(2) Conforme a questo orientamento Trib. Genova 14.2.2103. Giudice Pastorini, in questa rivista n. 2/2013 p. 70. La giurisprudenza di senso contrario (tra cui Cass. Pen. sez. IV 42488/12) ritiene sostanzialmente che l'aggravante in esame sanzioni il concretizzarsi del maggior pericolo per i terzi dovuto alla effettiva perdita di controllo del mezzo. In quest'ottica è valutato quale incidente stradale sia l'urto del veicolo contro un ostacolo, sia la sua fuoriuscita dalla sede stradale, senza che abbia rilievo il fatto che non si siano verificati danni a terzi; con la conseguenza che sarebbe sufficiente qualsiasi turbativa del traffico, potenzialmente idonea a determinare danni.

Avv. Ruggero Navarra
Avv. Annaelisa Cornaggia

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 31 ottobre 2013 – Giudice Cusatti.

CIRCOLAZIONE stradale – guida in stato di ebbrezza con revoca della patente – conflitto – sanzioni amministrative accessorie all'accertamento di reati – prevalenza – elemento specializzante dell'evento lesivo o letale.

(Artt. 186, c. 2, lett. c), e c. 2 bis, e 222 D. Lgs. 285/1992)

Nel conflitto tra l'art. 186, c. 2 bis, C.d.S. – secondo il quale la revoca della patente dev'essere disposta sol che l'imputato di guida in stato di ebbrezza con tasso alcolemico superiore a 1,5 g/l sia rimasto coinvolto in un incidente stradale, quand'anche senza provocare lesioni ad alcuno – e il successivo art. 222 C.d.S. – secondo il quale l'imputato portatore del medesimo tasso alcolemico può vedersi revocata la patente di guida soltanto qualora abbia provocato a terzi lesioni gravi o gravissime o ancora si sia reso responsabile di omicidio colposo – non può che darsi prevalenza a quest'ultima disposizione, la quale contempla l'ulteriore elemento specializzante dell'evento lesivo o letale quale conseguenza colposa dell'incidente stradale cui abbia dato luogo il conducente in stato di ebbrezza con tasso alcolemico rilevante ex art. 186 lett. c) C.d.S.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 4 febbraio 2014 – Giudice Cusatti.

CIRCOLAZIONE stradale – guida in stato di ebbrezza – trattamento sanzionatorio – fenomeno della “curva alcolemica” – rilevanza.

(Art. 186 c.2 C.d.S.)

In tema di guida in stato di ebbrezza ex art. 186 c.d.s., il Giudice deve tener conto del fenomeno della cd “curva alcolemica” (secondo cui la presenza di alcool nel sangue segue un andamento a parabola inizialmente ascendente e quindi discendente); quindi, per individuare il corretto trattamento sanzionatorio, si dovrà considerare, oltre i risultati delle analisi tecniche eseguite ex art. 379 reg. att. c.d.s., anche il tempo trascorso tra tali analisi e la cessazione della condotta di guida. (1)

(1) La rilevanza del fenomeno della c.d. “curva alcolemica” sul trattamento sanzionatorio del reato di guida in stato di ebbrezza.

La sentenza presa in esame si inserisce in quella giurisprudenza, sia di merito (1) che di legittimità (2) che riconosce rilevanza nell'accertamento della responsabilità per la guida in stato di ebbrezza al fenomeno della curva alcolemica.

Secondo tale fenomeno, detto anche della “curva di Widmark” l'assorbimento dell'alcol da parte dell'organismo ha un picco entro 30 – 90 minuti, esaurendosi non oltre i 120 minuti ed assume un andamento a parabola (partendo da valori d'ingresso bassi, per incrementarsi fino a raggiungere il livello di massima intossicazione e quindi ridiscendere sino all'annullamento) (3).

Nel caso di specie, l'imputato aveva provocato un incidente stradale, in seguito al quale gli era stato riscontrato un tasso alcolemico di 1,69 g/l.

Si configurava così una imputazione ex art. 186 comma 2 lett. c, aggravata ex comma 2 bis (incidente).

Nella ricostruzione dei fatti si constatava la rilevanza di due particolari elementi:

- i) la circostanza per cui il secondo test effettuato con l'etilometro ad un quarto d'ora di distanza dal primo rivelasse un tasso alcolemico superiore (1,74 g/l) attestando come in realtà l'assorbimento fisiologico dell'alcol potesse essere ancora in fase ascendente,
- ii) il tempo trascorso tra il verificarsi dell'incidente e l'effettuazione dell'esame etilometrico fosse piuttosto ampio (circa 50 minuti).

Sulla scorta di tali evidenze il Giudicante constatava come il fenomeno della curva alcolemica comportasse l'impossibilità di determinare con certezza la quantità di alcol presente nel sangue del conducente al momento della guida. Applicando il principio del favor rei, disponeva quindi la derubricazione del reato nella fascia di rilevanza penale inferiore, di cui all'art. 186 c. 2 lett. b. (con l'ulteriore positiva conseguenza, sotto il profilo sanzionatorio, della revoca della confisca del mezzo).

Note:

(1) Sent. Trib. Brescia, sez. dist. Salò, n. 173, 14.01.2011.

(2) Sent. Cass. Pen., sez. IV, n. 27954, 12.07.2012.

(3) N. Marzocchi, L.A. Pini, D. Castellani, F. Fantozzi, Lo Spallanzani, 2004, pp. 18: 37-46.

Avv. Barbara Costantino

Avv. Simone Rivabella

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 23 ottobre 2013 – Giudice Baldini.

CIRCOSTANZE del reato – recidiva – obbligatorietà – ipotesi di recidiva di cui al comma 5 dell'art. 99 c.p. – facoltatività – altri casi previsti dalla norma.

(Art. 99 c.p.)

Contrariamente a quanto parrebbe evincersi dal tenore letterale dell'art. 99 c.p. – giusta quanto statuito sia dalla Corte costituzionale (sent. 192/2007) che dalla Suprema Corte di Cassazione (vedesi, da ultimo, Cass., SS. UU., sent. 27.5-5.10.2010 n. 35738) –, la previsione della “obbligatorietà” dell'aumento di pena per la recidiva deve ritenersi limitata all'ipotesi di recidiva di cui al comma 5 dello stesso articolo (recidiva concernente i gravi delitti di cui all'art. 407, comma 2, lettera a) del c.p.p.), mentre l'applicazione della recidiva è rimasta una “facoltà” del giudice in tutti gli altri casi previsti dalla norma (recidiva semplice: comma 1; recidiva aggravata: comma 2; recidiva pluriaggravata: comma 3; recidiva reiterata: comma 4), limitandosi la formulazione letterale di questa non a stabilire l'obbligatorietà della sottoposizione ad aumento di pena, quanto piuttosto la misura dell'aumento medesimo.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 24 maggio 2013 – Giudice Carpanini.

CONTRAVVENZIONI – inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità – norma di natura sussidiaria – violazione del divieto di dimorare in un determinato Comune – esclusione.

(Artt. 650 c.p.; artt. 283 e 276 c.p.p.)

In tema di inosservanza di provvedimento dell'autorità, la disposizione di cui all'art. 650 cod. pen. è norma di natura sussidiaria, che trova applicazione solo quando l'inosservanza del provvedimento dell'autorità non sia sanzionata da alcuna norma, penale o processuale o amministrativa. Ne consegue che la violazione del divieto di dimorare in un determinato Comune, imposto quale misura coercitiva ai sensi dell'art. 283 cod. proc. pen., e sanzionato dall'art. 276 stesso codice con la possibile applicazione di una misura più grave, non costituisce il reato previsto e punito dal citato art. 650 cod. pen.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 11 marzo 2013 – Giudice Orsini.

DELITTI contro il patrimonio – delitti contro il patrimonio mediante frode – riciclaggio – delitto a forma libera – condotta – qualsiasi operazione atta ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa del bene – operazioni meramente materiali sui beni.

(Art. 648 bis c.p.)

DELITTI contro il patrimonio – delitti contro il patrimonio mediante frode – riciclaggio – condotta del soggetto attivo – identità del bene – tracciabilità del suo percorso.

(Art. 648 bis c.p.)

DELITTI contro il patrimonio – delitti contro il patrimonio mediante frode – riciclaggio – operazioni volte a rendere difficile l'accertamento della provenienza del bene – sussistenza.

(Art. 648 bis c.p.)

Con la riforma attuata dalla L. 9 agosto 1993, n. 328, il delitto di riciclaggio è a forma libera, grazie alla previsione di chiusura che, alle condotte di sostituzione o trasferimento, ha aggiunto qualsiasi altra operazione atta ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa del bene ed è, quindi, pacifico che possa trattarsi di operazioni anche meramente materiali sui beni (diversamente basterebbe ad integrare il delitto il trasferimento della res, già previsto come condotta rilevante nell'originaria formulazione della norma incriminatrice), purché tali da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa.

La condotta del soggetto attivo del reato può incidere tanto sulla mera identità del bene, ovvero sulla sua "riconoscibilità", quanto sulla "tracciabilità" del suo percorso. Per escludere il delitto di riciclaggio non basta, dunque, che il bene resti astrattamente tracciabile se poi, proprio in forza di interventi di manomissione delle sue componenti, se ne altera l'identità in modo da non renderlo più riconoscibile e, per converso, un bene può restare fisicamente identico e, ciò nondimeno, di difficile tracciabilità a cagione di plurimi trasferimenti dopo essere stato sottratto alla sfera di controllo del suo titolare.

Integra il delitto di riciclaggio il compimento di operazioni volte non solo ad impedire in modo definitivo, ma anche soltanto a rendere difficile l'accertamento della provenienza del bene.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 31 maggio 2013 – Giudice Bossi.

DELITTI contro il patrimonio – furto in abitazione – sussistenza.

(Art. 624 bis c.p.)

DELITTI contro il patrimonio – furto di bene abbandonato da precedente ladro – ricettazione – sussistenza furto.

(Artt. 624-625 c.p.)

E' configurabile il reato di furto in abitazione di cui all'art. 624 bis c.p. in tutti i casi in cui la sottrazione del bene sia avvenuta, anche durante l'orario di chiusura, in luogo diverso dall'abitazione, ma ad essa parificabile in quanto luogo di privata dimora nel quale le persone si trattengano per compiere, anche in modo transitorio, atti della vita privata, come studi professionali, stabilimenti industriali ed esercizi commerciali (ad es. negozi o bar).

In assenza di prove in grado di smentire la versione dell'imputato in ordine alle circostanze in cui è venuto in possesso del bene (ritrovamento casuale) integra il reato di furto e non di ricettazione la condotta di colui che sottragga beni già rubati da un terzo, in quanto la cosa rubata e successivamente abbandonata dal ladro non costituisce res derelicta considerato che non v'è abbandono senza una precisa volontà in tal senso dell'avente diritto, non identificabile certamente nel ladro; ne consegue che la cosa rubata, una volta abbandonata dal ladro, deve considerarsi nuovamente in possesso del proprietario.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 16 ottobre 2013 – Giudice Orsini.

DELITTI contro il patrimonio – rapina – impossessamento della refurtiva – controllo delle Forze dell'ordine – criteri spazio-temporale – irrilevanza – momento e luogo in cui si verificano l'ingiusto profitto e l'altrui danno patrimoniale – consumazione del reato.

(Art. 628 c.p.)

Il fatto che l'impossessamento della refurtiva in danno della vittima della rapina sia avvenuto sotto il controllo anche costante delle Forze dell'ordine, preventivamente allertate, o comunque appostate, non esclude la consumazione del reato in tutti i casi nei quali queste ultime siano intervenute soltanto dopo il conseguimento – anche se soltanto per un breve lasso di tempo – del possesso della refurtiva da parte del rapinatore: le nozioni di impossessamento e spossessamento prescindono, infatti, da qualsiasi criterio spazio-temporale.

Il reato di rapina si consuma, infatti, nel momento e nel luogo in cui si verificano l'ingiusto profitto e l'altrui danno patrimoniale, ed a nulla rileva il protrarsi di tali eventi nel tempo, ovvero la mera temporaneità o momentaneità del possesso conseguito, quando esso si sia concretizzato nell'autonoma disponibilità della refurtiva da parte dell'agente, con correlativo spossessamento del legittimo detentore.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 5 luglio 2013 – Giudice Giacalone.

DELITTI contro la famiglia – maltrattamenti – insussistenza.

(Art. 572 c.p.)

Non integra il reato di maltrattamenti previsto e punito dall'art.

572 c.p. la consumazione di episodici atti lesivi di diritti fondamentali della persona che non siano inquadrabili in una cornice unitaria caratterizzata dall'imposizione di un regime di vita oggettivamente vessatorio.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 29 ottobre 2013 – Giudice Baldini.

DELITTI contro la famiglia – maltrattamenti contro familiari e conviventi – elemento psicologico – collante del complesso di atti lesivi dell'integrità fisica e morale del soggetto passivo – condotta tipica del reato.

(Art. 572 c.p.)

DELITTI contro la famiglia – violazione degli obblighi di assistenza familiare – stato di bisogno – condotta omissiva del soggetto agente – presupposto del reato.

(Art. 570 c.p.)

Quanto al delitto di maltrattamenti in famiglia di cui all'art. 572 c.p., l'elemento psicologico che costituisce il "collante" del complesso di atti lesivi dell'integrità fisica e morale del soggetto passivo (angherie, percosse, ingiurie, umiliazioni e vessazione in genere), che costituiscono la condotta tipica del reato di cui all'art. 572 c.p., è la coscienza e volontà di sottoporre la vittima ad una serie di sofferenze fisiche e morali in modo continuo ed abituale, in maniera tale da lederne complessivamente la personalità (cosa tutt'affatto differente dalla sussistenza della coscienza e volontà di ciascun frammento della condotta delittuosa, vale a dire dai vari reati di lesioni e minaccia in cui essa si è estrinsecata nel tempo).

Quanto all'imputazione di violazione degli obblighi di assistenza familiare ex art. 570 c.p., lo stato di bisogno ingenerato dalla condotta (omissiva) del soggetto agente costituisce presupposto della predetta fattispecie criminosa.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 16 maggio 2013 – Giudice Baldini.

DELITTI contro la libertà personale – violenza sessuale – abuso delle condizioni di inferiorità psichica – necessità.

(Art. 609 bis, comma 2, c.p.).

L'art. 609 bis, comma 2, C.P., sanziona il comportamento di colui che "induce taluno a compiere o subire atti sessuali abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto".

È pertanto necessario verificare se, nel caso specifico, tale abuso si sia concretamente verificato.

A tal riguardo, la S.C. ha statuito che "l'abuso consiste in un doloso sfruttamento della menomazione della vittima e si verifica quando le condizioni di inferiorità sono strumentalizzate per accedere alla sfera intima della persona che, versando in uno stato di difficoltà, viene ridotta ad un mezzo per l'altrui soddisfacimento sessuale"; in sostanza il rapporto con persone che si trovino in condizione di inferiorità fisica o psichica è penalmente rilevante solo quando è connotato da induzione da parte del soggetto forte e abuso dello stato di inferiorità del soggetto debole (ex plurimis: Cass., Sez III, sentenze n.

33761/2007, n. 35878/2007); in tale caso, la vittima presta, infatti, un consenso che è viziato – pertanto giuridicamente irrilevante – in considerazione del differenziale di maturità sessuale rispetto al partner.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 4 giugno 2013 – Giudice Carpanini.

DELITTI contro la persona – delitti contro la libertà morale – minaccia – ingiustizia del male minacciato – ingiustizia del motivo posto a base dell'azione criminosa – sussistenza.

(Art. 612 c.p.)

L'ingiustizia del male minacciato e, quindi, l'illegittimità del fatto costituente il delitto di cui all'art. 612 c.p. non viene meno se non risulti ingiusto il motivo posto a base dell'azione criminosa, a meno che non appaiano legittimi tanto il male minacciato quanto il mezzo usato per l'intimidazione (Nel caso concreto non è invero dubitabile che puntare un'arma, priva di tappo rosso e, quindi, apparentemente efficiente ed idonea a sparare, alla testa di un animale, rappresenti per il padrone prospettiva di un male ingiusto, idoneo a procurare un serio timore per l'incolumità fisica dell'animale, ma anche della persona stessa, non essendo evidentemente prevedibile che uso dell'arma potrebbe essere fatto dal soggetto agente).

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 5 giugno 2013 – Giudice Giacalone.

DELITTI contro la Pubblica Amministrazione – delitti dei privati contro la Pubblica Amministrazione – resistenza ad un pubblico ufficiale – condotta di fuga – manovre finalizzate ad impedire l'inseguimento – sussistenza.

(Art. 337 c.p.)

È pienamente riconducibile al reato di resistenza, secondo la lettura dell'art. 337 c.p. che la giurisprudenza della Suprema Corte ha dato ormai da tempo, la condotta di fuga messa in atto per sottrarsi al legittimo intervento del p.u. quando vengano messe in atto una serie di manovre finalizzate ad impedire l'inseguimento, così ostacolando concretamente l'esercizio della funzione pubblica e inducendo nell'inseguitore una percezione di pericolo per la propria e la altrui incolumità.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 27 maggio 2013 – Giudice Carpanini.

DELITTI contro l'incolumità pubblica – delitti colposi di comune pericolo – Delitti colposi di danno – incendio colposo – nozione di incendio – vastità delle proporzioni, tendenza a progredire e difficoltà di spegnimento – necessità.

(Art. 449 c.p.)

Per la configurabilità del reato di incendio colposo, il fuoco, causato dalla condotta imprudente e negligente dell'agente, deve essere caratterizzato dalla vastità delle proporzioni, dalla tendenza a progredire e dalla difficoltà di spegnimento, essendo irrilevante che resti

circoscritto entro un limite oltre il quale non possa estendersi.
(Cass. Pen., sez IV, 2/7/2007, n. 37599).

Si ha, infatti, incendio quando il fuoco divampi irrefrenabilmente, in vaste proporzioni, con fiamme divoratrici che si propaghino con potenza distruttrice, così da porre in pericolo l'incolumità di un numero indeterminato di persone.

(Cass. Pen., Sez.IV, 29/10/2008, n. 43126).

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 28 maggio 2013 – Giudice Bossi.

PATROCINIO a spese dello Stato – falsa autocertificazione del reddito nell'istanza di ammissione al gratuito patrocinio – reddito reale – mancato superamento della soglia di reddito prevista per l'ammissione al patrocinio a spese dello stato – configurabilità del reato.

(Artt. 95 e 79, comma 1, lett. c) DPR 115/2002)

Il reato di cui all'art. 95 DPR n. 115 del 2002 sanziona specificamente la falsità o le omissioni nelle dichiarazioni o nelle comunicazioni per l'attestazione delle condizioni di reddito, in vista dell'ammissione al gratuito patrocinio. Secondo il condivisibile orientamento della Suprema Corte di Cassazione (cfr. Sez. V, n. 13309/2008), il delitto in esame, previsto a carico di chi rilasci dichiarazioni false in ordine alle proprie condizioni reddituali ai fini dell'ammissione al beneficio, "sussiste a prescindere dall'incidenza che tali dichiarazioni possano avere avuto sulla detta ammissione, dal momento che qualsiasi elemento indicativo di reddito, anche inferiore a quello significativo ai fini del superamento della soglia, va dichiarato onde consentire agli organi competenti di effettuare le valutazioni previste dagli artt. 96 e 98 del DPR 115/2002".

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 24 ottobre 2013 – Giudice Baldini.

PATROCINIO a spese dello Stato – falsa dichiarazione – insussistenza.

(Art. 95 D.P.R. 115/2002)

Non sussiste il reato di cui all'art. 95 D.P.R. 115/2002 in caso di non effettiva convivenza tra il dichiarante ed il soggetto il cui reddito ha contribuito a superare la soglia di legge. La nozione di convivenza, rilevante ai fini dell'individuazione dei soggetti il cui reddito deve essere computato con quello dell'interessato all'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, implica il rapporto di stretta coabitazione, non superabile con la sola residenza anagrafica.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari – 21 maggio 2013 – Giudice Carpanini.

PATROCINIO a spese dello Stato – omessa comunicazione variazioni di reddito – configurabilità.

(Art. 125, c. 2, e 79, c. 1, lett. d, D.P.R. 115/2002)

In tema di patrocinio a spese dello Stato, rilevano le variazioni di

reddito avvenute successivamente alla presentazione della dichiarazione dei redditi di riferimento, e che determinano un ammontare complessivo del reddito contenuto entro i limiti di legge per l'ammissione al beneficio.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 18 ottobre 2013 – Giudice Pastorini.

REATI previdenziali – omesso versamento di ritenute previdenziali ed assistenziali – mero stato di insolvenza in assenza di ulteriori elementi – irrilevanza.

(Art. 2 D.L. 463/83)

Il reato di omesso versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali è reato istantaneo, che si consuma nel momento in cui scade il termine utile concesso al datore di lavoro per il versamento, termine attualmente fissato, dall'art. 2, comma 1, lett. b) del d.lgs. 422/98, al giorno sedici del mese successivo a quello cui si riferiscono i contributi. L'accertamento del reato in esame deriva dalla presentazione del DM 10 da parte dello stesso datore di lavoro il quale attesta l'esistenza dei lavoratori e l'avvenuto versamento della retribuzione. Sotto tale profilo, è lo stesso datore di lavoro che, indirettamente, denuncia di avere corrisposto le retribuzioni cui inerte il debito contributivo ed in ciò si rinviene la prova del reato contestato. Lo stato di difficoltà economica o, anche di insolvenza, in cui possa essersi trovato l'imputato non è, da solo, elemento che possa inficiare il contenuto delle denunce contributive in cui è lo stesso datore di lavoro che attesta di avere versato una determinata retribuzione. Come precisato dalla giurisprudenza (Cass., Sez III, sent. n. 32848/2005), grava, infatti, sul soggetto che deduce una difformità rispetto alla situazione rappresentata dalle denunce contributive, l'onere della relativa prova.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 18 luglio 2013 – Giudice Orsini.

STUPEFACENTI – attenuante lieve entità – insussistenza.

(art. 73, c. 5 D.P.R. 309/90)

STUPEFACENTI – concorso di persone e connivenza – differenze.

(art. 73, D.P.R. 309/90)

Ai fini della valutazione della lieve entità dei fatti, il Giudice deve prendere in considerazione tutti gli elementi indicati nel V comma dell'art. 73 e cioè i mezzi, le circostanze dell'azione, la quantità e la qualità delle sostanze trattate; nel caso in cui anche uno solo di tali elementi porti ad escludere che la lesione del bene giuridico protetto sia di lieve entità, il giudice deve negare l'attenuante de qua.

In tema di detenzione di sostanze stupefacenti, la distinzione tra connivenza non punibile e concorso di persone nel reato va individuata nel fatto che, mentre la prima postula che l'agente mantenga un comportamento meramente passivo, nel concorso di persone è richiesto un contributo che può manifestarsi anche in forme che agevolino la detenzione, l'occultamento ed il controllo della droga, assicurando all'altro concorrente, anche implicitamente, una collaborazione sulla quale questi può contare.